



EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: LA RESOLUCIÓN N.º 5.079 DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ENEMIGO

Adilson Silva Ferraz¹

Denise Staw²

Julia Emilia Coma³

RESUMEN: La resolución n° 5.079 de la Universidad de Buenos Aires, de fecha 6 de agosto de 2012, resolvió no admitir a condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires. Resumidamente, de los términos de la resolución surge que la inadmisibilidad, de procesados y/o condenados por delitos de lesa humanidad, como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires no deriva de la gravedad o atrocidad de los delitos cometidos (hechos pasados) sino, más bien, de que en la *actualidad* quienes pretenden incorporarse como estudiantes a la universidad niegan la existencia de tales delitos (tesis negacionista) o los legitiman o justifican (tesis reivindicatoria). Concluimos que la decisión utiliza de una argumentación falaz y vulnera los principios de la inocencia, legalidad, el fin de la ejecución penal y se basa en una especie de derecho administrativo del enemigo.

Palabras Clave: Crímenes de lesa humanidad, Universidad de Buenos Aires, principio de legalidad, ejecución penal, derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: University of Buenos Aires's Resolution n° 5.079, dated 06/08/2012, decided don't accept condemned and/or prosecuted by crimes against humanity as students at the University of Buenos Aires. In short, the terms of this resolution shows that the inadmissibility of processed and/or condemned by crimes against humanity as students of the University of Buenos Aires is not derived from gravity or atrocity of the crimes committed (past events) but, rather, that those who claim to be incorporated as students deny the existence of such crimes (denial thesis) or legitimize or justify them

¹ Doctorando en Filosofía en la Universidad Católica Argentina – UCA, Doctorando en Derecho en la Universidad de Buenos Aires – UBA, con maestría en filosofía en la Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Profesor de la Faculdade ASCES y FAFICA. adilson_ferraz@hotmail.com

² Doctoranda en Derecho en la Universidad de Buenos Aires – UBA. juliaecoma@hotmail.com

³ Doctoranda en Derecho en la Universidad de Buenos Aires – UBA. denisestaw@hotmail.com

(Claiming thesis). We conclude that the decision uses fallacious arguments and violates the principles of innocence, legality, the goal of criminal enforcement and is based on a kind of administrative law of the enemy.

Keywords: crimes against Humanity, University of Buenos Aires, principle of legality, criminal enforcement, enemy criminal law.

La resolución

La resolución nº 5.079 de la Universidad de Buenos Aires, de fecha 6 de agosto de 2012, resolvió "No admitir a condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires". Concretamente la resolución sostiene:

Que "...quienes aspiran a incorporarse a su comunidad universitaria, en la actualidad y desde siempre, defienden públicamente la tesis de una pretendida inexistencia, legitimidad o justificación de esos delitos de los que fueran víctimas los propios miembros de su comunidad universitaria, es decir, una tesis negacionista de los delitos que han victimizado masivamente a miembros de la comunidad universitaria a la que pretenden incorporarse".

Que "no pretende la Universidad de Buenos Aires cuestionar las tácticas defensivas de estas personas en sus respectivos procesos penales, ámbito en el que se les debe garantizar la mas amplia libertad de argumentación, pero ese mismo discurso, llevado al seno de la Universidad de Buenos Aires, se vuelve disolvente del espíritu comunitario que debe animarla conforme a la tradición universitaria mundial de todos los tiempos".

Que "ninguna Universidad del mundo aceptaría como parte de su comunidad a personas que victimizaron a sus integrantes de la manera mas cruel que haya conocido nuestra historia y que, de antemano, se sepan sostenedores de un discurso negacionista que habría de postular en su propio seno la pretendida legitimidad de esos delitos masivos. Mas aun, no lo haría ninguna comunidad -de la naturaleza que fuese-, porque estaría destruyendo el propio sentimiento de comunidad y con ello se estaría negando una condición que hace a su esencia y, por ende, aniquilándose a si misma".

Que "la Universidad de Buenos Aires debe respetar escrupulosamente la regla de no preguntar a nadie que toque sus puertas que ha hecho y mucho menos aun quien es, pero al mismo tiempo debe preservarse de las conductas actuales y futuras que la lesionen como institución, perturbando gravemente la necesaria convivencia comunitaria de sus miembros".

Que "en este sentido, la Universidad de Buenos Aires debe aceptar incluso a quienes han victimizado cruelmente a integrantes de todos los estamentos de su comunidad, pero no puede permitir que estos se incorporen a ella portando un discurso negacionista que pretenda legitimar esos delitos, porque inevitablemente esta conducta presente y actual -no pasada- seria fuente de interminables conflictos y desavenencias internas y acabaría lesionando o destruyendo la condiciones indispensables para la convivencia comunitaria, que es la esencia de su institucionalidad."

Resumidamente, de los términos de la resolución surge que la inadmisibilidad, de procesados y/o condenados por delitos de lesa humanidad, como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires no deriva de la gravedad o atrocidad de los delitos cometidos (hechos pasados) sino, más bien, de que en la *actualidad* quienes pretenden incorporarse como estudiantes a la universidad niegan la existencia de tales delitos (tesis negacionista) o los legitiman o justifican (tesis reivindicatoria). Es decir, el fundamento de la prohibición de ingreso deriva de hechos presentes que atentarían contra la convivencia comunitaria. Sin embargo, el ingreso a la universidad no es negado a *cualquiera* que legitime, justifique o niegue delitos de lesa humanidad sino, únicamente, a quienes hayan sido condenados y/o procesados por tales delitos.

Naturaleza jurídica de la resolución: sanción accesoria, anticipo de pena

La resolución que nos ocupa es un acto administrativo, de carácter general que establece la prohibición de ingresar a la Universidad de Buenos Aires como estudiantes a imputados y/o condenados por determinada clase de hechos. Más precisamente se

trata de una resolución administrativa sancionadora. Ello en tanto se trata de una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de una conducta (Así fue definida una suspensión temporal de una licencia de conducir por un tribunal español. Cf. Majlar, 2004: 404). Es que “conceptualmente la sanción constituye un mal inflingido por la Administración a una persona física y/o jurídica como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o un derecho” (Majlar, 2004: 355). El derecho administrativo sancionador también es una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado. Es decir, la resolución establece la aplicación de una especie de pena de “inhabilitación universitaria”.

Ahora bien, si, como surge de los considerandos de la resolución, se niega el ingreso como estudiantes a la universidad a quienes legitiman, justifican o niegan delitos de lesa humanidad - *como pretende la resolución, al menos en su fundamentación*-, entonces, desde esta perspectiva, la prohibición del ingreso se trataría de una sanción al hecho presente consistente en negar, legitimar o justificar delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, si se advierte que, en rigor, *únicamente* se niega el ingreso a quienes hayan sido procesados o condenados por delitos de lesa humanidad (y no a todo el que sostenga una *tesis negacionista o reivindicatoria*), entonces, la prohibición de ingreso ya no se trataría de la sanción de un hecho presente sino de la sanción - *accesoria*- de un hecho pasado (hecho por el que los peticionantes fueron condenados o procesados). Es decir, se trataría de una sanción accesoria de la pena principal (pena de “inhabilitación universitaria”) en el caso de los condenados, y de una sanción accesoria y *anticipada* a la pena principal en el caso de los procesados.

Ahora, lo cierto es que la resolución en su parte resolutive niega el ingreso a los procesados y/o condenados por delitos de lesa humanidad. Ello, a partir de una presunción -que no admite prueba en contrario- consistente en que, todos los condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad reivindican o niegan aquellos delitos. De modo que, el acto administrativo que nos ocupa pareciera ser una sanción accesoria (pena) a la pena principal de

prisión aplicada a los condenados (y una sanción –pena- anticipada para el caso de los procesados).

Derecho administrativo sancionador y garantías constitucionales

Como se dijo, el derecho administrativo sancionador también es una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, de modo que los principios esenciales del proceso penal consagrados en la Constitución Nacional, como el principio de legalidad, el principio de inocencia, etc., resultan plenamente aplicables. Es que “...el carácter aflictivo que comparten penas y sanciones administrativas debe llevar necesariamente a que su aplicación esté estrictamente reglada y delimitada. Por tal motivo, doctrina o jurisprudencia, según los casos, han procurado aplicar a las infracciones administrativas los principios del Derecho penal, como límites al poder estatal que cuentan con una larga y rica tradición, fruto de una profunda elaboración dogmática que se remonta a la Ilustración: constituyen el conjunto más elaborado de garantías a los derechos fundamentales como límites al poder punitivo estatal, ya que el Derecho administrativo sancionador no ha desarrollado aun los principios propios al respecto” (Silva Forné, 2004: 1221-1222).

La falacia del argumento sobre el negacionismo de los acusados

La hipótesis donde la UBA aplica esta sanción de “inhabilitación universitaria” es el caso en que un acusado (o condenado) sostiene el negacionismo ante los crímenes de lesa humanidad imputados. Sin embargo, lo que la resolución califica de negacionismo es justo una condición propia permitida para los que se defienden en un proceso judicial, pues negar es la forma más efectiva de alejar la culpabilidad, al paso que exigir el silencio importa limitar el derecho de defensa. Por lo demás, tampoco es del todo cierto que todos los imputados de delitos de lesa humanidad practiquen el negacionismo entendido como que las atrocidades que se investigan no ocurrieron (ello es, en

términos correctos el negacionismo), sino que muchos de ellos niegan su participación en dichos hechos, situación diversa a la anterior. Ello importa por cuanto sin la posibilidad de negar los hechos o la participación en ello, no hay una defensa plena efectiva. La resolución, que reclama un pretense efecto del discurso negacionista (lo que disuelve el espíritu comunitario), termina por requerir de los acusados una “confesión implícita” de los crímenes, mediante un pretense arrepentimiento.

A su vez, la resolución parece argumentar que este silencio inherente al no negacionismo es un acto necesario a su aceptabilidad en la comunidad, lo que pone al acusado en una disyuntiva: si se defiende judicialmente negando los hechos no puede ingresar como alumno de la UBA y si no se defiende judicialmente seguramente va a ser condenado, y tampoco podrá ingresar. No hay escapatoria, si se utiliza el negacionismo como criterio de ingreso, la defensa y el silencio lo van a perjudicar ante el judiciario y la UBA. En verdad, la resolución hace que toda la responsabilidad por el ingreso recaiga en la elección del acusado, que se ve forzado a cumplir con la condición exigida para su inhabilitación universitaria.

Podría sostenerse, entonces, que la resolución termina por invertir el sentido de lo que es “negar los crímenes”, que deja de ser parte importante de la estrategia de defensa en el proceso y pasa a ser valorado negativamente como motivo de desagregación futura de la comunidad universitaria. Ello llama la atención pues ya que además de sancionar a un acusado (no condenado) por un pasado que, por no haber sido todavía fijado jurídicamente, no existe; lo sanciona por el futuro, por lo que todavía no existe en lo plano de los hechos.

El argumento de las obligaciones por hechos del pasado (políticas de “depuración” o más comúnmente denominadas “*lustration*”)

No es una novedad que en diversos países (Alemania, países de Europa del este) se han aplicado políticas de “depuración” (“*lustration*”) ante graves violaciones a los derechos humanos. Estas políticas se han aplicado, especialmente, para excluir la posibilidad de

que personas que hayan participado en hechos que importen violaciones a los derechos humanos ocupen, en el presente, cargos públicos. La legislación argentina no incluye aun limitaciones legales específicas para excluir a las personas que participaron en delitos de lesa humanidad, de ocupar cargos públicos. Pese a ello, las ONG han utilizado mecanismos alternativos para "de hecho" hacer cumplir las políticas de depuración (Cf. Smulovitz, 2009). Sin embargo, el caso que nos ocupa no puede asimilarse a tales supuestos.

Una restricción a los derechos sustentada en características del sujeto. La aproximación a un derecho penal del enemigo y la pérdida de la condición de persona

La resolución formula una categoría especial, que esta definida por el tipo delictivo que vincula a los sujetos cuyo ingreso a la institución se deniega, con un proceso penal. El rechazo se sustenta exclusivamente en la imputación que contra ellos se erige; imputación que no sólo se convierte así en la divisoria de aguas entre incluidos y excluidos, sino también el punto de partida para la formulación de una serie de presunciones o premisas que justifican la decisión en trato. El alcance que se le otorga a la negativa al ingreso presupone, con carácter general y sin hacerse cargo de cada planteo en particular, que cualquier peticionante cuya imputación transite por esos carriles, mantiene una postura negacionista frente a los crímenes de lesa humanidad, consecuentemente su discurso traerá aparejado -sin más-, la disolución del espíritu comunitario y con ello, se afectará las bases de la institución misma.

Ello entraña implícitamente el rechazo de determinada categoría de personas en base a criterios propios de un derecho (penal) de autor, violentando así el principio de culpabilidad. La sanción que proscribe el ingreso no se sustenta -al menos en su fundamentación- ya en un hecho pasado, sino en las especiales condiciones de los sujetos y lo que se espera de ellos, en definitiva, en la actitud interna del autor. La decisión no excluye de los claustros universitarios a quienes se les enrostra la comisión de delitos contra el género humano como correlato de ese accionar; ello se vislumbra claramente al tratar sin distinción a condenados y procesados. Por el contrario, el

fundamento de exclusión radica en acontecimientos futuros, inciertos o cuanto menos de difícil comprobación: es el temor a lo que el pensamiento, discurso o postura moral de este grupo de individuos - con relación a esos crímenes- generará en el seno de la universidad.

Más allá de lo aberrantes que resulten los crímenes que se les reprochan, lo cierto es que el acceso a la educación es un derecho fundamental de toda persona, extremo que es reconocido por la propia resolución como un "derecho constitucional inalienable". Y cierto también es que la Universidad de Buenos Aires es la única institución que traspasa de manera presencial los muros de las unidades carcelarias y garantiza por igual este derecho a todas las personas privadas de su libertad.

Conforme esos lineamientos, la prohibición del ingreso a esa institución basada en criterios de selección vinculados a los hechos objeto de imputación, entraña la exclusión de todo aquél que integra esa categorización –en base a premisas generales aplicadas *iure et de iure*- del goce de un derecho que se le reconoce a todo ser humano, en este caso: a la educación.

La situación descrita permite hacer un parangón con el derecho penal del enemigo; los términos de la resolución conducen a un peligroso paralelismo. Jakobs, quien reeditara en los últimos años la polémica cuestión (El concepto de enemigo no es nuevo, ni el derecho penal que lo comprende. Al respecto, ver la evolución del concepto que desarrolla Kai Ambos (2006: 121 y ss) en "Derecho Penal del Enemigo". En igual sentido, Pastor (2006: 481 y ss) describe un derecho penal para el ciudadano, y otro para el enemigo. Distingue así dos polos: "el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico."(Jakobs, 2005: 51). Aquellas personas cuyo crimen no pone en jaque el orden normativo, y que de esta manera siguen vinculados al derecho reciben un trato diverso del dispensado a los enemigos, quienes de manera duradera o persistente rechazan la legitimidad del orden jurídico o pretenden destruirlo. Éstos últimos son considerados una fuente de peligro. Los primeros han cometido un error, un desliz y la

pena es respuesta al hecho, en tanto para los segundos, la pena no es otra cosa que la neutralización de un peligro, sin otra pretensión.

Por tanto, a quienes se autoexcluyen mediante su accionar del orden normativo cuya existencia amenazan, no se le aplican las mismas reglas que a los ciudadanos. En ese camino, en el ámbito procesal también se los priva de determinadas garantías de las que gozan el resto de los ciudadanos. El problema lógicamente radica en que dichas garantías hacen al respeto de los derechos fundamentales de los que goza todo individuo por el sólo hecho de ser persona. Por ende, a los enemigos se les dispensa un trato de no-personas.

Podría alguien sostener que esta concepción que en forma generalizada es rechazada por los mayores defensores de los derechos fundamentales es, tal como su calificación lo señala, propia del derecho penal. Sin embargo, son varios los autores que se refieren a la concepción del enemigo no sólo en el marco de la ciencia penal, sino también en el derecho administrativo (A modo ejemplificativo dada la excelencia del autor: Zaffaroni, 2006: 1144).

Ahora bien, la resolución del Consejo Superior de la UBA coquetea peligrosamente con los lineamientos señalados en los párrafos anteriores. Reconoce que como institución pública la universidad abre sus puertas generosamente a todas las personas privadas de su libertad, sin reparar en el delito imputado o cometido, ya que toda persona tiene el inalienable derecho constitucional a educarse, perfeccionar su conocimiento y superar las condiciones en que las circunstancias o su propia conducta anterior lo hayan colocado. El tratamiento que la universidad dispensa a la generosidad de los privados de su libertad encuentra un paralelo con la concepción de ciudadano. No se cuestiona por la naturaleza del hecho que cometieron, y cree que tienen posibilidad de reinserción y rectificarse. Sin embargo, cuando la imputación transita por crímenes de lesa humanidad, el proceder es diverso: aquí la generosidad a la que se aludiera anteriormente reconoce su límite en la no afectación de la existencia misma de las instituciones y la incolumidad de su naturaleza: "la Universidad de Buenos Aires debe respetar escrupulosamente la regla de no preguntar a nadie que toque sus puertas que ha hecho y mucho menos aun quien es, pero al mismo

tiempo debe preservarse de las conductas actuales y futuras que la lesionen como institución, perturbando gravemente la necesaria convivencia comunitaria de sus miembros". Es decir, existe un adelanto de sanción para individuos cuya peligrosidad pone en jaque a su entender la existencia del sistema (comunidad universitaria), y neutraliza ese peligro. Este trato dispar al que se viene aludiendo entraña, en la práctica, la violación a determinadas garantías reconocidas por la Constitución Nacional o por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque.

Aplicación de una pena accesoria no tipificada: vulneración del principio de legalidad

La aplicación de una pena tiene como presupuesto que la penalidad del hecho se encuentre fijada legalmente antes de que el hecho haya sido cometido. Es que "por muy reprochable y dañoso socialmente que sea un comportamiento el Estado sólo puede sancionarlo penalmente, si previamente a su comisión la Ley así lo ha declarado expresamente" (Roxin, 1981: 97). "No sólo la penalidad como tal, sino también la clase y gravedad de la pena deben estar determinadas legalmente antes de la comisión del hecho que motiva su aplicación" (Roxin, 1981: 99).

En el caso, la pena accesoria que entendemos aplica la resolución en análisis, no se encuentra prevista legalmente, de modo que se vulnera el principio de legalidad, específicamente en su derivación "*nullum crimen sine lege scripta*". Y aun cuando se entendiera que la UBA posee facultades para aplicar una pena accesoria, en el caso, se vulneraría el principio de legalidad en su derivación de ley previa (*nullum crimen sine lege praevia*) por cuanto no rige a futuro, sino que sanciona retroactivamente.

Equiparación entre condenados y procesados: vulneración del principio de inocencia

El hecho de que la resolución equipare y, en consecuencia, prevea la misma consecuencia para procesados y condenados importa

la vulneración del principio de inocencia (art. 18 CN). En efecto, nuestra Constitución Nacional “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad” (Maier, 2004: 490). Consecuencia de ello es que “toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente” (Maier, 2004: 492).

La forma más efectiva de sostener un aparente respeto a la distinción entre procesados y condenados es afirmar que en su decisión la UBA no presupone que los crímenes fueron cometidos por quienes aun no están condenados –procesados- (resguardando el principio de inocencia), que este no fue el criterio de la decisión. Pero, si la Universidad de Buenos Aires “tampoco debe reparar en la naturaleza de los hechos imputados o cometidos”, ¿por qué dejo de admitir específicamente acusados o condenados por **crímenes de lesa humanidad**? Por otro lado, en dos momentos la resolución afirma que los acusados victimizaron a integrantes de la comunidad universitaria de la UBA: “la Universidad de Buenos Aires debe aceptar incluso a quienes han victimizado cruelmente a integrantes [...]” y “...que ninguna Universidad del mundo aceptaría como parte de su comunidad a personas que victimizaron a sus integrantes”. Ahora bien ¿Afirmando que integrantes de la comunidad académica fueron victimizados por los acusados no presupone la autoría de los hechos y la culpabilidad?

En breve, sin perjuicio de la gravedad de los hechos atroces que le atribuyen a un procesado por delitos de lesa humanidad, no es

jurídicamente aceptable equipararlo a un condenado y, desde luego, no es posible aplicarle las mismas consecuencias. “Un orden jurídico técnicamente desarrollado corresponde a un sentido de la Justicia más refinado que dirige la sanción solo hacia aquellos cuya conducta constituye la obligación jurídica y cuya conducta contraria a los deberes, constituye, por tanto, el acto condición de la sanción.” (Kelsen, 1993: 173).

Vulneración del fin de la ejecución penal (resocialización)

Independientemente de cuál sea el fin de la pena (resocialización, retribución o prevención general), lo cierto es que la finalidad de la ejecución de la pena es la resocialización. Ello tiene jerarquía constitucional y legal. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 10.3 establece que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”. En sentido similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 5.6 establece “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. Por su parte, el artículo 1 de la ley de ejecución (ley 24.660) establece que la finalidad de la ejecución penal será “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”. Es decir, “la ley de ejecución consagra el denominado ‘ideal resocializador’” (Rivera Beiras, 1999: 169).

En razón de ello se ha dicho que “...las normas que consagran el ideal resocializador como fin de la ejecución de las penas deben ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos” (Rivera Beiras, 1999: 177) y que “De la misma manera en que el Estado asume como una obligación brindar posibilidades de educación, trabajo, salud, etc., a las personas en libertad, debe

garantizar, en cuanto sea compatible con el encierro, las mismas posibilidades a las personas privadas de libertad" (*Ibidem.*).

Siendo así, resulta cuestionable, también desde esta perspectiva, la imposibilidad de ingreso a la Universidad de Buenos Aires como estudiantes, que la resolución estableció, para los condenados por delitos de lesa humanidad. Es que la educación es, precisamente, es vehículo por excelencia para la readaptación o resocialización. Cuesta imaginar mejor manera de resocializar a quienes se han conducido por fuera del Estado de Derecho, que enseñándoles derecho.

La sanción se fundamenta en una presunción *iure et de iure*

Como vimos, la resolución presume que la totalidad de los condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad, en la actualidad, poseen un discurso legitimante o negacionista de tales delitos. Y esa presunción no admite prueba en contrario. Sin embargo, puede darse el caso en el que un condenado y/o procesado se haya "arrepentido", incluso públicamente, de las atrocidades cometidas en el pasado.

Aun así se le negaría la posibilidad de ingresar como estudiante a la UBA pues, en su parte resolutive, la resolución no se hace distinción alguna. En tal caso, se aplicaría una sanción carente del fundamento que pretende legitimarla. Pero aun cuando se admitiese la posibilidad de demostrar la incorrección de la presunción subsistiría otro inconveniente. Podría sostenerse que no resulta legítimo exigir el "arrepentimiento" como requisito de admisión a la universidad.

Por lo demás, el arrepentirse supone una conexión entre la persona que se arrepiente y los actos del pasado que son el objeto del arrepentimiento. Uno puede arrepentirse únicamente de lo que hizo. En el caso de los procesados que se arrepintieran, la universidad podría argumentar que el arrepentimiento supone la autoría del hecho, viéndose entonces rechazada la solicitud de ingreso también del procesado por encontrarse éticamente en el mismo nivel del condenado.

Concluyendo, “la esencia del trato diferencial que depara el derecho penal del enemigo a aquellos que no considera ciudadanos consiste en negarles su condición de persona, y tratarlos como simples **entes peligrosos o dañinos**. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y ésta es la primera incompatibilidad que representa la aceptación del *hostis* en el derecho con el principio de estado de derecho” (Zaffaroni, 2006: 18.). Esa peligrosidad justifica el trato diferencial, y en tanto abandonamos el acto por el riesgo o peligro, nos volcamos a un anticipo de pena o sanción dependiendo la rama del derecho que se trate, por las características propias que reviste ese enemigo.

La resolución se sustenta en el peligro que constituye que el discurso de esta categorización se vuelva disolvente del espíritu comunitario. La prohibición de ingreso es, en definitiva, un anticipo frente a hipotéticas situaciones futuras, que aún no se han corroborado en ningún caso, y que se aplican con carácter general. Supone una medida preventiva, un adelanto frente a un “riesgo”. Tal concepción de estos “disolventes del espíritu comunitario” se asemeja en demasía a la concepción de riesgo que entraña el “enemigo” en el derecho penal, y al que hay que neutralizar, en este caso, proscribiendo su ingreso a la Universidad.

Se parte de la distinción entre ciudadanos, quienes sometidos al derecho, gozan de sus garantías; y por otro lado los enemigos, quienes se auto excluyen del estado de derecho, y por ende, se autoexcluyen también de los derechos y garantías que ese ordenamiento jurídico les reconoce, incluso derechos fundamentales. “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (Jakobs, 2005: 51).

Más allá de la claridad con la que se sustrae a determinados individuos de su condición de “personas”, y a fin de que la cuestión no

se traduzca como un problema meramente terminológico, es posible verificar como el “enemigo” es tratado como una no-persona. Si partimos de la concepción de que todo ser humano goza de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos por el sólo hecho de ser “persona”, de pertenecer al género humano, debemos concluir que a los enemigos, quienes ya no gozan de esos derechos, se les niega el carácter también de personas. Es interesante, a los efectos de la comparación que se viene realizando, la descripción que Kai Ambos formula de los dos tipos de enemigo: el externo -con quien se entabla la guerra-, y el interno -a quien se neutraliza-. En relación a éste último, el autor afirma que éste es concebido como un “desviado” en su propia sociedad. “Enemigo es aquel quien no quiere vincular a una comunidad su existencia como individuo y no quiere integrarse a ésta; aquél que no quiere y no puede acatar los valores sociales fundamentales dominantes. La clásica guerra entre grupos de seres humanos desatados que, asemejándose a los animales en el estado de naturaleza o en cualquier caso desvinculados de los valores dominantes, ponen en peligro el ser de la sociedad, **la convivencia pacífica**. Pero ¿quién es *concretamente* el enemigo interno? ¿Cuándo se produce una desviación respecto de los valores fundamentales de una determinada sociedad de tal magnitud que justifica la exclusión del desviado? ¿Debe manifestarse externamente el comportamiento desviado? La filosofía no da una respuesta exacta a estas cuestiones. **El aspecto de la amenaza ocupa un papel predominante: la negación del otro que amenaza la identidad y la existencia propia es un criterio constitutivo para el enemigo. Enemigo es, por tanto, quien me puede cuestionar en el sentido cultural-espiritual o físico-real -esto es: de quien temo que pueda hacer esto-** El enemigo interno así defendido nunca podrá tener *ningún derecho*. (...) Los enemigos de la humanidad existen siempre y en la medida en la que se cometan ese tipo de delitos. El *hostis humanis generis* se distingue, sin embargo, del mero concepto del enemigo interno por su referencia a delitos iusinternacionalistas...” (Ambos Kai, 2006: 130 y ss).

La resolución utiliza la estrategia de hablar de un sujeto indefinido (la comunidad académica), articulando afirmaciones que

traen apoyo al orador como representante legítimo de otros, aunque, conforma explica Adeodato (2011: 103), sea obvio a cualquier observador más pendiente que ningún orador detiene esta autoridad hermenéutica. El efecto es crear un antagonismo entre la comunidad y los procesados/condenados, suponiendo una amenaza y la necesidad de combatirla, y en ese caso, la amenaza se encarna en la propia figura del enemigo.

La “Comunidad de la UBA” como categoría retórica: Legitimidad de la decisión como proceso de construcción social

¿Qué aporta a la decisión el uso de la categoría “Comunidad”? Kelsen (1993: 160), en su texto “El Derecho como Técnica Social Específica” explica la relación entre el derecho sancionador y la comunidad: “La prohibición es la condición misma de la sanción coercitiva. El individuo que, habilitado por el orden jurídico, aplica una medida coercitiva (la sanción) está actuando como un órgano de este orden o de la comunidad constituida a través del orden. Por tanto, cabe decir que el Derecho monopoliza el uso de la fuerza para la comunidad. Y es precisamente de este modo como es derecho pacifica la comunidad.” Ahora bien, parece que la comisión que dictó la resolución está habilitada por el orden jurídico y que su decisión es un acto de un órgano de la comunidad académica (que la representa, aunque precariamente). Sin embargo, ¿a quién debe ser dirigida la sanción a que se refiere Kelsen? A alguien de la comunidad (sometido a sus reglas) que practicó una conducta contraria al derecho establecido por esa misma comunidad. ¿A alguien de qué comunidad? Lo que pasa es que el uso de la categoría comunidad por la resolución permite a un solo tiempo, que los procesados sean excluidos de su participación en esa comunidad y que les sea aplicado un criterio punitivo (inhabilitación universitaria) como si fueran integrantes de la misma comunidad, utilizando todavía categorías jurídicas consagradas en el derecho nacional. Es decir, para no aplicar los criterios del derecho nacional fue necesario establecer una distinción entre la comunidad jurídica nacional y la comunidad jurídica de la UBA, de

modo que aunque los criterios de la UBA estén en conflicto con los de la comunidad en general, la UBA posee una comunidad que debe ser respetada en su autonomía. Cualquier argumento en contra de la resolución se vuelve automáticamente un argumento en contra de toda la comunidad universitaria. Sin embargo, es cierto que el conjunto de los profesores, alumnos, funcionarios y egresados no constituye una masa homogénea de intereses y opiniones como parece sugerir la resolución. El resultado es sencillo: se crea la ilusión que hay una comunidad de la UBA, que esta es homogénea, que los procesados son enemigos o una amenaza a esa comunidad, que la comisión legítimamente representa y habla por esa comunidad, que el derecho aplicado no contraria la constitución nacional.

La decisión sobre la participación de procesados y condenados es un tema que importa a la nación argentina en su totalidad. La decisión sobre el caso será legítima solamente cuando sea parte de un proceso de argumentación más amplio que permita a los ciudadanos decidir sobre qué modelo de educación quieren los argentinos, que proyecto educacional pretenden para este país.

Conclusión

Conforme fue expuesto en el desarrollo de este trabajo, creemos que la resolución del Consejo Superior de la UBA es, como tal, un acto administrativo con carácter sancionador, por cuando impone una inhabilitación universitaria a quienes se encuentran comprendidos dentro de los parámetros para negar el ingreso a sus claustros.

Como acto administrativo sancionador, advertimos que la resolución no respeta los principios y garantías propios del derecho penal, pero que también son aplicables en ese ámbito administrativo. En ese norte, establece una categoría basada en criterios de peligrosidad de determinado grupo de individuos, violentando los derechos que la Constitución e Instrumentos Internacionales de derechos humanos reconoce a toda persona por su sola condición de tal. Así, la decisión de proscribir el ingreso a esta categoría de sujetos no se hace cargo de los principios de legalidad, inocencia, del fin

resocializador que debe primar en la ejecución de toda sanción, y lo que a nuestro entender es más grave, les impide a dichos individuos gozar de un derecho fundamental como lo es la educación.

En este contexto, creemos que el trato diferente que la Universidad dispensa a los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad respecto de cualquier otra persona imputada o condenada por cualquier otro delito, permite hacer un parangón con el derecho penal del enemigo, dado que sustrae de la categoría de personas a los primeros, y los priva de los derechos y garantías antes mencionados.

Bibliografía

ADEODATO, J. M. (2011). **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noesis.

MELIÁ, C. y DíEZ, G-J. (Orgs.) (2006). **Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Montevideo: Ed. B de F.

JAKOBS, G. y MELIÁ, C. M. (2005). **Derecho Penal del Enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi.

KELSEN, Hans. (1993). **¿Qué es Justicia?** Buenos Aires: Ed. Planeta.

MAIER, J. (2004). **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MAJLAR, D. (2004). **El Derecho Administrativo Sancionador**. Buenos Aires: Ad Hoc.

RIVERA BEIRAS, I. y SALT, M. G. (1999). **Los Derechos Fundamentales de los Reclusos**. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ROXIN, C. (1981). **Iniciación al Derecho Penal de Hoy**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.

FOMÉ, D. S. (2004) El Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. In: FIGUEIREDO DIAS, J; SERRANO GÓMEZ, A; POLITOFF LITSCHITZ, S; ZAFFARONI, E. R. **El Penalista Liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

SMULOVITZ, C. (2009). **"I can't get no satisfaction": Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in**

Argentina. 19/06/2009. Paper prepared for the Project: "Comparing the Effectiveness of the Accountability Mechanisms in Eastern Europe and Latin America" jointly organized by El Colegio de México and the United Nations University in association with Oxford University.

ZAFFARONI, E. R. (2006). **El Enemigo en el Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar.