

● ● ● libros de carrera

INTERSECCIONES DEL DERECHO

Un giro reflexivo en la enseñanza

MÁXIMO LANUSSE NOGUERA
COORDINADOR

Impresión realizada con los aportes de



Editorial IUPFA
Rectorado



FUNDACIÓN
PARA EL INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE LA POLICÍA FEDERAL ARGENTINA

POLICÍA FEDERAL ARGENTINA

Jefatura

Comisario General Luis Alejandro ROLLÉ

Subjefatura

Comisario General Mariano José GIUFFRÀ

Superintendencia de Desarrollo Profesional

Comisario General Daniel Enrique PÉREZ

**INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE LA POLICÍA FEDERAL ARGENTINA**

Rector

Comisario Mayor (R) Mg. Rodolfo Oscar GUTIÉRREZ

Vicerrector

Comisario Mayor Daniel GUARINO

INTERSECCIONES
DEL DERECHO

Intersecciones del derecho : un giro reflexivo en la enseñanza / Máximo Lanusse Noguera ... [et al.] ; Editado por Ana María Viñas Amarís. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IUPFA, 2024.
Libro digital, PDF - (Libros de carrera / Abogacía ; 2)

Archivo Digital: online
ISBN 978-631-90331-8-2

1. Derecho. 2. Criminalística. 3. Educación. I. Lanusse Noguera, Máximo II. Viñas Amarís, Ana María, ed.
CDD 345.001



FUNDACIÓN
PARA EL INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE LA POLICÍA FEDERAL ARGENTINA

Esta iniciativa se ha llevado a cabo gracias a los aportes de la Fundación para el Instituto de la Policía Federal Argentina



Editorial IUPFA
Rectorado

Rosario 532, 1424
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
www.iupfa.edu.ar
www.editorialiupfa.com

Directora editorial: María Marta Rosa

Edición: Ana María Viñas Amarís

Diseño y diagramación: Cecilia Ricci

Colección libros de carrera

Serie Abogacía

Primera edición: agosto 2024

© 2024, Editorial IUPFA

© 2024, Máximo Lanusse Noguera / Coordinador

Darío Pedro Almada, Gabriel Ignacio Anitua, María Victoria Campos, Julieta Evangelina Cano, Romina Laura Donaire, Verónica Durand, Gaspar Geraghty Fleming, Yanina Guthmann, Máximo Lanusse Noguera, Matías Jorge Moreno, Agustina Oberti, Clara Olmos, Matías Paschkes Ronis, Silvana Sandra Paz, Silvina Marcela Paz, Thomas Enrique Polak, Mariela Puga, María Daniela Rezzonico, Pablo Andrés Vacani, Gonzalo Ezequiel Demián Viña y Alejandra Zarza / Autores

La opinión de los autores o autoras no necesariamente expresa las de la editorial.

No se permite la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio mecánico, electrónico o de cualquier otro tipo, sin el consentimiento previo y por escrito de la editorial. Su infracción está penada por las leyes 11723 y 25446 de la República Argentina.

A Federico J. Delgado,
un maestro de la relación entre la polis y la palabra,
a quien nos tocó despedir mientras se editaba este libro.

Habitar las intersecciones donde emerge lo colectivo.

Índice

•••		
Prólogo	11
•••		
Un horizonte abierto	15

Parte I

La cuestión de la prueba

•••		
Capítulo 1		
Derecho y prácticas probatorias en clave comparada.....		39
Máximo Lanusse Noguera y Gonzalo Ezequiel Demián Viña		
•••		
Capítulo 2		
Derecho y prueba en clave interdisciplinaria.....		121
María Daniela Rezzonico y Gaspar Geraghty Fleming		

•••

Capítulo 3

Diálogos entre derecho y criminalística 129

Máximo Lanusse Noguera y Agustina Oberti

•••

Capítulo 4

Derecho y práctica profesional. 141

Máximo Lanusse Noguera, Matías Jorge Moreno y Romina Laura Donaire

Parte II

La cuestión de la pena

•••

Capítulo 5

Derecho, pena y sistema acusatorio 153

Pablo Andrés Vacani

•••

Capítulo 6

Derecho y educación. 181

Clara Olmos

•••

Capítulo 7

Derecho, conflicto y lazos sociales 215

Silvana Sandra Paz y Silvina Marcela Paz

Parte III

Paradigmas para un nuevo perfil profesional

•••

Capítulo 8

Género y derecho 243

Yanina Guthmann

•••

Capítulo 9

Estrategias ante el androcentrismo del derecho
en la enseñanza jurídica257

Julieta Evangelina Cano

•••

Capítulo 10

Derecho y seguridad275

Verónica Durand y Alejandra Zarza

•••

Capítulo 11

Derecho y política criminal 289

Darío Pedro Almada, Thomas Polak y Máximo Lanusse Noguera

Parte IV

Reflexiones epistemológicas y hermenéuticas

•••

Capítulo 12

Derecho y republicanismo penal 309

Máximo Lanusse Noguera

•••

Capítulo 13

Derecho y cambio social..... 325

Mariela Puga y Máximo Lanusse Noguera

•••

Capítulo 14

Derecho y naturaleza 347

Matías Paschkes Ronis y María Victoria Campos

•••

Capítulo 15

Derecho y espacio social 369

Gabriel Ignacio Anitua

•••

Testimonio 377

Darío Pedro Almada

•••

Obras consultadas 387

•••

Autoría 405



Prólogo

Alberto M. Binder

Presentar un libro colectivo es siempre hablar de un caleidoscopio. Una figura que se arma y se desarma a golpes de sucesivas lecturas, donde quien comienza a leer no es la misma persona que finaliza el libro y que podría volver a comenzarlo. Se trata de presentar una aventura intelectual, en el sentido más profundo de tomar el riesgo, explorar, abrir caminos, descubrir paisajes a cada vuelta de camino. La primera lectura apela a la enseñanza del derecho como hilo conductor, como intersección, que podría significar punto de encuentro, pero creo que es más preciso decir *aquello que nos convoca, que nos da razón para decir*.

En nuestro país tenemos un grave problema con esa enseñanza: en las últimas décadas hemos realizado muchas modificaciones

institucionales, entre ellas nada menos que fundar un nuevo período democrático, que impactan sobre la estructura del Derecho como sistema, pero poco se ha modificado la enseñanza del derecho mismo. Permítanme un recuerdo juvenil, pertenezco a la generación de jóvenes que participaron y se involucraron en la construcción de la nueva democracia en el año 1984. Mis maestros, David Baigun, Julio Maier, eran parte de los intelectuales que orientaban su trabajo en ese sentido y nos empujaban a colaborar y aprender. Todavía recuerdo el entusiasmo con el que encarábamos el trabajo universitario en la Universidad de Buenos Aires y la expectativa de una reforma, que orientaban Eugenio Bulygin y Carlos Nino, sobre la enseñanza del derecho y la profesionalización de la formación. Se entendía que el nuevo derecho necesitaba un nuevo enfoque educativo y un nuevo tipo de docentes, con una ética propia, alejado de la orientación por los intereses de su carrera profesional o judicial. Hoy nos encontramos en un nuevo giro de aquella vieja preocupación y debemos preguntarnos por las bases de la enseñanza del derecho, ahora para dotar de mayor calidad a nuestro sistema institucional.

Siempre me ha parecido extraño que creamos que puede convivir una visión negativa sobre el desarrollo de la eficacia de nuestro sistema normativo, por ejemplo, la vigencia selectiva de los derechos fundamentales, y que ello no ponga en profunda crisis la enseñanza del derecho; por más que tengamos una experiencia directa de que profesionales en Abogacía han colaborado directamente en esa debilidad institucional. Una vez más la enseñanza legal en muchas universidades ha quedado atrapada en la burocracia y en los intereses corporativos del mundo judicial. Basta con ver la morosidad irritante y perversa de los concursos para las plazas de profesores.

Nos da aliento un libro escrito por docentes que, desde múltiples perspectivas, nos proponen nuevos temas y formas para una nueva formación. Aquí otra intersección se vuelve un nuevo hilo conductor: la de teoría y práctica o, mejor dicho, la de una teoría para las distintas praxis, ya que en este campo no solo no existe neutralidad, sino que es imposible entender estas prácticas sin considerar

los intereses en juego, que es justamente lo que nos buscamos institucionalizar.

El más que secular debate entre la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos sigue teniendo influencia en el modo de enseñar el derecho y, hoy en día, en particular en el ámbito del derecho penal, todavía vemos perspectivas atrapadas en un conceptualismo radical, que desmerecen al derecho como instrumento para la gestión de conflictos e intereses sociales. Debido a nuestra legislación y a las propuestas normativas de gestión y adjudicación de derechos, tenemos la costumbre de resolver desde los conceptos y no desde una adecuada comprensión de los hechos del caso y los intereses en juego, pese a la larga prédica de Genaro Carrió contra la búsqueda fantasmal, y a veces ridícula, de la *naturaleza jurídica* de entidades normativas.

En el caso de la justicia penal, estamos al final de un ciclo de profundas transformaciones institucionales, en el tránsito al modelo constitucional acusatorio, adversarial, oral, público y por jurados. Esto debe impactar profundamente en todos estos temas, no solo para colocarlos en marcha adecuadamente, sino para evitar la reconfiguración inquisitorial de los sistemas.

Los problemas de la prueba, la centralidad del litigio, la superación de sesgos arraigados, la toma de conciencia de que, si no intervenimos, al final de todo está una cárcel que se degrada permanentemente, son todas manifestaciones particulares de una preocupación general: *el litigio como centro de construcción de los derechos*.

Esto no es un problema procesal, se trata de una concepción acerca del derecho y de la construcción comunitaria de su sentido, no es casual que en la presentación se hagan referencias al realismo norteamericano y otras corrientes cercanas.

Tanto en la tradicional versión europea, que influye en el derecho infraccional a través de la teoría de los imperativos, tan presente en la dogmática penal, como en la versión anglosajona de Austin, criticado por Arthur Goodhart, uno de los grandes teóricos del sistema de precedentes, el derecho se concibe como un conjunto de

mandatos del soberano, lo que implica una perspectiva sobre la sociedad que hoy impacta directamente en nuestra idea de las tareas de la democracia.

Finalmente, es una gran noticia que este libro sea el resultado de la tarea colectiva de docentes del IUPFA, ya que acierta al subrayar las oportunidades de encuentro entre diferentes agentes que, en ocasiones, en la práctica más que construir un diálogo virtuoso y autorreflexivo se pierden en el ritualismo y la burocratización de sus labores. El mundo policial necesita un nivel de preocupación que todavía estamos construyendo en nuestro país, nuestras fuerzas de seguridad reclaman un nuevo profesionalismo para encarar las difíciles tareas que una sociedad compleja les plantea. Ojalá que a esta publicación les sigan otras que pongan el eje en la enseñanza y producción teórica sobre las intersecciones del campo policial y el campo jurídico.

Un reconocimiento especial a Máximo Lanusse Noguera, todo libro colectivo cuenta con una persona que impulsa y que ha tenido la generosidad de construir el espacio que resalta el trabajo de todo un equipo. Esta época débil de proyectos colectivos concretos nos impulsa a destacar estos esfuerzos que no deben pasar desapercibidos. Un libro se debe leer como un conjunto de ideas vividas que nos invitan a construir proyectos de trabajo, y las que aquí presento, entusiasman y nos invitan a la más profunda complicidad de la lectura, que es lo mejor que nos puede proponer una obra.

Esquel, julio del 2024.



Un horizonte abierto

Un libro es una cosa entre las cosas cuando nos aguarda en los anaqueles; puede ser una revelación, un estímulo, una forma tranquila de la dicha, cuando lo interrogamos.

Jorge Luis Borges, Oral

Estas páginas tienen dos propósitos, uno más explícito, otro entre líneas: presentar el trabajo colectivo y *habitar* una pregunta.

¿De qué manera nuestra visión del derecho incide en la forma en que lo enseñamos y aprendemos? Y su reverso, el modo en que su enseñanza y aprendizaje expresa prácticas, elecciones más o menos conscientes, perspectivas acerca del fenómeno y la actividad jurídica, cierta implicación política, ética, cultural e incluso epistemológica y hermenéutica.

El gesto de estas preguntas no se dirige al cierre, más o menos definitivo, de una respuesta sino a la apertura dialéctica, la apuesta hacia un giro reflexivo con miras a un horizonte abierto. En una búsqueda incesante, pretendemos dar expresión, respiración y pulso a las *intersecciones* sobre las que se recrea nuestra carrera. Incidirá ello, sin dudas, en su gravitación específica: ligar, abrir, imbricar el estudio del derecho a las conflictividades y entramados sociales que excederán, siempre, sus definiciones y regulación.

Se nos ha encomendado escribir un libro de la carrera de Abogacía. Me detengo un momento en esa preposición. Un libro de la carrera, podría evocar algún afán de representación. Aspirar a tal cosa sería una empresa imposible o, a lo sumo, una inconcebible abstracción.

La práctica jurídica está hecha de ensamblajes que el discurso jurídico disimula, simplifica o incluso homogeneiza. Esa suerte de uniformidad semántica, siempre ficcional, nos priva de la oportunidad de pensar en la riqueza específica de todas esas intersecciones, encuentros y lenguajes diversos. Las normas, su lógica o formulación deóntica, en ocasiones velan la complejidad de las tramas sociales en las que los procesos de interacción comunitaria se inscriben y las cargan de significación.

Intentamos estudiar y enseñar derecho con un plan curricular, y extracurricular, que no empieza ni termina en las normas y en el Estado. Emerge y se sumerge en las conflictividades, en los modos singulares de existencia, en las asociaciones y ensambles transpersonales, en los pliegues socioculturales, que coimplican conceptos densos: *seguridad y libertad* como expresiones de la *decisión de vivir juntos, lazos de solidaridad y autonomía*. No podemos eludir el horizonte ético jurídico político de la emancipación.

No pretendemos ser novedosos, corrientes como *Derecho y sociedad (Law and Society)*, *Derecho en contexto (Law in Context)*, así como las distintas variantes del realismo jurídico e incluso de los abordajes críticos (*Critical Legal Studies*, entre otras expresiones) y culturales del derecho como los de Paul Kahn (2014), han significado

la irrupción de los estudios sociolegales. En forma creciente, desde la década del setenta se ha puesto en crisis cualquier pretensión de autonomía del campo jurídico en sentido fuerte y, precisamente, la filosofía del derecho ha sido el marco privilegiado para la puesta en discusión de las fronteras disciplinares. Sin embargo, menos se ha reflexionado sobre el impacto específico que tiene sobre el campo de la enseñanza del derecho.

En este libro, nos proponemos narrar a través de una serie de ensayos y diálogos, en coautoría con docentes y actores relevantes, el camino reflexivo recorrido desde la experiencia de habitar una carrera de Derecho en el contexto específico del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina (IUPFA), cuya área disciplinar es la Seguridad. En una mirada apresurada, dicho campo parece cerrar, limitar, acotar, pero en rigor, abre, liga, imbrica, cuando abandonamos un paradigma inmunitario y abrazamos la tarea de *pensar juntos la comunidad* (Espósito, 2013), la protección común. Porque la vulnerabilidad nos enlaza mientras ciertas construcciones simbólicas e imaginarias de *la cuestión securitaria*, nos aíslan.

En tal sentido, la intención es abocarnos a las intersecciones del derecho desde la reflexividad que nos ha otorgado trabajar en un espacio, donde actores y saberes de los campos de la administración de justicia, las fuerzas de seguridad, las ciencias forenses y la seguridad ciudadana, tienen la oportunidad de cruzarse y encontrarse en un entorno distinto al del ensamblaje cotidiano de sus prácticas.

Pero antes, una digresión: Jorge Luis Borges elogió la más singular de las invenciones. Ciertos instrumentos amplifican nuestros sentidos, otros la fuerza de nuestros brazos o la velocidad para desplazarnos. Los libros son una expansión de nuestra imaginación y una extensión de nuestra memoria.

En esta breve presentación quisiera evocar la alegría que expresan los libros que leemos, olvidamos, recordamos y leemos otra vez. Escribir es una mezcla intermitente de todo ello, como también lo sugirió Borges.

Las aulas, me gusta pensar, son lugares de encuentro, templos de libertad donde caminamos y leemos juntos, donde ese registro borgiano de la hospitalidad se amplifica, se hace evidente. Allí los libros nos encuentran y nosotros vamos a su encuentro. En ellas nos transformamos en lectores y en escritores, como actividades acaso indistintas. Pero esa implicación, como lo sugirió Cortázar, es ineludiblemente, ética y política. “De la Argentina se alejó un escritor para quien la realidad, como la imaginaba Mallarmé, debía culminar en un libro; en París nació un hombre para quien los libros deberán culminar en la realidad” (1968).

Se atribuye a los libros sagrados ser obras del espíritu. Alguien agregó que ese atributo corresponde a aquellos que valgan la pena ser releídos. Borges sugiere que todo libro es sagrado cuando da con el lector para el que fue escrito. Se trata de una revelación.

Pero nada de ello depende de *una* voluntad. Es una forma de reconocerlos como creación transindividual, colectiva. De todas las personas y de nadie, viajan en el tiempo y en el espacio, se enriquecen con las lecturas desde contextos múltiples, singulares, divergentes. Armonía en un trasfondo de conflicto. Conflicto en un trasfondo de armonía. Encuentros y desencuentros, composición dentro de una ontología del movimiento perpetuo. Del mismo modo entendemos los procesos de enseñanza y aprendizaje.

Trabajamos todos los días para imaginar una escuela de derecho, una escuela para abogar por aquellas cosas que nos importan, *una escuela de lucha por el derecho*, para usar una bella expresión de Rudolf Von Ihering (2018). Más que transmitir un saber, una totalidad, se trata de un hacer, una acción en común expresada aquí en algunos textos que recogen experiencias, preguntas, búsquedas que nutren nuestra tarea cotidiana.

Los ensayos que aquí compilamos y presentamos, son solo fragmentos de ese devenir, símbolos que postulan una memoria y experiencia compartida. Como el río del tiempo, este libro no ha de culminar en su última página. Es un acto de fe, de arrojo. Si acaso expresara el pulso y la vitalidad de nuestras aulas, sentiremos dicha

y gratitud. Pero será un gesto que solo puede completar la lectura, ese encuentro con el otro.

Lo que presentaremos son algunos senderos, trazos de nuestra carrera como un haz de intersecciones y remisiones, siempre inconclusas. Acaso una constelación, donde actores y saberes heterogéneos se encuentran y al hacerlo, generan una oportunidad de reflexión, una temporalidad distinta. No es un recorrido lineal ni un punto de llegada, sino una invitación al trabajo colectivo, un trabajo que tenemos que seguir. En síntesis, se trata más del testimonio de una falta, una experiencia del déficit, un deseo recogido en palabras, que de una celebración autocomplaciente.

En las sociedades modernas el derecho se ha transformado en el campo de representación oficial para el reconocimiento, regulación, ventilación y, aunque sea aspiracionalmente, resolución de conflictos. Ello ha colocado a las y los profesionales del derecho, a quienes comprenden su lenguaje, en un sitio de privilegio, jerarquía social y, digamos, de voz autorizada para intervenir en un enorme abanico de problemas sociales. Sin embargo, más allá de la amplitud de los ámbitos de incumbencia, la formación jurídica no siempre se ha caracterizado por acompañar y comprender la complejidad social que atraviesa las esferas, los contextos y conductas que pretende regular y juzgar. La reducción de la política pública a legislación, la ansiedad inculpatoria, la mirada sobresimplificadora de las tramas y conflictividades sociales, la sobreocupación de espacios estratégicos por parte de abogadas y abogados acaso sin los saberes prácticos específicos porque se cree que alcanza con conocer los aspectos legales y regulatorios, son solo síntomas o efectos de la colonización jurídica del mundo de la vida.

Victor Abramovich denominó a este fenómeno el *complejo de Rock Hudson*, en honor a una vieja comedia de Hollywood, en la que un profesor de pesca, famoso por sus libros en el país, es invitado a participar en un torneo de su especialidad y debe confesar que todos sus conocimientos provienen de la lectura de manuales del arte, y que en toda su vida jamás se había acercado a un río.

No será difícil advertir su existencia en el ámbito jurídico manifestándose como una ruptura entre el discurso producido en una instancia teórica y las prácticas concretas de producción del derecho, en particular la práctica judicial. Concebido el derecho como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones que actúan en una formación social determinada; corresponde distinguir por un lado la instancia de conocimiento del derecho que produce su propio discurso teórico (doctrina, teoría general), y un nivel de producción del derecho por y ante los distintos órganos habilitados para ello en la institución social (ministerio, parlamento, tribunal); que produce asimismo un discurso jurídico práctico (ley, contrato, ordenanza, reglamento, sentencia). El complejo de R.H. se presenta en estos términos como la ignorancia o el menosprecio, a nivel de la instancia de producción teórica, y las características particulares de las prácticas de producción del derecho, en especial de la desarrollada por y ante los órganos jurisdiccionales, así como el discurso que allí se genera (1992: 10-11).

Sin embargo, todo esfuerzo jurídico tiene en su corazón una pregunta que conmueve la cifra de su fe en cualquier forma de institución: ¿las reglas modifican a las prácticas o las prácticas modifican a las reglas? Taylor (1997: 221-238) y Wittgenstein, supieron ver que la trampa está en la disyuntiva, pues no se puede dilucidar lo que significa seguir una regla sin las prácticas y su trasfondo, sin un juego de lenguaje y sin contexto. En uno de sus estudios sobre la obra de Martín Heidegger, Hubert Dreyfus afirma que “la fuente de la inteligibilidad del mundo y de la vida humana son nuestras prácticas públicas, de todos los días” (2005).

Durante demasiado tiempo la enseñanza jurídica estuvo atravesada por cierta ilusión enciclopédica y teoricista de transmitir un conocimiento acabado del derecho positivo, del conjunto de reglas jurídicas. Así, era común que los espacios curriculares e incluso los planes de estudio estuvieran ordenados y articulados sobre la base de los códigos que regulan cada una de las esferas del derecho. Hubo una época en la que incluso era habitual rendir un porcentaje importante de la carrera en la modalidad libre, es decir, sin la

experiencia de cursar y encontrarse en un aula con pares y docentes.

El desafío, que se viene acentuando durante las últimas décadas y que se intensifica día a día, es el de orientar la educación legal hacia la práctica y el cambio social, hacia el encuentro entre la acción y un contexto específico, institucional y social. Es decir, hacia el desarrollo de destrezas para intervenir en la prevención, regulación, redefinición, ventilación y resolución de conflictos, así como en el desarrollo de condiciones necesarias para la cooperación colectiva. Es que solo colocar el derecho y la ley en contexto, nos dará alguna pauta acerca de lo que tenemos que hacer y cómo hacerlo. No solo porque la accesibilidad a la información legal y jurisprudencial hace cada día menos relevante el conocimiento meramente memorístico, propio de un modelo bancario de enseñanza, sino porque el viejo ideal continental de la seguridad jurídica ha sido puesto en crisis. Las demandas democráticas de participación, cambio e inclusión social y la progresiva centralidad de los derechos humanos como horizonte y fundamento de los ordenamientos jurídicos, desplazaron el foco, no sin paradojas y contradicciones. Además, la pregunta por el acceso a la justicia y la creciente visibilización de colectivos vulnerables y de violencias, han venido a cuestionar al formalismo jurídico y han obligado a volver a una apertura hacia las ciencias sociales. Sin embargo, las escuelas de derecho, como todas las escuelas, están más atravesadas por la tradición que por la innovación, se debaten entre mantenerse igual o cambiar para no hacerlo. La apuesta es encarar una reflexión profunda sobre la base de nuestra experiencia. Tal como señalé en otro lugar:

Un derecho con fuerza no es solo un derecho que cuenta con el poder del estado, sino un derecho que expresa relaciones sociales dinámicas, dialécticas y en tensión, un derecho que quizá no es (solo) un título excluyente, una mera carta inmunitaria, sino una relación, y su eficacia, se juegue en la posibilidad de comprender y dejarse penetrar por una trama social compleja, lejos del vacío del mundo de las ideas y del deber ser. En ese registro, se imbrica en un espacio

social que ofrece oportunidades y resistencias, donde el poder y la fuerza se juega en la posibilidad de lograr una composición virtuosa de las potencias implicadas, los actores sociales. Un tribunal que declara, pero no comprende, un tribunal que impone, pero no escucha, puede ser un tribunal impotente que, bajo el aura de imperativos categóricos, fracasa en el imperativo práctico (Lanusse Noguera, 2022).

Brian Leiter sugiere con Aristóteles, Martín Heidegger, Ludwig Wittgenstein y Pierre Bourdieu, el reduccionismo de cualquier *teoría de la adjudicación legal* que pretenda describir en forma acabada qué es lo que hacen los jueces cuando juzgan y qué es lo que deben hacer (1996: 106-253). Por medio de una cita de Anthony Kronman (1993) recuerda que:

[E]l trabajo del frío intelecto...no puede nunca...reemplazar el saber hacer (*know how*) práctico sobre el cual transcurre artesanalmente la acción del juicio criterioso. [Una vez adquirido] a través del tiempo y la experiencia, estos hábitos de sentido práctico restringen la decisión (1993: 219).

Así postula una *no teoría de la adjudicación* porque una porción demasiado grande de los juicios y acciones humanas son posibles gracias a destrezas, habilidades y aptitudes o competencias que permanecen más allá del alcance de cualquier intento teórico de articulación. Ese límite que en otro contexto también abraza Bernard Williams, en su caso para enriquecer la ética (2011), de alguna forma pone al racionalismo en su lugar y revaloriza la experiencia. Una experiencia habitada y atravesada por conflictos que no pueden simplificarse con la lealtad hacia un único deber, máxima o regla.

Por otra parte, Hubert Dreyfus, en una especie de fenomenología de la adquisición de destrezas, distingue varias fases muy pertinentes para pensar la formación jurídica con un horizonte práctico, tal cual nos lo hemos propuesto. De la mano de Heidegger, distingue la comprensión promedio de la primordial, ambas habitan el filo entre la *perspectiva del uno* y la de la *vida auténtica* o entre la *heteronomía* y la *autonomía* (2005: 141-154).

Quien es aprendiz o principiante es instruido en una primera fase mediante la descomposición analítica del campo de acción, es decir, se da por descontada la complejidad contextual y se simplifica el camino a seguir con la asimilación de una máxima dada. En una fase posterior, en la medida que gana un poco de experiencia se encuentra con que tiene que lidiar con situaciones en las que la regla no funciona por lo que debe aprender a considerar aspectos significativos adicionales según el contexto singular. Luego, en la medida en que aprende a distinguir la diversidad de situaciones, así como sus aspectos relevantes y aquellos que pueden o deben ser ignorados, adquiere competencia. Como cada decisión involucrada en la acción es riesgosa, es inevitable la angustia y la búsqueda de refugio en reglas y estándares. Esas reglas previenen caídas en situaciones similares, pero también privan de la oportunidad de un refinamiento de las destrezas. En tal sentido, el compromiso emocional y la ansiedad se tornan ineludibles, no existen sustitutos al riesgo para ir más allá de la mera competencia. Es el umbral hacia el sentimiento de responsabilidad por las propias opciones, una montaña rusa emocional, pero donde no importa el éxito y el fracaso, esas imposturas, sino asumírnos. El apego a normas e instrucciones es reemplazado por la implicación y el compromiso, que en el tiempo se llama resolución.

Con suficiente experiencia y predisposición para el riesgo, se da el tránsito hacia la experticia, que consiste en la capacidad para reconocer toda clase de situaciones y la acción adecuada para responder a cada una de ellas. Así, muchas personas virtuosas hacen lo correcto de acuerdo a los estándares del uno. Pero muy pocas alcanzan la maestría, la sabiduría práctica o *phronesis*, como culminación de la prudencia. Es posible luego de la resolución para asumir el sentimiento de responsabilidad (*guilt anxiety*). Las reglas y estándares otorgan tranquilidad, la singularidad de lo que *uno hace, piensa, siente* se pierde en lo que *se hace*. Pero quienes no se dejan seducir por la autocomplacencia cultural, desplazarán la situación general por el *kairos*, el tiempo oportuno y la percepción sutil de la riqueza de cada situación para inventar la acción asimétrica en el tiempo, para la cual no hay mapa ni instrucciones suficientes, porque se brinda con

cada interpretación la respuesta singular. Por último, existe un estándar más, que es el de *transformador* del mundo, mientras la maestría implica dominio en el campo de la cultura, aquel, consciente de la arbitrariedad, del fondo de nada y de muerte en el que se inscribe el movimiento del deseo, asume el proyecto existencial instituyente, más allá de lo instituido.

Andrés Baytelman (2002) contrasta dos maneras de enseñar derecho: como un conjunto de reglas y principios que deberíamos adquirir y transmitir cognitivamente o como el mismo conjunto pero que en lugar de delimitar teóricamente, aprehendemos a través de la experiencia de su falta. No es lo mismo repetir una y otra vez el concepto de *igualdad de armas* en el debido proceso que experimentar el contraste entre el acceso asimétrico al expediente durante un sumario escrito y una audiencia oral y pública en la cual un juez no puede ser parcial, sin que ello resulte obsceno.

Estas alusiones fragmentadas, impresionistas, no buscan otra cosa que situarnos en la sensibilidad, en la apertura de las coordenadas de espacio-tiempo, en el registro dinámico desde el que trabajamos y en el que se inscriben los ensayos que reunimos. Habitar entre el fanatismo y la indiferencia, institucionalizar la prudencia, recuperar cierto humanismo trágico que, como Sócrates, reconoce en el límite del saber, más sabiduría que en cualquier ilusión de ilustración y de control. Vamos a ellos.

El libro se despliega en varias intersecciones que expresan los cruces de caminos, saberes, haceres y actores, que culminan en un perfil profesional específico y una interpelación, reflexión y crítica de la práctica jurídica.

En la primera sección abordamos la cuestión de la prueba. Estudiar, enseñar, aprender, derecho en el IUPFA, tiene sus peculiaridades. Por ejemplo, es habitual salir de un curso de derecho penal y encontrarse en el estacionamiento, con la recreación de una escena del crimen, donde estudiantes de Criminalística examinan rastros, recolectan evidencias, aseguran pruebas. Esa singularidad, transforma en un imperativo, la construcción de sinergias entre ambos campos.

En *Derecho y prácticas probatorias en clave comparada a*, compartimos junto a Gonzalo Ezequiel Demián Viña, algunas observaciones y meditaciones preliminares sobre las prácticas y estándares de prueba de los tribunales, a partir de una experiencia de investigación, también orientada a nutrir y nutrirse de la actividad en las aulas. Como allí narramos, se trata de generar insumos para habitar un área de vacancia teórica y práctica en la formación jurídica, herramientas para un trabajo de observación clínica de las prácticas probatorias de nuestros tribunales, así como de la incidencia específica en ellas de los distintos diseños de enjuiciamiento.

María Daniela Rezzonico y Gaspar Gerathy Fleming, por su parte, realizan en *Derecho y prueba en clave interdisciplinaria*, un relato en el que ponen en valor sus experiencias docentes en los talleres *La evidencia en la investigación científica del delito* y *La prueba en el proceso penal*, en los que participan en compañía de docentes de diversas áreas ajenas a la estrictamente jurídica. Dichos talleres constituyen enormes oportunidades de sinergia entre dos campos prácticos que raramente interactúan con esta intensidad en el ámbito universitario y de formación, a pesar del modo ineludible en que el derecho y la criminalística se ensamblan en las prácticas forenses.

Ello se traduce en una escasa auto reflexividad conjunta que con estas iniciativas apuntamos a remediar. Las y los peritos son especialistas en ciencia, cuyo trabajo consiste en auxiliar a través de sus saberes específicos a la administración de justicia, es decir, a jueces, fiscales y defensores. Sin embargo, a pesar de imbricarse el trabajo en la práctica cotidiana, habitualmente carecen de un lenguaje común. La necesaria conversación que debe producirse con el horizonte de la verdad, fracasa, se desperdicia la experiencia.

Luego, en una sintonía similar, pero desde la otra vereda disciplinar, comparto en *Diálogos entre derecho y criminalística*, el registro de un diálogo sobre estas disciplinas con la licenciada Agustina Oberti. El eje de la conversación es la importancia de esa intersección y su incidencia en la enseñanza y formación en ambos campos profesionales. El gesto persigue sembrar la inquietud sobre la necesidad y

oportunidad de construir, en el espacio académico, ese encuentro. Esto enriquecería las herramientas de comunicación al comprender mejor el modo de ver de cada práctica profesional.

Por último, esta línea de trabajo encuentra un terreno de experimentación prolífico en el simulacro de juicio oral que realizamos de forma anual desde el 2021. En este evento, un grupo de estudiantes avanzados de Abogacía del IUPFA como de otras facultades de Derecho actúan como litigantes, mientras que estudiantes de Criminalística (entre otras áreas forenses) participan como personas testigos expertas, quienes son examinadas y contra-examinados por los futuros profesionales en audiencias orales. En *Derecho y práctica profesional*, compartimos un testimonio de dicha actividad desde nuestro rol en la dirección, en mi caso, y en la coordinación de la actividad, en el caso de Matías Jorge Moreno y lo más bello, un registro en primera persona de una graduada, Romina Laura Donaire, quien participó como litigante, cuando cursaba su último año de la carrera.

En la segunda sección, porque no podemos abstraer la práctica jurídica de sus efectos sobre los derechos y en las personas de carne y hueso, presentamos tres trabajos que abordan la cuestión de la pena.

Pablo Andrés Vacani en *Derecho, pena y sistema acusatorio*, comparte una línea de trabajo e investigación en la que confluye el horizonte acusatorio adversarial del nuevo Código Procesal Penal Federal con la necesidad de replantear la práctica del litigio en el área de la ejecución penal.

No me anticiparé mucho más, pero sí me gustaría reparar en un olvido paradójico e imperdonable de las escuelas de derecho y los saberes penales. La idea de pena, desde Cesare Beccaria (1993) hasta nuestros días, está atravesada por el ideal liberal de proporcionalidad entre faltas y castigos, sin el cual la racionalidad que liga los principios de legalidad y de culpabilidad por el hecho, sucumbe. Sin embargo, a la hora de la construcción de los saberes penales que integran el derecho penal liberal, se han desarrollado herramientas teóricas de enorme sofisticación en relación a la teoría del delito y del proceso, e incluso en torno a los problemas de justificación

moral del castigo, pero se ha descuidado por completo el abordaje empírico de la pena sin el cual, la idea de medida y de límite queda relegada a una abstracción. Se sustrae así de toda práctica de control efectivo por parte de la jurisdicción, tanto la posibilidad de exigir rendición de cuentas en torno a las violencias efectivas y arbitrarias, como el significado existencial del tiempo de prisión, que pone en crisis cualquier idea de proporcionalidad penal, restringida a cuantificación aritmética. Asimismo, se descuidan estrategias de litigio y tutela efectiva de los derechos humanos.

El prólogo silencioso del trabajo que presentamos y que en definitiva se corresponde con los trabajos previos del autor, es potenciar la noción de cualidad aflictiva en contraposición al eufemismo *privación de libertad*, que supone que se puede separar el tiempo o la libertad del resto de nuestras condiciones de existencia. Pensar la pena desde el espacio-tiempo de su ejecución efectiva, se traduce en un imperativo para la enseñanza del derecho penal. Esta nueva línea de investigación busca hacer del litigio, sobre la base del principio del derecho penal de acto, una oportunidad para ventilar lo que se calla en la clandestinidad y arbitrariedad de las penas. Se trata del camino que sugirió Luigi Ferrajoli (2016).

Sobre la base de una experiencia etnográfica, Clara Olmos con su trabajo *Derecho y educación*, nos sumerge en una profunda reflexión sobre la autonomía, la emancipación y la educación desde el lugar más paradójico y crítico de nuestra civilización, el encierro carcelario. Pensar los muros sociales situados en un espacio-tiempo en el que tienen efectos muy concretos sobre la vida de las personas, se proyecta como una necesaria puesta en crisis del compromiso del derecho con una vida menos alienada. Además, coloca a los procesos de enseñanza aprendizaje en un sitio privilegiado para autodesafiarnos como sujetos críticos de nuestra cultura. Estudiar, enseñar, investigar, pensar juntos, hace a cierto rasgo universal de todo afán de emancipación, nos obliga a colocar entre comillas la libertad y el encierro.

En el tercer trabajo de esta perspectiva, *Derecho, conflicto y lazos sociales*, Silvana Sandra Paz y Silvina Marcela Paz, Silvina Paz y

Silvana Paz, nos invitan a la bella tarea de comprender el desafío de construir una senda concreta hacia el paradigma restaurativo. Desplazar castigos por responsabilidad, por una manera de responder y reconocer al otro y así restaurar lazos que acaso comenzaron a romperse mucho antes que esa escalada conflictual que llamamos delito. Reubicar los conflictos, empoderar a sus protagonistas, minimizar la violencia y los abusos de poder, apostar a concebirllos como una auténtica oportunidad para replantear nuestros valores y la decisión de vivir en comunidad.

Como lo sugiere este recorrido de trabajos, en la profundidad de las miradas, se delinean en el horizonte paradigmas para un nuevo perfil profesional y es precisamente ese el foco de los capítulos que siguen.

En los primeros dos escritos de esta sección, las autoras abordan, desde dos registros diferentes, el primer y más evidente llamado a reparar en el modo en que la matriz cultural del derecho condiciona los sentidos de nuestras prácticas, esto es, el género.

Así, Yanina Guthmann en su ensayo *Género y derecho*, presenta algunos resultados de una propuesta pedagógica experimental. Lo novedoso es que integra los contenidos teórico-conceptuales con su anclaje corporal y conciencia vivencial. La apuesta es una puerta de entrada distinta a la de educaciones que reproducen la jerarquía del cuerpo/razón, cuerpos sentados y mentes despiertas. ¿Por qué seguir nutriendo tensiones y fijaciones corporales, cuando las visiones críticas tanto feministas como legales, llevan a repensar y cuestionar no solamente las ideas sino también las prácticas, no solo lo público sino también lo íntimo? Traer a la luz, nombrar sensaciones y sentimientos que se despiertan cuando leemos sobre mujeres asesinadas, prostitución, desigualdad, interpelando desde lo vivencial el adormecimiento del gesto impasible que nos sitúa como si fueran lecturas lejanas sobre otras personas, distintas a nosotras y nosotros.

Volver al cuerpo. El llamado es extremadamente potente y pertinente en un contexto civilizatorio en el que la fuerza centrípeta es la tendencia a intelectualizar todo. Ilusión de cálculo, control y dominio, que aleja, objetiva, lo que en rigor nos atraviesa.

Julieta Evangelina Cano en el trabajo *Estrategias ante el androcentrismo del derecho en la enseñanza del derecho* se sumerge en la pertinencia de la introducción transversal de la perspectiva de género en los planes de estudios de las carreras de Abogacía, una cuestión que se ha transformado en una obsesión creciente para nosotros y nosotras. La dimensión de género es transversal a los fenómenos jurídicos, en consecuencia, cualquier intervención jurídica sin los contextos y la historización de las relaciones de poder constituye una forma de negación y reproducción de las desigualdades.

Cuando leí por primera vez su trabajo, me pareció fundamental su foco en la necesaria reflexividad de la tarea docente; la intuición acerca del modo en que la enseñanza y las escuelas de derecho parecen ser las más lentas en incorporar de lleno la perspectiva de género y diversidades en forma transversal; la importancia de concebir al derecho como un campo de lucha por su significación; la relevancia del contexto social-histórico y político de las leyes y la jurisprudencia; la paradójica complicidad del derecho con los tres sistemas de dominación, capitalismo, colonialismo y patriarcado, invisibilizada por la idea de imparcialidad y neutralidad política del conocimiento y a su vez su potencial para la lucha por el derecho y la emancipación; el énfasis en los silencios que reproducen y profundizan las desigualdades; el sentido de oportunidad histórica por la fuerza de los movimientos sociales como *Ni una menos*, *Marea verde* y el debate por la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE); la tarea docente de construir un espacio hospitalario habitado por preguntas desestabilizadoras del *statu quo*; y un largo etcétera de disparadores que alejan a la ignorancia de un avatar del destino.

Pero quisiera reparar en la referencia a la dimensión de la alteridad y la atención puesta en no reducir la educación a un *llenar una vasija vacía*, en el vínculo pedagógico y lo que yo llamaría *el movimiento del deseo* e incluso en esa fusión entre la enseñanza y el aprendizaje de la abogacía y su práctica, que coloca de lleno al espacio universitario dentro del campo jurídico. Desde ese lugar, formulé algunas preguntas a las que invita el texto, ante la progresiva fuerza del movimiento y su cada vez mayor arraigo dentro del discurso de

lo políticamente correcto: ¿se corre el riesgo de perder la polifonía y dialéctica que late y habita al interior de los feminismos que está lejos de constituir un bloque monolítico carente de tensiones internas?, ¿se corre el riesgo de la banalización por la fuerza de la moda o incluso de reacciones conservadoras aliadas con cierto hartazgo de lo que algunos perciben como una cada vez más monótona canción con poca sensibilidad a los relieves y contextos sociales divergentes, sus resistencias y atrincheramientos?

Luego, nos desplazamos a otro terreno en el que derecho en el IUPFA es tierra fértil, el encuentro entre los estudios de derecho penal, de seguridad ciudadana y las conflictividades sociales.

Alejandra Zarza y Verónica Durand nos invitan magistralmente a habitar las intersecciones entre el derecho y la seguridad ciudadana. Como resultado de interrogantes alimentados por la tarea docente, y en el marco del Seminario Seguridad Ciudadana, problematizan y trabajan en el registro de las percepciones, las representaciones, las prácticas e incluso los entramados emocionales que se ligan a una identidad, un relato acerca de lo que nos importa, del pasado y lo que concebimos como seguridad. En ese camino, no pueden eludir una reflexión que atraviesa a gran parte de nuestro estudiantado, por la tensión emanada del proceso de mutación de roles, de percibirse policías y encontrarse en el camino de convertirse en abogadas y abogados.

Sobre ello, un comentario más, en nuestras aulas se encuentran las trayectorias vitales más diversas y heterogéneas. A pesar de que es habitual, casi inevitable, algún prejuicio de uniformidad, cuando escuchamos o aterrizamos por primera vez en el Instituto Universitario de la Policía Federal, lo cierto es que al habitarlo descubrimos que se trata, como cualquier universidad, de un espacio de encuentros. Su contexto institucional, en todo caso, gravita con más fuerza al profundizar la necesidad de auto interrogarnos, revisar nuestros esquemas de percepción, valoración y acción, nuestros modos de ver.

En el ensayo *Derecho y política criminal* que escribimos junto a Darío Pedro Almada y Thomas Enrique Polak nos dedicamos a narrar

la experiencia de un seminario electivo con ese nombre. Se trata de un espacio para pensar, analizar y reflexionar críticamente en torno a la política criminal y el *factum* del poder penal, que siempre se ha ejercido con mayor o menor grado de organización, desde una perspectiva sistemáticamente desconocida y descuidada por los planes de estudios de abogacía y el canon de estudios ligados a la cuestión penal. Esta es, la exigencia constitucional y democrática de someterlo a un escrutinio, interpelación y demanda de rendición de cuentas como política pública y como parte de las políticas de gestión de la conflictividad, desde una puesta en crisis del paradigma del orden. Se trata de enfrentar las prácticas del sistema penal, sobre todo en sus tensiones con los compromisos del Estado de derecho, pero desde la perspectiva de la distancia entre las promesas y discursos que lo legitiman y su incidencia concreta en las relaciones de violencia en el seno social e institucional.

Por último, en este cruce de intersecciones, en este horizonte entre montañas y quebradas, la cuarta sección del libro sugiere algunos senderos para reflexionar y problematizar la práctica jurídica, porque ¿qué es una escuela de derecho sino un lugar que, además de nutrirse de la práctica legal, la pone en cuestión para reflexionar y criticarla en primera persona del plural? En mis breves reflexiones en *Derecho y republicanismo penal* simplemente retomo la experiencia de otro seminario electivo en el que confluyen muchas de las preocupaciones que gravitan en los trabajos reseñados. Reflexionamos allí sobre el contexto de crisis de legitimidad que, paradójicamente, potencia discursos críticos del poder punitivo y la expansión hiperinflacionaria del fenómeno de la criminalización. Así las discusiones tanto académicas como en la esfera de la opinión pública y del debate político, en lugar de enriquecer y robustecer la deliberación democrática, permanecen rehenes del binomio elitismo versus populismo penal.

El horizonte del seminario es instalarnos en la senda de la comprensión del fenómeno para exponer las limitaciones de cualquier pretensión reductora de la violencia penal que no logre cierta consolidación democrática desde la acción social y un agenciamiento

ciudadano menos alienado y más autónomo. Sin embargo para ello, es preciso habitar nuestra propia oscuridad, porque en el cruce del *ensamblaje penal* (Tonkonoff, 2019) y las posibilidades de realizar una crítica de la violencia, la reflexión en torno a los límites de los discursos que componen el saber penal, así como la cuestión de la alienación y la autonomía, exigirán una reflexión filosófica más profunda: no frenar ante la irracionalidad y simplemente proyectar discursos limitadores, sino intentar comprender la fuerza inmanente de las pulsiones punitivas, para construir colectivamente una relación más responsable con quiénes somos y quiénes queremos ser como comunidad política.

Derecho, sociología, antropología y psicoanálisis, deberán aliarse para comprender y trabajar en una senda concreta que nos agencie como participantes sociales con compromiso con un horizonte ético-jurídico y político minimalista, realista y democrático, más allá y más acá de las heterotopías, como fuerzas existentes en el imaginario social, y de las utopías, como ensoñaciones idealizantes de un espacio social, que en ese gesto es vaciado. Pero el río serpenteante no termina allí. Porque como sugiere Jean-François Lyotard:

[...] el filosofar puede precipitarse sobre nosotros desde la cumbre más insospechada de la rosa de los vientos. No hay pues un deseo propio del filósofo; Alain decía: «Para la filosofía cualquier materia es buena, con tal que sea extraña»; pero hay una forma de encontrar el deseo propio del filósofo. Ya conocemos esa particularidad: con la filosofía el deseo se desvía, se desdobra, se desea. Y entonces se plantea la cuestión de por qué desear, ¿por qué lo que es dos tiende a hacerse uno, y por qué lo que es uno tiene necesidad del otro? ¿Por qué la unidad se expande en la multiplicidad y por qué la multiplicidad depende de la unidad? ¿Por qué la unidad se da siempre en la separación? ¿Por qué no existe la unidad a secas, la unidad inmediata, sino siempre la mediación del uno a través del otro? ¿Por qué la oposición que une y separa a la vez es la dueña y señora de todo? Por eso la respuesta a «¿por qué filosofar?» se halla en la pregunta insoslayable ¿por qué desear? El deseo que conforma la filosofía no es menos irreprimible que cualquier otro deseo, pero se amplía y se interroga en su mismo movimiento (1964: 11).

Y los deseos que desean acontecer en el campo social, la acción colectiva de reconocerlos, recogerlos y trabajar por su realización, en el contexto contemporáneo se expresa en el lenguaje de los Derechos Humanos.

Lyotard en la cuarta conferencia de esa serie, interroga la undécima tesis sobre Ludwig Feuerbach en la cual Carlos Marx hacía una crítica a la filosofía y un llamado a la acción transformadora.

[...] la acción de transformar la realidad, no es una actividad cualquiera: no toda actividad transforma realmente su objeto. Hay falsas actividades, las aparentemente eficaces, que obtienen un resultado inmediato, pero que no transforman realmente las cosas. Un político en el sentido corriente, [...] que tiene bajo sus órdenes a 20.000 personas, no es alguien que necesariamente transforme la realidad. Puede ser simplemente alguien que mantiene, que conserva las cosas, las relaciones entre los hombres, en su estado anterior, o bien que las desarrolla o las ayuda a desarrollarse procurando que no haya roces, es decir sin aceptar en el fondo que ese desarrollo transforma realmente lo que se desarrolla[...]. Las actividades de este género, ya sean conservadoras o reformistas, están alejadas por igual de una acción transformadora (1964: 35).

Si queremos transformar el mundo es porque existe en él una aspiración a otra cosa, porque lo que le falta ya está ahí, es porque su propia ausencia está presente ante él. Pero no hay política infalible, no somos poseedores clarividentes del sentido de la historia.

Por ese motivo, concluye Lyotard:

[...] no se librarán ustedes del deseo, de la ley de la presencia ausencia, de la ley de la deuda, no encontrarán refugio alguno, ni siquiera en la acción, porque ésta, lejos de ser un refugio, les expondrá más abiertamente que cualquier meditación a la responsabilidad de decir lo que hay que decir y hacer (es decir, anotar), a la responsabilidad de oír y transcribir, por su cuenta y riesgo, el significado latente del mundo «sobre el cual», como suele decirse, quieren ustedes actuar. No pueden transformar este mundo si no es comprendiéndolo (1964: 39).

La filosofía es ese momento en que el deseo que está en la realidad viene a sí mismo, ese momento en que la carencia que padecemos en cuanto individuos o en cuanto colectividad se nombra y al nombrarse se transforma. No se me ocurre una forma más elocuente de presentar los últimos trabajos, atravesados por la pregunta por los derechos humanos y el cambio social.

Develando la intimidad de un debate epistolar, compartimos *Derecho y cambio social con Mariela Puga*. El intercambio, es una invitación a pensar el derecho pragmáticamente. En la mirada que sugerimos, en el terreno del desafío de la realización efectiva de los derechos humanos, el trabajo del litigio, se trata más de la construcción prospectiva, siempre más o menos experimental, de remedios estructurales para problemas sistémicos imbricados en causalidades múltiples y yuxtapuestas, que de adjudicar responsabilidades y consecuencias legales inculpatorias a un agente. El problema no se reduce a convencer a los tribunales de que tienen competencia para actuar ni tampoco a obtener sentencias declarativas de derechos, en definitiva, ya reconocidos por el bloque de constitucionalidad. El desafío es habilitar y construir procesos remediales que permitan responder a la pregunta de cómo interrumpir cursos lesivos y avanzar hacia un estado de cosas respetuoso de los derechos humanos, cuando en virtud de la complejidad sistémica estructural del *statu quo*, no sabemos cómo, ni tenemos la capacidad de hacerlo. Implicar actores y saberes en la respuesta remedial, en lugar de asumir que la fuerza del derecho se impondrá mágicamente.

El ensayo de Matías Paschkes Ronis y María Victoria Campos, *Derecho y naturaleza*, nos exhorta a repensar, de la mano de los procesos constituyentes latinoamericanos, el contrato social como contrato natural y a *Gaia*, o la tierra, como un organismo vivo. La profundidad del ensayo banaliza lo que yo pueda anunciar en solo unos párrafos. Pero dada la coimplicación entre ética y ontología y el riesgo planetario creciente, nos interpela a reinventar el derecho más allá de la ontología moderna, del racionalismo y sus dualismos objeto-sujeto, naturaleza-cultura. Nos exige impugnar nuestro señorío sobre la naturaleza, y comprendernos imbricados, lejos de ser sujetos

externos o huéspedes del planeta tierra, la humanidad es parte intrínseca. Entonces, nos anima a preguntarnos si estamos a la altura de este desafío para la formación de nuevos abogados y abogadas. ¿Cómo formar nuevas generaciones que se aproximen al derecho de manera que no sean simples reproductores de las burocracias jurídicas y se permitan pensar creativamente y, por qué no, poéticamente, la potencialidad de su práctica?

Finalmente, Gabriel Ignacio Anitua, quien también fue docente e investigador en nuestra casa de estudios, tuvo la generosidad de compartir un comentario con motivo de la presentación de una nueva edición del libro *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial* de Leticia Barrera, trabajo que en el contexto en que lo publicamos no precisa de mayores justificaciones. Iñaki repara en su análisis en por lo menos tres dimensiones interrelacionadas: el valor del método etnográfico elegido por la autora para acercarse al campo judicial, a la escena, pero sobre todo, al detrás de escena, a los aspectos menos visibles de las burocracias; el problema de la legitimidad y de la *accountability* cuando no todo es lo que parece o lo que es no se muestra, o dicho de otra forma, la estrategia de la publicidad y de la opacidad para la construcción de autoridad; y el paso del tiempo entre la primera edición del trabajo y nuestros días, que nos permite pensar en las rupturas y en las continuidades, en las burocracias que modifican su apariencia sin cambiar realmente, y su ineludible imbricación en los procesos histórico-políticos.

Esta introducción se ha hecho extensa, cuando de lo que se trata es de una invitación a recorrer este libro cuya cifra está en el hilo que he querido únicamente insinuar y que carga de sentido las prácticas y encuentros cotidianos en las aulas de nuestros docentes, investigadores y estudiantes. Como la tarea me excede, invité a dar testimonio, a modo de epílogo a Darío Pedro Almada, testigo privilegiado durante años, como estudiante, docente y colaborador imprescindible, quien encarna todo lo queremos transmitir. Su compromiso con las aulas, con todo aquello que justifica nuestro trabajo, hace de su texto la mejor demostración del horizonte que, como las variaciones de la luz en el momento del crepúsculo, evidencia ese otro laberinto

que es el tiempo y nos exhorta a seguir construyendo la mejor escuela de derecho.

Solo queda agradecer a las autoridades del IUPFA y FIUPA que hacen posible esta publicación y todo el trabajo de todos los días, así como a la Editorial IUPFA que ha acompañado y traccionado todo el proceso, muy especialmente a María Marta Rosa y a María Viñas A., por la revisión y corrección paciente e incansable que permitió mejorar en forma notable la obra. El siempre silencioso trabajo de edición de las obras ratifica su naturaleza colectiva.

Máximo Lanusse Noguera



PARTE I

La cuestión de la prueba

*Las verdades se convierten en dogmas
desde el momento en que comienzan a ser discutidas.*

Gilbert Keith Chesterton, Herejes

Derecho y prácticas probatorias en clave comparada

Hacia la construcción y consolidación
de un trabajo de observación y enseñanza clínica

Máximo Lanusse Noguera y Gonzalo Ezequiel Demián Viña

Este capítulo examina las prácticas y los estándares de prueba en los procesos y litigios criminales, a través de esta reflexión, ofrecemos una síntesis de los primeros pasos que emprendimos para sumergirnos en las prácticas y estándares de producción, valoración y argumentación probatoria de nuestros tribunales. Las conclusiones provisionales, aquí expuestas, fueron extraídas de la investigación *Prácticas y estándares en la recolección, configuración, admisión, valoración, examen y discusión de la prueba o evidencia en los*

procesos y litigios criminales (y su correlato en el razonamiento judicial, la actividad fiscal y el ejercicio de la abogacía) desarrollada en la marco de la cuarta y sexta convocatoria de la Secretaría de investigación del IUPFA.¹

Cuando comenzamos, partimos de cierta preocupación ante la escasa atención teórica y práctica que se le ha brindado a la cuestión probatoria, en particular en el contexto de la enseñanza del derecho, pero también a la hora de brindarle contenido concreto a los distintos saberes que conforman al derecho penal.

Los últimos años, de la mano de los procesos de reforma procesal, de tendencia inexorable hacia modelos de enjuiciamiento de carácter acusatorio adversarial, se ha observado una creciente atención a las herramientas de litigio que, necesariamente, aunque de a poco, colocan la discusión de la prueba en el centro de la escena.

Sin lugar a dudas, la teoría del garantismo penal (Ferrajoli, 2005), que se ha concentrado en el sistema de garantías a partir de la distinción del plano de la validez del de la efectividad (*iuspositivismo crítico*), ha constituido el prólogo silencioso de esta tarea. Pero la inmersión en la práctica se nos aparece como un paso fundamental y todavía pendiente.

Para ello elegimos como puerta de entrada al problema, por demás complejo y multidimensional, la lectura de sentencias condenatorias por los delitos de homicidio simple o agravado, sea en grado de tentativa o consumados, en dos jurisdicciones con competencia criminal. Se trata de la Jurisdicción Criminal con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y la Jurisdicción Criminal de los distintos departamentos judiciales de la provincia de Chubut, durante el período comprendido entre los años 2014 a 2018.

¹ La investigación fue llevada a cabo por los autores de este libro, y por Martín Del Viso, Gonzalo Javier Vázquez, María Daniela Rezzonico, Darío Pedro Almada, María Belen, Mazueto, Gaspar Gerathy Fleming y Agustina Oberti.

Ambas jurisdicciones fueron elegidas en virtud del notorio contraste de sus diseños procesales. Uno, conocido como el *fuero nacional criminal ordinario*, caracterizado por su marcado corte inquisitivo mixto o reformado. El otro, elegido por su nítido corte acusatorio-adversarial, muy consolidado porque lleva un tiempo considerable de implementación efectiva, y destacado en los movimientos de reforma en la región.

Entre los rasgos más característicos del sistema de enjuiciamiento inquisitivo reformado o mixto cabe destacar que: se trata de un proceso con una etapa escrita y otra oral en la que se recrea y introduce por lectura buena parte de la investigación previa; la autoridad judicial que interviene en la etapa escrita, conocido como *juez de instrucción*, está comprometido con la investigación; el tribunal de juicio trabaja con el registro del expediente escrito además de la prueba que se produce en las audiencias durante el debate oral, en el cual es habitual introducir por lectura la prueba realizada durante la investigación previa sin el control cruzado de las partes; el contradictorio o la dialéctica entre las partes es bastante restringida durante la primera etapa, con acceso muy asimétrico al legajo, es decir, no existe igualdad de armas.

En el caso del modelo acusatorio-adversarial, las notas definitivas, como se desprende de su nombre, están dadas por: el rol y las relaciones de las partes que litigan con igualdad de armas y equidistancia con la persona que juzga; la producción de la totalidad de la prueba durante el juicio oral; la etapa previa al juicio durante la cual se prepara el caso y se evalúa si tiene sustento mínimo para un juicio oral y público, también se caracteriza por el sistema de audiencias orales en las que se discute toda incidencia; toda la ingeniería y práctica procesal se orienta hacia la garantía de la imparcialidad en tanto el tribunal, o en su caso el jurado, conocen el caso solo a través de lo que transcurre durante la audiencia; el cuidado de la calidad de la información que se introducirá en el litigio, a través de la oralidad, el contradictorio y la inmediatez, y que, en definitiva, se utilizará para fundamentar los actos jurisdiccionales.

Ese contraste de diseños y de prácticas, repercute seriamente en la duración de los procesos, de manera que la distancia entre el conflicto penal y su enjuiciamiento y sentencia, tiende a agrandarse en los procesos mixtos e inquisitivos, y a achicarse en los acusatorios y adversariales. Ello tiene consecuencias en la calidad epistemológica, pero también en el desafío de proyectar algún horizonte restaurativo y de pacificación de los conflictos de la mano de la respuesta penal.

Nos interesaba en particular la incidencia concreta de esos contextos institucionales en las formas de dialéctica procesal, más o menos reflejadas en las sentencias como producto del juicio. Precisamente, porque encaramos el trabajo con un horizonte práctico, se trata de generar insumos tanto para políticas públicas como para ocupar, a través de programas de enseñanza, un área de vacancia en la formación jurídica, es decir orientada al desarrollo de habilidades y destrezas para las personas implicadas en la administración de justicia y el área de litigio penal en sus distintos roles.

En una primera etapa, conformamos la base de una matriz de observación y lectura. Sin embargo, estamos convencidos de que es un trabajo que exige continuación y consolidación para producir indicadores de buenas y malas prácticas, lo suficientemente rendidores y sensibles a las complejidades que ofrecen la multiplicidad de casos.

En ese sentido, aunque estuvimos lejos de un resultado de investigación conclusivo, sí hemos podido observar con cierta nitidez el contraste y la incidencia de ambos contextos procesales, tanto en la dimensión temporal como en la calidad del contradictorio plasmado en las sentencias. Asimismo, detectamos el modo en que ciertos sesgos epistémicos, las limitaciones a la imparcialidad, y la determinación automatizada, o no suficientemente problematizada, de los hechos, encuentra tierra más fértil en los procesos de carácter inquisitivo reformado o mixto. Por otra parte, estamos en condiciones de afirmar que en la práctica, casi no se observan estándares de prueba consolidados, y sí en cambio un recurso más bien cargado de intuicionismo y sentido común, bajo formulaciones abstractas, enumeraciones de fuente de prueba, sin reparar en los razonamientos ni sus dinámicas (de las pruebas o indicios a las hipótesis y de las hipótesis

a las pruebas, distintas a las de partida), de manera de ralentizar en una argumentación clara la forma en que se valora la prueba. En consecuencia, en lugar de diseccionarse y re totalizarse el puente entre la teoría fáctica y la teoría jurídica, a través de una robusta teoría probatoria que brinde sustento hermenéutico y analítico a cada una de las proposiciones fácticas que conforman las teorías del caso, que se proyectan como hipótesis de investigación, acusación, juicio y condena criminal, conforme un canon atomista y holista, se incurre en bolsones de remisiones cuyas posibilidades de contrastación fáctica nacen clausuradas en su propia enunciación discursiva.

En lugar de fragmentarse y reconstruirse por completo, el vínculo entre la teoría basada en los hechos y la teoría jurídica se realiza a través de una sólida teoría probatoria. Esta teoría debe proporcionar un respaldo hermenéutico y analítico a cada una de las proposiciones fácticas que forman las teorías del caso, las cuales se presentan como hipótesis durante la investigación, acusación, juicio y condena criminal. Aunque se busca seguir un enfoque tanto atomista como holista, a menudo se cae en remisiones aisladas cuyas posibilidades de verificación fáctica están limitadas por la forma misma en que se expresan discursivamente.

La conclusión principal no es otra que reparar en la ignorancia y falta de reflexividad de nuestras prácticas, y en la pertinencia e imperativo de continuar esta senda de trabajo con herramientas metodológicas, empíricas, teóricas y prácticas cada vez más desarrolladas.

El motivo de la investigación

Comenzamos con una inquietud que a su vez expresa un gesto de asombro. La escasísima atención destinada en la profesión en general, y en el conjunto de saberes jurídicos, a la *cuestión probatoria*. En particular, respecto a su necesario abordaje multidimensional. Sintomático de ello, es su persistente vacancia en la formación de grado.

Esta observación es sobre todo aplicable a nuestro medio local, pero extensible a buena parte la tradición jurídica continental, llámese europea, con escasas e insulares excepciones (Senese, 2021). Distinto es el caso en los sistemas del *common law*, donde existe un mayor desarrollo de las reglas de evidencia, los criterios de admisión y exclusión probatoria, además de la formación orientada hacia destrezas en litigación. Pero el control de la información y cómo ingresa al juicio está, en tales casos, determinada en buena parte por las consecuencias específicas del juicio por jurados.²

En Argentina, mientras se invierte buena parte del tiempo de formación en la explicación, comprensión y clasificación dogmática del derecho sustantivo y adjetivo (aspectos del derecho positivo y su aplicación “racional”) en cada una de sus ramas específicas, se ha descuidado el abordaje, conocimiento y argumentación de los hechos, aspectos completamente transversales, sin los cuales la pregunta acerca del derecho aplicable y de las consecuencias jurídicas, opera en el vacío práctico.

Durante los últimos años, en el ámbito local, de la mano de los desafíos prácticos que llegaron con la litigación oral en sistemas procesales adversariales y acusatorios, que pusieron en crisis la tradición escrituraria e inquisitiva y se ha comenzado a reparar en este déficit.

Es que no es lo mismo ensamblar hechos en un escrito, donde pueden acomodarse ad hoc a la teoría jurídica del caso que se construye para sostener una pretensión jurídica o para motivar un acto jurisdiccional, con la mera referencia abstracta a un cúmulo de pruebas cuyo contenido asertivo y fiabilidad se da por consumado, que argumentar con éxito en un contexto dinámico, dialéctico y de contradictorio en el que cada afirmación puede ser puesta en duda y refutada por la contraparte o, eventualmente impugnada, sin los

² En consecuencia, los fallos carecen de la obligación de exponer fundamentos de modo que el control epistémico de la prueba es anterior. Ello ha llevado a Susan Haack (2004) a concebir a los sistemas continentales como más comprometidos con la búsqueda de la verdad.

límites clásicos de restricción casatoria que distinguía las cuestiones de derecho de las de hecho (Lorenzo y Lopardo, 2021).

Es precisamente ese contexto de transformaciones el que ha llevado a la necesidad de repensar las destrezas y trabajar con una teoría del caso, compuesta por una teoría fáctica, una teoría jurídica y el puente entre ambas, una teoría probatoria. Esto no significa trabajar con tres teorías sino con una que aborde esas tres dimensiones del caso.

Comenzamos con una breve referencia a ese horizonte práctico porque creemos que es el síntoma prístino de un déficit teórico a la hora pensar nuestro derecho y de un déficit práctico al ejercerlo. La paradoja es el contraste entre el rigor que se imprime a cierta racionalidad teórico-dogmática cuando se trata de elucubrar académicamente la aplicación de la ley penal y la casi inexistente atención al razonamiento probatorio. Ya no podemos reducirlo a un cúmulo de normas positivas, sino que es preciso abordarlo como un entramado de contextos institucionales, hábitos y prácticas situadas en un espacio social de producción y reproducción.

El asunto no es trivial porque si nos importa la ventilación y redefinición pública de conflictos con un horizonte democrático y restaurativo, reductor de la violencia y promotor de la paz, difícilmente pueda conseguirse sin la realización de algún ideal de justicia. Y la noción de un juicio que no se ajuste razonablemente a los hechos, constituye un oxímoron. Las decisiones parlamentarias, por definición soberanas, solo tienen sentido si la empresa jurisdiccional es cognoscitiva en lugar de decisionista. Asimismo, la tutela de derechos subjetivos exige la articulación hermenéutica entre lo universal y lo particular, donde cada caso singular tiene una riqueza específica que solo surgirá si prestamos atención a la complejidad de las tramas fácticas.

Por otra parte, hemos sido conscientes y también hemos aprendido que un camino demasiado amplio para recorrer un problema corre el riesgo de tornarse tan ancho y profundo como el mar. Por ese motivo, desde un principio marcamos un contraste entre la artificialidad de cualquier recorte y la magnitud y multidimensionalidad

del problema. Parados en ese contraste, entonces, distinguimos la intención de iniciar una senda de trabajo colectivo, en la cual este proyecto de investigación sería únicamente un puntapié. Una línea de investigación siempre será más amplia que un proyecto de investigación, pero no quisimos emprender este último camino sin la necesaria delimitación previa de un *horizonte de comprensión* necesariamente más amplio. Como suele ocurrir, esos bordes de apertura y de cierre se fueron corriendo, de manera que lo que era grande se nos presentó infinito y lo que era una mera puerta de entrada, se nos hizo inmenso.

Las etapas de una investigación accidentada

El primer coeficiente de adversidad fue la dificultad para acceder al corpus empírico en virtud del contexto de pandemia y la situación de adaptación forzosa que atravesaron los tribunales. Así, las primeras gestiones fueron ante el Registro Nacional de Reincidencia para identificar el universo de los casos. Luego, se ensayaron pedidos a las y los magistrados de ambas jurisdicciones, a través de estrategias centralizadas y descentralizadas.

Fue necesario vencer barreras de confianza para que se nos proveyera la información. Tuvimos acceso a las sentencias de la Jurisdicción Criminal de la provincia de Chubut, luego de mantener reuniones con las máximas autoridades del Tribunal Superior de Justicia de esa provincia, luego de numerosos intentos fallidos por otros caminos. En el caso de los fallos de la Justicia en lo Criminal local, la vía no fue menos accidentada, pues si bien el acceso a varias de las sentencias fue previo, este fue fragmentario e implicó complejas articulaciones para hacernos efectivamente del material digitalizado.

Durante las primeras fases del proyecto, ajustamos la pregunta problema; realizamos las gestiones para acceder al corpus empírico; relevamos materiales teóricos; pusimos en marcha dos talleres sobre la temática en el marco de la carrera de Abogacía, históricamente

caracterizada por ser un área de vacancia en la formación jurídica; consensuamos un marco general de referencia para el análisis y comenzamos a trabajar en una matriz de lectura para abordar las sentencias.

Luego, el trabajo consistió en sentar las bases de la matriz de lectura para la primera inmersión en el corpus. Decimos bases porque tal como la experiencia lo confirmaría, luego esa matriz debería ser revisada y ajustada en función de lo observado en la lectura de las sentencias. Aún así, consensuamos que como un trabajo de epistemología jurídica, nos situaríamos en el cruce entre la epistemología, la filosofía del derecho y el derecho probatorio o la dimensión procesal e institucional de la prueba en el proceso penal. Por cuanto además de poner en cuestión la prueba o evidencia en sí misma, era necesario trabajar su contexto de producción y apreciación. De esta manera, resultaban importantes los condicionamientos de la garantía de imparcialidad, las tramas contextuales y gramáticas prácticas que ejercen presión sobre ella, más allá de la teoría y su cruce con los problemas de psicología experimental, amplificadas por las complejas articulaciones de los intereses y tensiones que rodean y habitan en el proceso penal. Es decir, es una dimensión esencial del trabajo, el detectar sesgos ligados a diseños institucionales y prácticas que no siempre promueven una determinación no automatizada de los hechos. Con ese norte, se perfilaron una serie de preguntas diseñadas para orientar una lectura analítica.

Por tanto, la pregunta matriz del trabajo es: ¿con qué estándares de prueba y de justificación racional se investigó, juzgó y condenó o absolvió en la justicia criminal de CABA y de la provincia de CHUBUT en un período de aproximadamente cuatro años³ por el delito de homicidio simple y agravado?

³ En un principio habíamos determinado de modo aleatorio el período 2014-2018, sin embargo, luego se relativizó esa definición temporal en función de la información conseguida en la Dirección Nacional de Reincidencia, que dificultó una delimitación precisa. En consecuencia, incorporamos casos anteriores a ese período.

Ahora bien, esta pregunta refiere a prácticas que se dan en distintos momentos de los procesos, desde la comisión de los hechos delictivos hasta su investigación, juicio y sentencia. Comenzamos por las sentencias.

Previo al abordaje empírico o a la construcción de un método para esa tarea, reconstruimos algunos andamios conceptuales para matizar las distintas dimensiones del problema que nos permitieran formular una matriz de lectura para tamizar las sentencias. En este caso, nos encontramos con que la labor de leer colectivamente y extraer conclusiones es muy compleja y demanda varias paradas metodológicas previas, de manera que lo que aquí presentaremos son solo observaciones de paso, lejos todavía de un estatus conclusivo y más a modo de gran proyector de preguntas, caminos de indagación, en lugar de respuestas.

El primer gesto hermenéutico: las preguntas

Reconstruir hechos, interpretar rastros, seguir pistas, examinar grandes caudales de información, exige la intervención de múltiples saberes. La labor de los tribunales en muchos casos aparece como un intento por disimular ese ensamblaje de saberes heterogéneos bajo un relato aparentemente homogéneo. Ficciones al margen, la labor judicial es una tarea colectiva que exige confianza, cooperación y también el hábito de la sospecha. Volver a la ciencia, sin mistificaciones, y construir un diálogo fructífero con el derecho es un primer paso para mejorar la calidad epistemológica de los juicios penales, al reducir el margen de arbitrariedad y dogmatismo. Otro paso es volver a prestar atención en la práctica de la abogacía, de la litigación y el razonamiento judicial como actividades deliberativas comprometidas con la práctica de argumentar y justificar las decisiones y posiciones.

**La labor judicial es una tarea colectiva
que exige confianza, cooperación
y también el hábito de la sospecha.**

Los hábitos inquisitivos pueden todavía proyectar la idea de los procesos, como actividades de indagación de la verdad por parte de quien detenta el poder y la iluminación y, como tal, no precisa rendir cuentas. El horizonte adversarial más compatible con el ideal acusatorio, la distinción clara de roles y distribución de poderes concebidos como funciones, en cambio, delinea el juego como una genuina competencia de razones, una contienda y deliberación en torno a los hechos del caso y su significación jurídica. El peso práctico de los argumentos puede ser un síntoma del grado de autenticidad de los juicios, ¿cuánto se define sobre la base de exposición de razones y cuánto sobre la base del componente autoritativo de los órganos con poder jurisdiccional?

La propuesta de indagación se planteó desde varios ejes. Entonces, si bien partimos de la hipótesis de un estado de situación deficitario, en torno al cual esbozamos algunas hipótesis: sentencias con motivación fáctica deficitaria; procesos criminales sin una dinámica del razonamiento probatorio *de las pruebas a las hipótesis y de las hipótesis a las pruebas*; profesionales en abogacía y magistradas y magistrados sin preparación suficiente para discutir la fiabilidad de las pruebas; prácticas escriturarias y sumariales que construyen versiones de los hechos, necesariamente recortadas, basadas más en un acto de fe que un genuino examen cruzado de los testimonios que en lugar de producirse se documentan en actas; audiencias durante la instrucción o fase escrita de los procesos, que no se registran en formato audiovisual ni cumplen con requisitos básicos del *contradictorio*; entre muchas otras. Fue necesario formular una primera serie de preguntas posibles de diagnóstico que no pretendíamos agotar, pero que sí nos sirvieron para señalar un camino de trabajo y dar cuenta de un fenómeno:

El punto de partida y vector del proyecto, es cuestionarnos, ¿con qué estándares de prueba y de justificación racional se investiga,

juzga, condena o absuelve en la justicia criminal?, ¿cuáles son los estándares utilizados para investigar, juzgar y determinar culpabilidad o inocencia en casos criminales? Esta pregunta matriz no es otra cosa que discutir el grado de compromiso real de nuestra práctica jurídica con el principio o estado de inocencia, la garantía de juicio previo y el principio de razonabilidad que gobierna nuestro orden institucional. ¿Qué incidencia tiene en la calidad del proceso el diseño institucional y procesal de carácter inquisitivo reformado o adversarial acusatorio?

Para abordar el asunto, nos propusimos estudiar sentencias condenatorias y algunas absolutorias en casos de homicidio, e intentar reconstruir el camino que llevó a estas decisiones. Como anticipamos, nuestro análisis se centra en dos jurisdicciones que permiten un análisis comparativo: la justicia criminal nacional, signada por un sistema procesal inquisitivo reformado o mixto, caracterizado por una etapa de investigación inquisitiva escrita y otra etapa acusatoria y oral; y la justicia criminal de la provincia de Chubut, caracterizado por su diseño acusatorio y adversarial, y por encontrarse su implementación consolidada en el tiempo.

Ahora bien, esa pregunta actúa como un campo gravitacional de múltiples preguntas que abren y demarcan un horizonte de sentido necesariamente más amplio:

¿Cuál es la calidad epistemológica de los procesos penales en nuestro país?, ¿cómo incide la práctica procesal escrituraria y la oralidad en el asunto?, ¿qué puede descubrirse en perspectiva comparada?, ¿podría enriquecer nuestras prácticas la fórmula del Common Law sobre la duda razonable, adoptada por sistemas legales como el italiano, o, como sugieren algunos epistemólogos contemporáneos, su subjetividad la vuelve vacía? ¿Y la de la íntima o la libre convicción de la autoridad judicial según la sana crítica?, ¿cómo inciden nuestros diseños institucionales y regímenes en la configuración de la verdad procesal?, ¿el principio de oportunidad en confrontación con el principio de oficiosidad a la hora del ejercicio de la acción penal incide en los estándares del Ministerio Público Fiscal (MPF) para llevar adelante una acusación?, ¿qué grado de compromiso ético existe por parte

de los distintos actores procesales y auxiliares en la configuración de la verdad procesal?, ¿existe un saber práctico sobre la materia?, ¿qué grado de reflexividad registran los sujetos relevantes en torno a la pertinencia de lo que se dice y hace para la verificación y refutación de las hipótesis delictivas?, ¿de qué formas incide en la cuestión probatoria la existencia de autoridades judiciales técnicas o jurados legos, así como la obligación o no de fundar los veredictos?, ¿qué herramientas de diálogo existen entre actores de la justicia y peritos y quienes profesionales en ciencias forenses?, ¿qué herramientas de diálogo existen entre especialistas forenses y la comunidad científica en general?, ¿existe en Argentina una investigación paralela por parte de estudios de abogacía para robustecer sus defensas sustantivas y querrelas criminales?, ¿existen prácticas mistificadoras o idealizadoras de la ciencia al interior de los procesos judiciales?, ¿cómo es la relación entre peritos, jueces y fiscales?, ¿tiene alguna incidencia práctica la pertenencia o no a una fuerza de seguridad por parte de los criminalistas y especialistas forenses que auxilian a la justicia?, ¿qué incidencia tiene la existencia de una policía judicial o de investigación criminal independiente de la policía de prevención en el asunto?

De ninguna manera pretendemos recorrer ni responder acabadamente todas estas preguntas. Solo las proyectamos desde el inicio como trasfondo crepuscular, pues está claro que nuestro objeto, en esta primera exploración, no puede abstraerse de las variaciones de luz y sombra en aquel horizonte.

Luego de aquella pregunta diagnóstica y de todos los demás interrogantes que la acompañan, concebimos que se generarían otras preguntas y líneas de investigación: ¿qué herramientas podrían diseñarse para mejorar las prácticas tanto desde la perspectiva institucional como en la formación de profesionales con destrezas prácticas en la materia?

Insistimos, la aspiración no fue otra que delinear un camino de reconocimiento de los principales problemas con un horizonte eminentemente práctico: agudizar la observación de nuestra praxis, pensar la formación y los diseños institucionales que podrían mitigar un posible estado de situación deficitario o por lo menos perfectible.

Este fue el punto de partida, inaugurar una línea de trabajo, a través de un primer gesto, una primera experiencia de investigación, y establecer un trabajo clínico y permanente de aquí en adelante. El horizonte de reflexión, lejos de ser unidimensional, exigió distinguir planos de análisis.

Por un lado, no puede negarse y dar cuenta de la fuerza gravitatoria de la cultura jurídica tanto en sus manifestaciones más académicas como en la práctica profesional e institucional. Por otro lado, es necesario el reconocimiento de la producción académica existente que, en forma específica, ha abordado tópicos de epistemología jurídica en materia penal, así como temas de argumentación y razonamiento jurídico. También, pueden encontrarse algunos trabajos específicos en relación a la prueba pericial y las relaciones entre ciencia y derecho. Por último, la criminalística constituye todo un campo específico de conocimiento.

Sin embargo, en el ámbito local, aún no existe o presenta un desarrollo incipiente y poco explorado son intentos por cruzar todas esas dimensiones con la práctica efectiva de nuestros tribunales.

En Argentina, la práctica y la academia jurídica han ignorado por mucho tiempo la relevancia de la prueba en los procesos judiciales, en particular en materia penal, pero también en otras ramas del derecho. Un síntoma de esa indiferencia es la ausencia generalizada en los planes de estudio de la carrera de Abogacía de asignaturas específicas que aborden la temática desde sus distintas aristas, tal como lo detectó el Ministerio de Justicia y DD. HH. en un relevamiento efectuado en el año 2016 a nivel nacional, en el marco del Programa de formación en áreas de vacancia de abogacía de la Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil. No obstante, la cuestión sí está comenzando a ganar terreno en el marco de algunos cursos de posgrado, pero para ese entonces una gran cantidad de profesionales en abogacía tendrán como hábito repetir garantías y principios sin un correlato práctico real en el desarrollo de destrezas ligadas al litigio y el razonamiento judicial.

Además, de alguna manera, se da por clausurada cualquier discusión sobre el tópico y el universo de problemas jurídicamente relevantes se reduce a la validez o invalidez de la incorporación de la prueba a los procesos en función del cumplimiento o incumplimiento de las formas procesales, destinadas a garantizar el debido proceso legal, es decir como un subpunto del estudio del régimen procesal. No negamos la importancia de estos análisis, pero sí nos propusimos transitar por un abanico más amplio de preguntas.

Sin embargo, el IUPFA se anuncia como una excepción a la regla en tanto, desde nuestro rol en la carrera de Abogacía, hemos diseñado espacios curriculares específicos sobre la materia. Nos referimos a los talleres *La evidencia en la investigación científica del delito* y *La prueba en el proceso penal*. En el primero de ellos, con la ayuda de especialistas en criminalística trabajamos sobre los esquemas de percepción, valoración y acción de futuras abogadas y abogados, a fin de que entren en contacto directo con los saberes forenses que nutren el primer acceso a los hechos en los procesos penales, así como los informes periciales. En el segundo, colocamos al estudiantado en el rol de litigante desde la perspectiva de la prueba, con el objetivo de generar destrezas estratégicas, mientras que desarrollamos capacidad crítica y ojo clínico para revelar los sesgos epistémicos que pueden operar en la determinación jurisdiccional de los hechos.

También desde lo potencial se proyecta como un espacio estratégico donde las carreras de Abogacía y Criminalística pueden comenzar un diálogo fructífero con el fin de producir un saber práctico. Además, es un espacio habitado por representantes del sistema de justicia, de las fuerzas de seguridad y de la práctica científica y forense. De manera que existe materia prima con la cual trabajar, pero el camino todavía está en construcción.

La práctica de la abogacía en el campo jurídico local está atravesada por una serie de rasgos que Alberto Binder caracterizó como *conceptualismo*, abstracción y afán clasificatorio y olvido de los hechos; *formalismo*, culto a las formas como si tuvieran un valor en sí mismas; y *ritualismo*, cultura del trámite, los cuales alejan a la práctica del

derecho de las conflictividades sociales que lo justifican y perpetúan la debilidad selectiva de la ley (2012). Esos rasgos resultan sintomáticos de una cultura jurídica de raíz inquisitiva en la que las relaciones de poder tienen más peso específico que las destrezas que se puedan demostrar en el ejercicio de la profesión y de la función pública.

Una manifestación de ello es que abogados y abogadas pocas veces utilizan estrategias ligadas a la prueba de los hechos, defensas *sustantivas*, y mucho más seguido optan por la búsqueda de vicios procesales, *defensas formales*. Así se traduce en la mayor cantidad posible de planteos de nulidad, de manera que cada incidencia habilite las respectivas vías de impugnación. Los procesos, en lugar de avanzar hacia la etapa en teoría más propicia para su exposición pública, el juicio oral, se estancan indefinidamente y giran en torno a sí mismos como trompos. Esa práctica repercute viciosamente en la temporalidad de los procesos y en la frustración de las demandas sociales de justicia. Asimismo, tiene un impacto negativo en la imagen de la administración de justicia y las representaciones sociales en torno a la *verdad judicial*. La investigación de hechos de enorme trascendencia pública es colocada en duda y habitualmente terminan en sospechas de encubrimiento, es decir, investigaciones sobre las investigaciones. Paralelamente, el discurso mediático compete con la verdad judicial y, en un contexto de crisis de legitimidad de las instituciones en general y judiciales en particular, se traduce en la pérdida de credibilidad pública de los juicios criminales y con ello también de algunas de sus funciones. Lo dicho es relevante como contexto general de nuestra indagación.

En este sentido, existe buena cantidad de materiales e insumos que abordan cuestiones de epistemología, garantismo penal y filosofía de la prueba como los trabajos de los juristas italianos Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo, Giovanni Tuzet, Paolo Ferrua, Francesco Carnelutti, Baldassare Pastore, Giulio Ubertis, Giuseppe Zaccaria. Asimismo, existen también muchos estudios teóricos en torno a la argumentación jurídica, el razonamiento jurídico en general y probatorio en particular y la valoración racional de la prueba como los trabajos de Carmen Vázquez, Larry Laudan, Ferrer Beltrán, Marina

Gascón Abellán, Frederick Schauer, Jerzy Wróblewski. Incluso trabajos comparativos e históricos fascinantes como los de Mirjan R. Damaska y James Q. Whitman. Por otra parte, sobre el análisis de la prueba, trabajaron en particular, Terence Anderson, David Schum y William Twining. Parte del grado de adversidad de todos esos trabajos es que remiten a sistemas y tradiciones jurídicas heterogéneas. Tampoco es escaso el material disponible en torno al contexto filosófico y epistemológico para pensar la verdad, el poder, el derecho y la ciencia desde Michael Foucault hasta Imre Lakatos, Karl Popper, Thomas Kuhn y Wittgenstein.

Desarrollar en este apartado, todo ese universo de literatura existente iría en desmedro de la claridad porque sería inevitable recurrir a remisiones infinitas. Lo que no puede negarse es que el tópico genera intersecciones entre la filosofía de la ciencia, la epistemología, la filosofía jurídica, la teoría y práctica procesal penal, la lógica y teoría de la argumentación, la criminalística, etcétera.

Pretendimos entonces iniciar los primeros pasos de un trabajo de observación y diagnóstico de las prácticas al interior de los procesos de investigación, enjuiciamiento y litigio criminal. El salto cualitativo es el paso de una reflexión general en torno a estándares de racionalidad o razonabilidad en materia probatoria hacia la observación concreta de las prácticas y construcción de indicadores empíricos que se puedan luego someter a un escrutinio desde un plano ideal o crítico. Cierta circularidad hermenéutica es inevitable. Asimismo, con solo los primeros pasos descubrimos la dimensión y magnitud de la tarea, que sobrepasó ampliamente nuestras posibilidades en esta primera etapa.

Por ese motivo, optamos desde un principio por la vieja *parresía* griega, la franqueza radical, solo sabemos que no sabemos nada y que debemos construir un camino de preguntas. Esa consciencia de nuestra ignorancia, no ha hecho más que profundizarse, lo cual no solo debe ser visto como un límite sino como una posibilidad, el combustible para continuar trabajando.

En oportunidad de un debate académico entre Ferrer Beltrán, Gascón Abellán, Juan Igartúa y Larry Laudan en torno al trabajo

de este último, llamado ¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar? (2005), el primero de ellos presentaba la discusión con una afirmación que podríamos replicar en nuestro contexto local.

Si el análisis teórico de los problemas vinculados a la prueba en el proceso judicial es uno de los grandes olvidados por la teoría del derecho hasta hace poco tiempo, más aún resulta casi inexistente el debate sobre la aplicación de estándares de prueba en el momento decisorio de la valoración de la prueba (Doxa, 2005: 28).

Y en ese caso, no deja de referirse a un debate teórico en relación a estándares, es decir desde un plano prescriptivo.

Nuestro objetivo avanza un paso más, sin por ello dejar de aprovechar el enorme aporte de esos autores y autoras, desentrañar con qué estándares epistemológicos y prácticos se trabaja en nuestros tribunales, a la hora del complejo proceso de investigación, juicio y litigio, (según adoptemos la perspectiva jurisdiccional o de las partes, y de sentencia.

Larry Laudan, quien se desplazó desde la epistemología hacia la epistemología jurídica, con lo cual está atravesado por un punto de vista externo, realiza una reflexión que nos interpela: fuera del derecho, los estándares de prueba nunca son formulados en términos de la confianza subjetiva de los investigadores, sino de las conexiones justificatorias que deben existir entre la evidencia disponible y la hipótesis en cuestión a los efectos de considerarla probada. En este escenario, la confianza sigue a la prueba, nunca al revés; sin embargo, dentro del derecho, tal confianza precede, certifica e incluso constituye la prueba.

Elegimos trabajar las sentencias desde lo observacional, como puerta de entrada al tema, porque constituyen la desembocadura de los juicios criminales, pero tenemos claro que es solo el comienzo.

En nuestro contexto jurídico, la fundamentación o justificación de las decisiones judiciales es un acto de suma relevancia no solamente para el proceso, sino también a nivel institucional. Los argumentos aportados en una resolución permiten controlar el quehacer

de un órgano del Estado que usualmente se lleva a cabo dentro de un marco de discrecionalidad poco cuestionado⁴.

Algunas fórmulas sacramentales como *iura novit curia* o la *sana crítica* son ejemplos de cómo durante mucho tiempo se ha concedido una licencia argumental a las y los magistrados. En este sentido, la *racionalidad* de una decisión judicial se encontraría principalmente en la figura de autoridad de quien emana la misma. De este modo, las decisiones judiciales se presentan como una estructura vacía a las que solamente habría que incorporar determinada información relevante con la finalidad de tomar una decisión. Sin embargo, existen relevantes desarrollos teóricos que ilustran la importancia de contar con mayor cantidad de justificación de las elecciones asumidas por las y los magistrados. No se trata de aportar fundamentaciones más extensas en general, sino de ampliar y explicitar los momentos de una sentencia en los que es necesario una justificación.

A pesar de las discusiones que se suscitan a su alrededor, existe consenso entre los teóricos en cuanto a que la estructura de la decisión judicial se exhibe como un silogismo y el método intelectual empleado para arribar a la solución es la deducción.

Premisa mayor normativa ➤ premisa menor fáctica ➤ conclusión: decisión

Esquema de un silogismo

A su vez, existe consenso en lo que atañe al significado de justificación. En este sentido, no resulta de interés para una teoría del razonamiento jurídico una *justificación psicológica* y tampoco se exige un nivel de justificación propio de la lógica formal. Sin embargo, es completamente viable trabajar con una justificación lógica *sensu largo*. Tal como lo sostiene Wróblewski (1971), esta justificación consiste en

⁴ El investigador Gonzalo Javier Vázquez nos ha hecho reparar en esta importante dimensión.

dar razones adecuadas para una decisión legal y estas razones son las premisas para una inferencia de la decisión de acuerdo con las directivas de inferencia aceptadas. Y concluye el jurista polaco que una decisión racional es una decisión justificada.

Por otra parte, debemos tener en cuenta las dimensiones de *justificación interna* y de *justificación externa*, las cuales constituyen dos momentos bien diferenciados en el proceso de fundamentación.

Cabe señalar que la autoridad que debe llegar a una solución y justificarla, también debe pasar por alguna, o en algunos casos todas, de las siguientes decisiones: *interpretativas*, *de evidencia* y *final*. Cada una de aquellas representa un fragmento de la estructura del silogismo al que se aludió anteriormente. En esta inteligencia, la y el magistrado debe tomar decisiones a la hora de escoger las premisas normativas, las fácticas y luego, a partir de ellas, tomar su decisión. Dichas premisas son a su vez conclusiones de inferencias previas. Cada uno de aquellos fragmentos de la decisión se encuentra enmarcado por reglas que, si bien no son lógicas, sí limitan el arbitrio.

En cuanto a las decisiones interpretativas, existen diferentes métodos o criterios de interpretación, como el literal, sistémico, histórico, teleológico, etcétera. A lo que atañe a las decisiones de evidencia, también contamos con los límites impuestos por las *reglas de evidencia empírica* y las *reglas de evidencia legal*, siendo las primeras similares a las de las ciencias naturales, es decir que permiten corroborar la existencia de un hecho; y las segundas, aquellas del sistema normativo relativas a la prueba. Finalmente, en cuanto a la decisión final, quienes ejercen la magistratura también se encontrarán compelidas por una serie de restricciones, como la clase de pena a aplicar, la cual está prevista legalmente y no podrá ser modificada, aunque pueda elegir entre varias opciones por la norma aplicable.

Por lo tanto, podemos apreciar que la justificación de una decisión judicial es un acto complejo. Asimismo, es importante reparar en la importancia social que reviste. Es decir, las exigencias mencionadas no se presentan como un mero juego intelectual, sino que son producto de la necesidad del escrutinio social de las decisiones a las

que arriban sus Magistrados. Tal como sostiene Wróblewski, si las decisiones legales son partes funcionales del control legal a través de la ley, entonces quién toma las decisiones debe ser capaz de justificarlas dentro del marco legal, conceptual e ideológico de sus actividades (1971).

Como hemos señalado, se trata de deconstruir un camino que empieza mucho más atrás, de manera que es preciso avanzar del escrutinio del *producto sentencia* al complejo entramado práctico de su producción por parte de múltiples agentes y saberes. Lo que lleva necesariamente a incluir a las representaciones y percepciones de los sujetos sobre su propia labor, y a los contextos institucionales, normativos, lingüísticos, etcétera. Por supuesto, esa tarea quedó lejos de esta primera etapa.

Nuestra hipótesis

Como hemos expuesto, trabajamos con una pregunta problema, pero la hipótesis implícita es que los diseños institucionales de carácter inquisitivo reformado, donde la práctica de la oralidad, el contradictorio, el examen y contra examen cruzado de pruebas, la igualdad de armas, el acceso a la prueba bajo el principio de inmediatez llegan tarde al proceso, específicamente en la llamada fase del juicio oral. Esto repercute en la producción, argumentación y valoración probatoria y, en consecuencia, en la configuración y motivación de las sentencias. La misma constatación, pero de signo inverso, puede postularse respecto de los diseños de carácter acusatorio adversarial, en los cuales los rasgos esgrimidos se manifiestan a lo largo de todo el proceso.

La repercusión específica se vincula con la intensidad con la que se someten las hipótesis acusatorias a prueba, y el modo en que el poder está más concentrado o desconcentrado, en una porción más significativa de los procesos, así como con la posibilidad de que ingrese más información y de mejor calidad al debate. Asimismo, la

variable temporal puede repercutir significativamente en las posibilidades probatorias.

A través de la lectura, análisis y comparación de las sentencias condenatorias por homicidio simple y agravado dictadas en dos jurisdicciones, a saber la provincia de Chubut y los Tribunales Orales Criminales de la CABA, en un periodo aproximado de cuatro años, nos propusimos relevar y determinar si existen estándares de prueba y de justificación racional identificables y comparables en las sentencias condenatorias. ¿Qué incidencia tuvo en la calidad epistemológica, definida sobre la base de la identificación de estándares, el diseño institucional y procesal de carácter inquisitivo reformado o adversarial acusatorio?

Formulamos las siguientes preguntas, con el fin de intentar responderlas en el futuro en aquellos casos que, en virtud de sus características, puedan funcionar como testigo: ¿Cómo fue el camino previo de esas condenas, es decir, el juicio y la investigación?, ¿qué características generales tuvieron en términos de duración, producción probatoria distancia temporal con el hecho, etcétera?

El diseño procesal chubutense

Para comprender el trasfondo de la hipótesis, es importante pasar en limpio las reglas de producción y valoración probatoria que el Código Procesal Penal (CPP) de la provincia de Chubut provee.

El proceso penal chubutense está signado por su naturaleza eminentemente acusatoria y adversarial. Esta característica determina el rol y las relaciones de las partes y, al mismo tiempo, fija estándares claros de producción y valoración probatoria que tienden asegurar una alta calidad de la información que se introducirá en el litigio y se utilizará para fundamentar los actos jurisdiccionales.

En primer lugar, la ley estatuye que el proceso estará gobernado por los principios de oralidad, publicidad y contradicción, entre

otros (art. 3, CPP). Garantiza también al imputado “estricta igualdad con su acusador” y la realización de un debate con “plena vigencia de la inmediación” (art. 2 CPP). En el mismo sentido, el mandato de preservación de “la lealtad y la buena fe” (art. 2 CPP), procura asegurar que la persona acusadora pública y privada y la persona acusada estén en paridad de condiciones para desplegar su estrategia procesal y deban comprometerse a aportar al quien juzga la mejor y más sólida información disponible para el sustento de sus pretensiones.

Por otra parte, en cuanto a las evidencias y la discusión probatoria, la norma construye mecanismos que compelen a cada parte a fundar adecuadamente cada aspecto de sus alegaciones y conminan al tribunal a decidir el caso con estricta sujeción a las pruebas introducidas por cada litigante, con el debido contralor de su contraparte y de acuerdo con la valoración razonada que deberá efectuar de cada una de ellas individualmente y en su conjunto.

En efecto, el código comienza por sancionar el principio general de la libertad probatoria, que autoriza a probar “los hechos y circunstancias de interés” por cualquier medio de prueba (art. 165, CPP). Pero más importante aún, instituye un muy robusto debate sobre la incorporación misma de la prueba al proceso, de suerte que coloca en cada parte la carga de fundamentar la admisibilidad de las evidencias que pretende producir y la habilita también a controvertir el ingreso mismo de la prueba de la que pretende valerse su adversario.

Así, en la etapa intermedia, previa al juicio oral y público, las partes deben ofrecer los medios de prueba de su interés, “con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar o, de lo contrario, no serán admitidos” (art. 293, CPP). Esta carga está asegurada especialmente a través de la contradicción mediante dos vías. Primero, porque frente al ofrecimiento de prueba desconocida, la contraparte está habilitada para ampliar el catálogo de sus evidencias (art. 294, CPP). Luego, porque el tribunal admitirá o rechazará la prueba solo en tanto resulte pertinente y útil para la teoría del

caso de quien la pretende y previa audiencia al respecto con todos los interesados, que no solo se expedirán sobre las evidencias de su interés, sino que se pronunciarán sobre aquella que reclame la contraparte (art. 295 y 299, CPP).

Luego, sobre la producción misma de la prueba, la ley prohíbe al quien juzga tomar contacto con esta antes del juicio (art. 300, CPP); en contra de una difundida práctica en procesos de tinte inquisitivo reformado, como el que regula el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN). Solo puede ser presentada oralmente (art. 313), salvo que se demostraran ciertas circunstancias excepcionalísimas, que también pueden y deben ser litigadas ante el tribunal (art. 314, CPP).

En esta misma línea, en pos de asegurar que cada litigante pueda introducir su caso adecuadamente, se prevé que la prueba sea recibida en el orden de acusación y defensa (art. 323, CPP) y se estipula expresamente que el tribunal no puede interrogar a testigos (art. 192 y 325, CPP). De tal suerte, son las partes, y no quien juzga, quienes prefiguran la narración probatoria y extraen de cada evidencia la información que buscan llevar al conocimiento de la persona a decidir.

Incide además en la calidad del litigio, la escisión del debate probatorio. Para robustecer la actividad probatoria de las partes y sujetarlas al más riguroso estándar de argumentación y acreditación, la ley estatuye que el debate se dividirá en dos partes. Primero, lo relativo a la existencia del hecho, intervención del imputado y calificación legal. Tras ello, si hubiera veredicto de culpabilidad, las partes discutirán sobre la fijación de la pena, para lo que podrán producir nuevas pruebas (art. 304, CPP).

Finalmente, merecen destacarse las reglas sobre valoración probatoria. Amén de la directriz de mensuración de acuerdo con la sana crítica, se estipula expresamente que la decisión debe indicar expresamente el valor que se le asigna a cada prueba. En pos de asegurar un control lógico de la sentencia, se prohíbe a los jueces y juezas reemplazar sus razonamientos “con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales” y, más importante aún, en el caso de los

tribunales colegiados, incumbe a cada autoridad judicial expresar sus razones, incluso si coincidiera con otro de los miembros en el sentido de la decisión (art. 25 y 329, CPP).

En contraste, el Código Procesal Penal de la Nación carece por completo de tales pautas específicas, el proceso se divide en una fase escrita de instrucción y una de plenario o juicio. En la primera, la jueza o juez dirige la investigación, excepto en casos específicos cuando delega esta función en la fiscalía. El acceso al expediente es asimétrico para la fiscalía y la defensa, el contradictorio en la prueba es casi inexistente y hay límites sobre el manejo de la prueba. En la fase de plenario o juicio, se intentan introducir los rasgos de oralidad, publicidad e intermediación para el tratamiento probatorio.

En el medio, entre el procesamiento y el juicio propiamente dicho, la doctrina y jurisprudencia señala la existencia de una etapa intermedia, la cual si bien retoma alguna estructura acusatoria, en la que fiscalía requiere o no la elevación a juicio, la defensa puede oponerse y el juez o jueza valora la instrucción y la clausura para dictar el auto de elevación, es netamente escrita, se encuentra desfasada de las posibilidades reales de discutir el mérito de la prueba.

La cuestión probatoria

Apuntes sobre la prueba desde una perspectiva hermenéutica

A fin de trazar un mapa teórico nos basamos fundamentalmente en el trabajo de Giovanni Tuzet (2021) para plasmar algunos apuntes útiles como marco de referencia y hoja de ruta. Así, el punto de partida que propone este autor desde la filosofía hermenéutica de la prueba son las siguientes preguntas: ¿qué debe probarse?, ¿cómo debe probarse?, ¿por qué debe probarse?

Para iniciar el camino que ellas abren, resulta elemental comprender su interdisciplinarietà, por cuanto concierne al profesional jurista tener conocimientos dogmáticos; filosóficos; teóricos; lógicos; epistemológicos; psicológicos, por ejemplo, a la hora de pensar los testimonios; económicos, análisis económico del derecho procesal y probatorio; entre otros.

Las pruebas permiten representar los hechos sobre los que versa el juicio pero, no existe acceso a los hechos desde la nada, siempre precede cierta precomprensión o anticipación del juicio, y el objetivo es lograr una decisión justificada. El problema crucial, advierte Tuzet, no es tanto la inferencia de la conclusión sino la preparación de las premisas.

Por un lado, será relevante la distinción analítica de premisa menor o fáctica y premisa mayor o máxima general. Por el otro, el ineludible círculo hermenéutico que impone una lógica de pregunta y respuesta, que se proyectará hacia la conformación de ambas premisas, es decir que determinarlas será también un camino. En ese punto, se presenta una disyuntiva: la dialéctica procesal puede capitalizarse como el escenario para su despliegue o puede ignorarse su existencia y primar los roles autoritativos para la determinación de los hechos. Al tradicional contexto de descubrimiento y de justificación de la filosofía de la ciencia, se le suma un eslabón clave. Hablamos entonces en el marco procesal jurídico de contextos de investigación, de decisión y de justificación. Por otra parte, es oportuno atender a los varios significados de la prueba como elemento cognoscitivo, actividad probatoria y como resultado de la actividad probatoria.

La importancia de la perspectiva hermenéutica se vincula así, con cierto componente dinámico. En la práctica, los descubrimientos y las decisiones se manifiestan como estrechamente ligados entre sí. Las razones que los justifican operan dentro de la dinámica en que se recogen, se producen y se valoran las pruebas, de allí que resulten fundamentales los controles de racionalidad de la práctica jurídica y en el control de la decisión judicial, porque en caso contrario dependerá de un mero acto de autoridad. En ese sentido la perspectiva

hermenéutica, se complementa con la pragmática. No se puede obtener justicia sin compromiso con la verdad.

No obstante, recurrir a lenguajes axiomáticos y formalizados o a razonamientos infalibles no necesariamente erradica la incertidumbre, no se puede evitar el carácter *sui géneris* de las narraciones procesales. En ese sentido, Tuzet enfatiza en la irreductibilidad del razonamiento probatorio a un único tipo exclusivo de inferencias. La hermenéutica “pretende sobre todo comprender el modo en que juristas y jueces en particular llevan a cabo los procesos de investigación, de interpretación y de decisión, a efectos de acercar la práctica efectiva a la teoría que de ella se elabora” (2021: 24).

Pueden identificarse tres componentes fundamentales: la precomprensión referida a la importancia de los conocimientos del intérprete y del contexto para la formulación de la primera hipótesis; la lógica de pregunta y respuesta o círculo hermenéutico, en el que se avanza por problemas, se formulan preguntas, respuestas posibles, nuevas preguntas y así en adelante; y los criterios de control, en los que se examina la capacidad y corrección de la hipótesis. Si los dos primeros corresponden al contexto de descubrimiento, entonces el tercer componente es más propio del contexto de justificación.

Asimismo, comprender y explicar posee un nexo dialéctico, es decir las relaciones causales que caracterizan las explicaciones son expresadas por la metáfora de la línea, mientras que a la hora de la reconstrucción de hechos singulares, el movimiento es más complejo: el punto de partida es de algún modo el de llegada. Se trata de un círculo virtuoso, una suerte de espiral, la comprensión articula una pluralidad de niveles sucesivos y progresivos, y en ese sentido, no es tautológico, sino que implica la apertura inagotable de la interpretación y ausencia de completitud. La concretización en casos específicos produce un incremento incesante.

Los criterios de control deben ser públicos e intersubjetivos. La hermenéutica jurídica no puede renunciar a un discurso metodológico y prescriptivo sobre los criterios por medio de los cuales interpretar, elegir, decidir.

Cuando prestamos atención a las narraciones procesales ineludiblemente aparecen las diferencias y parecidos con la literatura. Es un clásico de los nuevos manuales de litigación que se refiera a la tarea como la de *contar una historia* que explique los eventos y brinde soporte a la pretensión jurídica, pero existe una diferencia ineludible, la pretensión de verdad.

Por otra parte, también aparecen los vínculos y tensiones entre ciencia, derecho e historia. La prueba jurídica difiere de la científica porque está sometida a límites de cantidad, calidad y temporalidad; las cuestiones probatorias se definen a través de decisiones autoritativas. Así lo sintetiza Tuzet:

La construcción procesal de determinados eventos difiere de la científica y de la histórica por cuanto se lleva a cabo en un tiempo limitado y de acuerdo con procedimientos vinculantes, al tiempo que en los campos científico e histórico la investigación puede continuar indefinidamente (2021, 54).

Además, cada investigación tiene su propia escala, lo cual no significa que pueda prescindir de las otras:

[...] la investigación científica se ocupa de manera prevalente de la reconstrucción de procesos en pequeña escala (reconstrucción en detalle); la investigación jurídica y procesal se ocupa de manera prevalente de acciones en escala media (reconstrucciones de conductas individuales); la investigación histórica se ocupa de manera prevalente de acciones a gran escala (reconstrucciones globales). [...] La diferencia de escala no es directamente proporcional a la generalidad de los aspectos puestos en consideración: es inversamente proporcional a ella. La pequeña escala (científica) estudia relaciones causales en el más alto nivel de generalidad, mientras la gran escala (histórica) lo hace en el nivel más bajo (Tuzet, 2021: 55).

En síntesis, escala y generalidad son inversamente proporcionales, pero, ¿con qué criterios valorar las narraciones? Relevancia jurídica; fiabilidad de la fuente; coherencia; verosimilitud o conexión

con los conocimientos de fondo; completitud y; precisión de la narración. Es importante, advierte Tuzet, evitar el prejuicio de coherencia “la idea de que las conductas humanas son, en cuanto tales, coherentes; o la tendencia a buscar propósitos o tramas sofisticadas allí donde quizá no ha operado más que el azar” (2021: 58).

Derecho y ciencia

Interacciones

¿Cómo puede orientarse el juez o jueza frente a pruebas científicas complejas respecto de las que tiene muy pocas competencias? Si las personas expertas, peritos oficiales y de parte, estuvieran siempre de acuerdo, no habría inconvenientes, pero ¿cómo decidir las controversias?

Pueden distinguirse dos problemas: ¿quién establece qué teoría o metodología científica es más fiable, la comunidad científica o las autoridades judiciales?; ¿hasta qué punto está vinculado quien juzga el caso por las pruebas científicas?

En casos de divergencia e incertidumbre sobre el estatuto de una prueba, la judicatura no debe sustituir a las y los especialistas sino recurrir a los principios de la carga de la prueba e *in dubio pro reo*. Pero como veremos, las fronteras de la duda razonable están lejos de la univocidad y no pueden ser predeterminadas. He allí un aguijón hermenéutico.

Asimismo, como también veremos, afirmar que prevalece el principio de libre valoración de la prueba, no significa desvincularla de criterios racionales. Debemos evitar el doble peligro de que la ciencia despoje al derecho y de que el derecho ignore a la ciencia.

En este sentido, resulta fundamental valorizar el aporte que puede surgir de trabajos como el de Juan Ronelli (2024), quien desde el campo de la criminalística y de su experiencia en laboratorios que auxilian a los tribunales, abre la oportunidad de conocer el potencial y las limitaciones de la ciencia para resolver puntos ciegos de los

casos. Las barreras y riesgos de la misificación de la ciencia pueden mitigarse a través de una mejor comunicación entre distintos agentes. De otro modo, una conclusión de un perito que en rigor implica un trasfondo metodológico específico, puede ser forzada a afirmaciones categóricas que con una lectura e interpretación cualificada resultarían impropias.

Tensiones

Susan Haack (2004) subraya los diversos fines que yacen en el trasfondo, mientras la ciencia tiene el objetivo de explicar y controlar los fenómenos naturales, el derecho tiene la finalidad de resolver conflictos. La verdad es relevante porque se trata de resolver los casos con justicia.

En los EE.UU., puede mencionarse una secuencia en torno a la cuestión. En el caso Frye (1923), la Corte consideró que para ser admisible una prueba científica nueva debe gozar de aceptación generalizada en el ámbito científico al que pertenece. En el camino, las *Federal Rules of Evidence* (1975) especificaron que una persona testigo experta es admisible si es relevante (regla 702). Finalmente, en el caso Daubert (1993), ensanchamiento de reglas de admisibilidad, la Corte Suprema consideró que la regla 702 sustituyó la de Frye, pero al criterio de relevancia le agrega el de *fiabilidad*. A la luz de Daubert, una prueba científica para ser admitida debería ser relevante y fiable.

Pero ¿cómo se determina la fiabilidad? La Corte estableció una serie de criterios: contrastabilidad de la teoría o del método con que la prueba se obtiene; si la teoría o método en cuestión fue objeto de revisión por pares (*peer-review*); si el método posee una tasa de error, aún potencial, y cuál es; la aceptación por parte de la comunidad científica.

En síntesis, de la deferencia a la ciencia en Frye se pasó a un rol activo de los tribunales, como *gatekeepers*, en la determinación de qué ciencia es fiable.

Haack es particularmente crítica de procesos adversariales como el de EE.UU. y trabajó las tensiones entre derecho y ciencia que,

como observa Tuzet, posiblemente refleja aquellas entre la razón teórica y la razón práctica. Por ello, pregona por sistemas mixtos que complementen la dinámica acusatoria con poderes del juez o jueza de recurrir a especialistas independientes. Como contrapunto, cabe problematizar en nuestro sistema inquisitivo reformado a nivel federal, hasta qué punto puede entenderse como *independiente* un informe pericial producido a instancias de un *juez de instrucción* que se encuentra lejos de los rasgos de imparcialidad y equidistancia de las partes de los sistemas acusatorios y adversariales, en tanto está comprometido activamente con la investigación del caso.

Sobre la verdad como garantía

Tuzet advierte que es necesario evitar la confusión entre verdad y conocimiento: el último supone una creencia verdadera y justificada, es decir depende de condiciones epistémicas; mientras que la primera, en cambio, es independiente de lo que sabemos y podemos o no saber (2001). La justificación es la condición intersubjetiva y supone una práctica social. Las pruebas sirven para justificar las creencias, pero la verdad trasciende las estas últimas. Entonces, ¿cómo resolvemos el abismo filosófico que se abre en torno a la verdad y el proceso?

La posición preferible parece ser la del falibilista, quien admite una verdad objetiva pero reconoce también nuestra falibilidad, invitando por tanto a la prudencia y el control escrupuloso de nuestras creencias e hipótesis.

[Es que] las pretensiones de verdad fáctica no entrañan el dogmatismo implicado por las pretensiones de verdad moral, ni tienen las mismas consecuencias prácticas.

[...]

Lo que interesa en el ámbito del proceso y de la prueba jurídica son las pretensiones fácticas susceptibles de ser empíricamente verificadas o falsadas (Tuzet, 2021: 84).

Ferrajoli, por su parte, ha sido uno de los mayores cultores de esa premisa: “El modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones” (2005:22).

Siempre es oportuno recordar los diez axiomas de su sistema o modelo garantista: No hay pena sin crimen; no hay crimen sin ley (previa); no hay ley sin necesidad; no hay necesidad sin injuria o daño; no hay injuria sin acción; no hay acción sin culpa; no hay culpa sin juicio; no hay juicio sin acusación; no hay acusación sin prueba; no hay prueba sin defensa. Axiomas que el autor italiano hace confluir en los principios de legalidad y jurisdiccionalidad estrictas. El último exige dos condiciones “La verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación” (34).

En el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la “verdad” precisamente en el sentido de correspondencia lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados. Solo si se refieren a la verdad como correspondencia, los criterios de coherencia y de la aceptabilidad justificada pueden en realidad impedir la prevaricación punitiva contra el particular de intereses o voluntades más o menos generales y vincular el juicio a la estricta legalidad, o sea, a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles (68).

Ferrua (2021) critica el equívoco habitual de la oposición entre proceso acusatorio y búsqueda de la verdad. El proceso acusatorio acarrea ventajas en sentido falibilista, permite constatar pública y dialécticamente la verdad. Su ventaja principal radica en el contradictorio, porque evita el arbitrio de una determinación de lo acaecido por parte de la autoridad encargada de juzgar y permite indagar acerca de la verdad por medio de la confrontación y las refutaciones en la dialéctica entre las partes.

El concepto no es unívoco, en tanto puede tratarse de contradictorio sobre la prueba, en sentido débil, o para la prueba, en sentido fuerte. La diferencia radica en si la confrontación crítica se restringe a pruebas ya recogidas, producidas, o alcanza la formación misma de la prueba.

Un proceso resulta verosímilmente 'cognitivo' bajo dos condiciones. La primera concierne a la 'completitud' de la constatación: asegurada la tutela de la libertad y de los valores constitucionales, es necesario poder desarrollar una indagación completa [...], dirigida a definir los términos de la acusación y a hallar las fuentes de prueba; y, de modo análogo, una vez formulada la acusación, debe permitirse producir toda prueba no manifiestamente irrelevante ni en contraste con los principios del ordenamiento. La segunda condición concierne a la regla de juicio que concluye la constatación: a los fines de la sentencia de condena, la culpabilidad debe probarse 'más allá de toda duda razonable', un estándar inevitablemente connotado por márgenes de indeterminación, pero por debajo del cual se cae gradualmente en resultados anticognitivos (Ferrua, 2007: 73-74).

Como veremos más adelante, ese autor ve una ventaja en la ambigüedad e indeterminación del estándar, pues hablar de una mínima duda lo haría demasiado exigente y hablar de una duda importante lo haría demasiado débil.

Las dinámicas del razonamiento probatorio

Una de las características de las narraciones procesales es que las pruebas que son su punto de partida y su punto de llegada, deberían significar una reconstrucción verídica de los hechos.

El pasaje de los hechos conocidos a los desconocidos, ¿cuándo estará justificado? La manera de examinarlo será bajo la condición de que se trate de una forma de razonamiento.

Pero, ¿qué es un razonamiento o una inferencia? Es un proceso que, a partir de un conjunto finito de enunciados tomados como

punto de partida o premisas conduce a afirmar de modo justificado otro enunciado o conclusión. Un razonamiento probatorio es uno cuyas premisas y conclusiones representan pruebas útiles para reconstruir un evento, parcialmente, ignorado.

Así Tuzet (2021) explica dos transiciones implícitas en el razonamiento probatorio y que nos parecen fundamentales: de las pruebas a las hipótesis; de las hipótesis a las pruebas.

A partir de la prueba disponible se formulan hipótesis capaces de explicar los hechos conocidos. Las premisas se abastecen de las pruebas disponibles y sus conclusiones expresan las hipótesis que a partir de ellas pueden formularse. Esta primera dimensión es muy importante porque es la primera fase de la reconstrucción de los hechos y como tal direcciona la investigación.

Una vez elaborada una hipótesis sobre la base de las pruebas es preciso intentar verificarla o falsarla. De manera que hace falta un razonamiento probatorio que recorra el camino inverso, es decir, preguntarse a partir de las hipótesis formuladas qué pruebas potenciales podrían confirmarlas o desmentirlas. Se trata de poner a prueba las hipótesis. Las premisas en este caso son las hipótesis, y las conclusiones son las pruebas que confirmarían o desmentirían las hipótesis.

En síntesis, en la primera fase se buscan las hipótesis decisivas, en la segunda las pruebas decisivas.

Los problemas de razonamiento probatorio difieren según conciernan a una u otra. Por un lado, la pregunta es cuándo está justificado introducir, formular, seleccionar una hipótesis entre las abstractamente posibles. Por otro, el problema es cuándo está justificado considerar probada una hipótesis.

Como es sabido, las inferencias deductivas son aquellas cuya conclusión no puede ser falsa si las premisas son verdaderas, es decir aquellas en que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas. En cambio, no son deductivas aquellas cuya conclusión puede ser falsa a pesar de que las premisas sean verdaderas, de manera que la conclusión se sigue solo con una mayor o menor probabilidad.

Dentro de las inferencias no deductivas se distinguen dos clases, inductivas y abductivas. Las primeras generalizan nuestras experiencias, las segundas formulan hipótesis explicativas. Aunque no garantizan la corrección de sus conclusiones resultan indispensables para la vida cognitiva y práctica.

Las inferencias más comunes en el razonamiento probatorio, en la medida en que tratan de explicarse hechos particulares y concretos, son las abducciones sobre la base de las pruebas disponibles.

¿Por qué nos parece importante esto? Porque es una buena práctica, para evitar los razonamientos circulares, auto confirmatorios, ralentizar y analizar cada fase del razonamiento de manera de distinguir adecuadamente evidencias e hipótesis que, a su vez, llevan a nuevas evidencias en la búsqueda de su confirmación o refutación. Y ello raramente sucede en las prácticas de nuestros tribunales. Los diseños institucionales que favorecen la dialéctica procesal, no obstante, exigen un mayor esfuerzo de argumentación que se proyecta a las sentencias.

Ello lleva a distinguir la fase formación de las hipótesis, desde la perspectiva del razonamiento, sustancialmente abductiva, de la fase de control, donde las inferencias probatorias son deductivas en tanto verifiquen o falseen una hipótesis o se mantienen abductivas si la debilitan o fortalecen, pero no de manera concluyente. Asimismo, en el trasfondo, como inferencias que suministran las premisas mayores de las abducciones y deducciones, operan formas de razonamiento inductivas, de la mano de leyes científicas o máximas de la experiencia, de las que se extraen conclusiones desde los elementos de prueba a las hipótesis o desde las hipótesis a las contrapruebas.

Lo importante, desde la perspectiva hermenéutica, es que las pruebas con que se intente verificar o falsar una hipótesis, o fortalecerla o debilitarla, sean otras pruebas distintas de aquellas a partir de las cuales la hipótesis se generó. Para ello es clave formular otras preguntas para contrastar una hipótesis respecto de las iniciales. En caso contrario el razonamiento será circular.

Los modelos de razonamiento probatorio

Como vimos prevalecen las inferencias abductivas en el razonamiento probatorio porque suele desarrollarse en condiciones de incertidumbre e información incompleta. , ello no excluye la pregunta normativa acerca de cómo debe desplegarse ese razonamiento sobre las pruebas.

Paolo Comanducci (1992) ha pregonado que el modelo garantista exige un modelo deductivo de razonamiento probatorio a fin de obtener la premisa menor del silogismo judicial. Esa premisa menor debe satisfacer tres condiciones: que se trate de un enunciado fáctico, que sea verdadero y que esté justificado.

Sin embargo, Tuzet observa que todo razonamiento puede ser reformulado como una deducción agregando asunciones de algún tipo a las premisas dadas. En consecuencia, lo importante no es el aspecto formal sino el contenido. ¿Qué premisas mayores se han asumido, leyes científicas, máximas de la experiencia? Lo cierto es que las leyes científicas conciernen a clases de eventos abstrayéndose de las particularidades de los casos y de su complejidad. Asimismo, buena parte de ellas son probabilísticas y no universales, incluso la prueba de ADN, aunque altamente fiable es probabilística, no infalible.

En consecuencia, muchos razonamientos probatorios deductivos constituyen ficciones basadas en premisas mayores falsas. Por otra parte, el propio Comanducci alude que la premisa menor puede considerarse verdadera si es más probable que cualquier otra hipótesis alternativa que explique los hechos del caso. Ello implica una noción epistémica de verdad. La valoración de una hipótesis como más probable no es una cuestión deductiva, sino inductiva o abductiva.

Por otra parte, una explicación hipotética deductiva no es una explicación de eventos o hechos singulares. Una explicación hipotética deductiva no es necesariamente una explicación causal, que es la prevalente a la hora de un proceso. Por último, la valoración de una hipótesis explicativa como más probable no es deductiva.

Ferrajoli (2005), por su parte, se inclina por un modelo inductivo:

La prueba empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es, a su vez, un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas (39).

Tuzet observa que usualmente hay más de una hipótesis explicativa de los hechos bajo estudio, y ninguna logra imponerse con necesidad y exclusivamente, de manera que se elige inductivamente entre hipótesis más o menos probables. En el modelo de Comanducci se derivan evidencias de hipótesis y una ley científica, en el modelo de Ferrajoli se derivan hipótesis de evidencias y de alguna generalización. Ergo, resulta claro que las conclusiones versan sobre el caso concreto y las generalizaciones están en las premisas no en la conclusión, de manera que en rigor no se trataría de una inducción sino de una abducción. La conclusión de Tuzet es que el modelo deductivo exige demasiado y el inductivo demasiado poco, por ese motivo se inclina por el modelo de la inferencia a la mayor explicación, aunque con muchísima cautela.

Desde una perspectiva hermenéutica, cita Tuzet, “en el razonamiento judicial opera un complejo retículo de procedimientos deductivos, inductivos y abductivos que, como formas de producción de sentido, fluyen de varias maneras terminando por enlazarse y contaminarse en modos divergentes” (Pastore 1990: 190).

Taruffo afirma lo mismo en términos analíticos, el razonamiento probatorio constituye un contexto complejo y heterogéneo que enlaza abducciones que permiten la formulación de nuevas hipótesis, que serán sometidas a la contradicción dialéctica, con pasos deductivos e inferencias probabilísticas, con nociones de sentido común y pruebas científicas, con argumentaciones tópicas y cánones de argumentación jurídica.

Concluye Tuzet que más que un modelo unívoco lo que puede extraerse es un modelo mixto o *sui generis* que tome nota de la complejidad e intente especificar condiciones bajo las cuales se puedan tener como justificados cada uno de los segmentos inferenciales

singulares. En consecuencia, como proceso inferencial complejo, se trata de elegir entre varias hipótesis en competencia, como la que mejor da cuenta de los hechos conocidos. Los criterios pueden variar, pero lo que no varía es que una hipótesis no se evalúa nunca por sí misma, sino en referencia a las hipótesis con que compite. ¿Qué hipótesis explica mejor los hechos conocidos a la luz de los criterios jurídicos empleados y de las reglas sobre prueba?

Los criterios pueden variar, pero lo que no varía es que una hipótesis no se evalúa nunca por sí misma, sino en referencia a las hipótesis con que compite.

Esto también raramente ocurre en la práctica de nuestros tribunales, sobre todo donde el diseño institucional es todavía de carácter inquisitivo reformado. Hemos observado que por lo general se trabaja pura y exclusivamente con una hipótesis.

El mérito de este modelo es que puede dar cuenta de la complejidad del razonamiento probatorio, donde existirán diversas inferencias, pero el foco no se pone en algún punto culminante único sino en la totalidad del camino.

Para ello es importante: determinar el valor probatorio de los elementos de apoyo de las hipótesis; determinar los criterios sobre cuya base elegir la mejor explicación; dar cuenta de la relación entre mejor hipótesis y estándar de prueba. Este último punto es fundamental porque una hipótesis acusatoria puede ser la mejor explicación entre aquellas sometidas a estudio y sin embargo no satisfacer en el contexto de un proceso penal el estándar de la duda razonable y por ende debe ser rechazada.

En ese sentido, insiste Taruffo en que la tendencia a dar forma demostrativa a la justificación de la decisión sobre los hechos implica una reducción radical de la complejidad de las valoraciones y de las inferencias que subyacen en la base del juicio sobre los hechos y, por tanto, una representación excesivamente simplificada del razonamiento del juez o jueza.

Nomenclatura probatoria

En el camino de un mejor control de los razonamientos probatorios son importantes algunas distinciones conceptuales. Así Ubertis distingue:

- Elemento de prueba: aquello que es introducido en el procedimiento y puede ser empleado por el juez como fundamento de sus inferencias en torno a los hechos del caso
- Fuente de prueba: el sujeto u objeto del que puede derivarse al menos un elemento de prueba
- Medio de prueba: actividad por medio de la cual se introduce en el proceso al menos un elemento de prueba
- Resultado probatorio: fruto del procedimiento intelectual realizado sobre la base de los elementos de prueba
- Conclusión probatoria: el resultado de la valoración de la prueba llevada a cabo por la autoridad judicial

El objeto inmediato de la prueba son las aserciones de las partes y su objeto mediato son los hechos. También es importante en la teoría de la prueba distinguir la ostentación de la inferencia. El elemento de prueba refiere a algo material y perceptible en el contexto, *ostentación*, y también a algo a utilizar como parte de la actividad inferencial, *inferencia*.

Por otra parte, en relación a la distinción entre pruebas e indicios, la primera en sentido estricto es el elemento del que se infiere con necesidad un determinado resultado probatorio, *deducción*; indicio, en cambio, es el elemento del que inferir con cierta probabilidad un resultado probatorio, *abducción*.

En la dinámica del razonamiento probatorio (*de las pruebas a las hipótesis y de las hipótesis a las pruebas*), los indicios pueden ser tanto los elementos que generan una hipótesis acusatoria como los que la confirman. A efectos de que suplan una prueba en sentido estricto, pueden buscarse en el plano investigativo elementos ulteriores que

permitan confirmar la hipótesis o incluso provocar eventos que, si la hipótesis de base fuera verdadera, se verificarían confirmándola, esto es la llamada *abducción manipulativa*.

Dinámica del razonamiento probatorio



De las pruebas a las hipótesis y de las hipótesis a las pruebas

El valor de los datos predichos, *predicciones confirmatorias*, supera al de los datos incorporados, *acomodados*, porque en el primer caso se contrasta una hipótesis de algo no conocido mientras que en el segundo únicamente se organizan teóricamente datos ya disponibles. La predicción es más falsable que la organización a posteriori de los datos disponibles. En cualquier caso, es muy importante contar con puentes inferenciales que habiliten enlazar los indicios con ciertos resultados, un indicio aislado no prueba nada, solo su inmersión en una red inferencial que permita extraer ciertas conclusiones o resultados probatorios permitirá que opere como prueba. Tradicionalmente se ha evocado la fórmula para valorar positivamente los indicios que fueran *graves, precisos y concordantes*.

La importancia de los indicios nos lleva a las máximas de experiencia en tanto como premisas mayores, -junto a las leyes científicas, operan como puentes inferenciales. Aunque resultan imprescindibles, atento a que se trata de generalizaciones sobre la base de la experiencia pasada deben emplearse con extremo cuidado.

La generalización realizada con la máxima de experiencia se obtiene por medio de la individualización de caracteres 'comunes' que se presuponen presentes en eventos pasados tomados como datos de partida, con la exclusión (o desvalorización) de aquellos casos que podrían, precisamente, desmentir una generalización tal. Pero la absolutización de los elementos iniciales, a falta de un acuerdo sobre su elección, no puede eludir el riesgo de ser refutada por, al menos, alguna otra máxima de experiencia (quizá opuesta) (Ubertis, 1992: 31).

Por ese motivo tienen carácter hipotético conjetural carente de univocidad conforme a dicho autor.

A la hora de contrastar las generalizaciones con las leyes científicas puede sentirse la tentación de creer que mientras aquellas solo permiten inferencias abductivas, estas habilitan deducciones y conclusiones certeras. Sin embargo, atento a que existen leyes universales y leyes probabilísticas, no siempre es ese realmente el caso y, en consecuencia, la eficacia probatoria puede ser similar. De todas maneras, no hay que olvidar sus diferencias estructurales, por cuanto las leyes científicas se inscriben dentro de un aparato teórico y nomológico del que las máximas de la experiencia carecen.

Tuzet identifica dos medios de corrección: la verificación empírica de la fiabilidad de las máximas sobre la base de los conocimientos científicos disponibles; la verificación de la aceptación intersubjetivamente compartida.

Taruffo (2002), por su parte, señala tres condiciones de fiabilidad: que se trate de nociones comúnmente aceptadas en el ambiente social y cultural en el que la decisión se adopta; que no hayan sido falsadas o contradichas por conocimientos científicos; que no estén contradichas por otras nociones de sentido común.

La prueba desde una perspectiva científica

Tuzet destaca que resulta ineludible el círculo hermenéutico entre categorías sustantivas y práctica probatoria: causalidad, imputabilidad, peligrosidad social, consciencia, voluntad. Pensemos, por ejemplo, la cuestión de la imputabilidad, ¿quién decide qué sujetos son capaces?, ¿Profesionales en neurología, psiquiatría, psicología, sociología o la autoridad judicial?

Un precedente europeo de relevancia, *Sentenza Franzese* (2002), estableció que si no hay leyes universales hay que acudir a las probabilidades, pero ellas no deben reducirse a probabilidades estadísticas

sino además lógicas. Mientras las primeras atienden a la verificación empírica relativa a la frecuencia relativa con que se dan los eventos, la probabilidad lógica, tras el carácter inductivo del razonamiento dirigido a establecer el grado de confirmación de la hipótesis, suma una verificación adicional, sobre la totalidad de la evidencia disponible, de la fiabilidad del empleo de la ley estadística para el evento concreto y la credibilidad persuasiva y racional de la comprobación judicial.

Sintetiza Tuzet, han de tenerse en cuenta las leyes científicas pero también las particularidades del caso y la evidencia disponible, es decir, se trata de verificar si, en el caso concreto, no se ha producido acaso la eventualidad menos frecuente, lo cual ha de hacerse teniendo en cuenta además la plausibilidad de hipótesis alternativas.

La paradoja de la prueba científica es que mientras la ciencia confiesa su incertidumbre, quienes ejercen la función judicial no está en condiciones de comprenderla del todo, es decir, la *opacidad del testimonio experto*. Decisiones como la del caso Daubert se concentraron en la fiabilidad de las pruebas científicas a efectos de su admisibilidad, pero el problema implícito es el escaso peso dado al requisito de relevancia por cuanto para determinarla el juez o jueza debe comprenderla.

Los testimonios como prueba

Como ya referimos, conocimiento implica creencia verdadera justificada. En la epistemología se distinguen las distintas fuentes posibles de las creencias, algunas individuales como la percepción, la memoria, el razonamiento y la introspección; y una social, el testimonio. De este último depende la transmisión de conocimientos, pero tal como lo destaca Tuzet, sin experiencia en primera persona la cadena de testimonio no puede siquiera empezar.

El valor cognoscitivo y probatorio de un testimonio debe ser ponderado en cada caso según la fuente y el contenido. Ese valor depende de factores diversos como pueden ser la sinceridad, la memoria,

la objetividad y sensibilidad de la persona testigo. Debe analizarse su fiabilidad, es decir, su idoneidad para producir creencias verdaderas y justificadas.

En tal sentido, a la hora de atribuirle valor epistémico, Tuzet esboza dos principios opuestos: credibilidad, cuya máxima es creer cuanto se te es dicho excepto que existan razones para dudar; desconfianza, cuya norma es no creer lo que te es dicho salvo que haya razones para considerarlo correcto.

El contexto y los intereses en juego serán vitales para considerar la sensatez de adoptar uno u otro principio. Mientras en la vida cotidiana puede ser adecuada la credulidad, en el contexto procesal rige el principio inverso, en tanto será necesaria mayor cautela epistémica por lo que está en juego. De allí la importancia de examinar y contra examinar correctamente a las personas que han sido testigos.

Entre los aspectos a tener en cuenta puede mencionarse: la sinceridad y veracidad; las alteraciones voluntarias e involuntarias; las preguntas sugestivas y preguntas capciosas; los aspectos psicológicos o tendencia de algunas personas a amoldar el discurso a lo que creen que se quiere escuchar; testimonios interesados; etcétera.

El principio de desconfianza implica que un testimonio no debe ser acogido a menos que resulte fiable. Las dinámicas procesales de control dialéctico y confrontación crítica favorecidas por el contradictorio resultan útiles con ese horizonte.

Tuzet identifica algunos rasgos de los testimonios en sentido jurídico y procesal: se prestan dentro de un proceso; conforme ciertas reglas que regulan su admisión, producción y valoración; son orales; deben referir a percepciones propias; no deben llevar a cabo inferencias; no debe llevar a cabo valoraciones.

La distinción entre percepción e inferencia puede ser más o menos clara en la teoría, pero es compleja en la práctica. Por otra parte, más allá de la importancia relativa de la precisión y credibilidad,

la apreciación del testimonio forma parte de la valoración global de la prueba y de las versiones que se contrastan. Así su valor, depende además de la credibilidad de quien es testigo y de la coherencia interna de la declaración, del número y calidad de sus contrastaciones externas.

Ferrua (2010) llama la atención sobre un punto importante, a la hora de la valoración de los testimonios para otorgarle mayor o menor crédito a las teorías del caso. No debe debilitarse la carga de la prueba de la culpabilidad que pesa sobre quien acusa. En ese sentido, encontrar más plausible su hipótesis que la de la defensa no debe inclinar por ese exclusivo motivo la balanza a favor de la condena. Sin embargo, en la práctica, es difícil que la dialéctica procesal no lleve a situar las versiones de las partes como rivales. Sin embargo, tal como aquel advierte, en el contexto del proceso penal, se debería valorar la credibilidad y fiabilidad intrínseca de la hipótesis acusatoria y no simplemente compararla con la hipótesis alternativa de la defensa. Se debería controlar si la hipótesis acusatoria alcanza o no el estándar de prueba exigido, en virtud de la carga de la prueba.

Por tanto, no hay que confundir la fiabilidad intrínseca de las hipótesis con la valoración en función de que no existe una hipótesis alternativa creíble.

El valor epistémico del testimonio, depende de la disponibilidad de contrastaciones externas que puedan otorgar una base a las afirmaciones como un cuadro plausible para explicar lo sucedido.

El contradictorio

El principio del contradictorio opera como una síntesis del debido proceso a la luz del principio acusatorio por cuanto exige: igualdad de armas; duración razonable; imparcialidad.

Para Ferrua el contradictorio es aliado y no enemigo de la verdad, en ese sentido supera y trasciende los intereses de las partes, porque es una técnica de comprobación idónea para confirmar o falsar toda hipótesis enunciada en el proceso. El examen cruzado de

la prueba testimonial (*cross examination*) es una técnica específica de producción probatoria dirigida a sustraer al testigo del monopolio de la parte que lo propone y convoca. De esta manera, la prueba se produce públicamente y de manera no unilateral. Se alinea con la lógica hermenéutica de la pregunta y la respuesta.

El problema es que la prueba declarativa se forma a través de una densa red de interacciones entre interrogante e interrogado, entre preguntas y respuestas, en un proceso comunicativo donde el máximo influjo lo ejerce quien está dotado de poderes autoritativos (ministerio público o juez). Es difícil pensar que las expectativas, los intereses del órgano requirente -definidos por la hipótesis acusatoria que sostiene- no ejerzan influencia alguna sobre las declaraciones obtenidas; que quien conduce el diálogo se mantenga absolutamente extraño a su resultado, puro observador objetivante. El interrogatorio cruzado no elimina estos influjos, por cierto, pero por lo menos los balancea, oponiendo a la parcialidad del acusador la propia del defensor en un diálogo desarrollado bajo control del juez. Su fuerza no está en la idea quimérica y platónica de que las partes cooperan en vistas del fin común de búsqueda de la verdad (...); el presupuesto epistemológico sobre el que se funda radica en que la verdad se manifiesta o más aún, se 'delata' en contra del deseo mismo de las partes, precisamente dentro del conflicto de las perspectivas opuestas (Ferrua 2007, 93).

En síntesis, se trata de un instituto con valor epistémico porque una hipótesis que resista el contradictorio o que en su marco emerge y sea probada como verdadera posee una cualidad cognitiva distinta a la de la hipótesis formulada en privado sin control público y dialéctico. Ubertis también enfatiza el innegable valor heurístico del contradictorio.

Para Taruffo (2011) este no es necesario para la formación de la prueba, sino que se limita al control y empleo de las mismas. Ello introduce una diferenciación relevante entre contradictorio sobre la prueba débil y contradictorio para la prueba fuerte (Ferrua 1997).

En resumen, el contradictorio puede referir a la admisión del material probatorio, a la producción de la prueba y a la valoración probatoria. Mientras Ferrua sostiene una alianza entre contradictorio y verdad contra los poderes instructorios de quienes ejercen la jurisdicción, Taruffo sostiene que no son incompatibles con el contradictorio y la búsqueda de la verdad.

Tuzet señala que la postura de Taruffo queda expuesta a algunas críticas: pasa por alto la carga de la prueba al dejar poderes instructorios al juez o jueza y restringir el contradictorio a pruebas ya producidas; no discute la tesis de que la verdad puede emerger incluso a pesar de las intenciones de las partes; confronta el ideal de búsqueda desinteresada de la verdad y la realidad de la contienda interesada, pero las autoridades judiciales que debieran ser imparciales, a menudo no lo son por perspectivas personales y prejuicios. En otras palabras, hay un deslizamiento de planos, porque contrasta un modelo ideal de juez o jueza sin interés y con una dotación de poderes instructorios y un modelo real de *cross examination*.

La valoración de la prueba: libre o legal

El derecho a la prueba, conforme Ferrer Beltran implica: derecho a emplear todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión propia; derecho a que las pruebas sean admitidas en el proceso; derecho a una valoración racional de las pruebas obtenidas; dDerecho a obtener una decisión suficientemente motivada. En la misma dirección, Taruffo (2011) sostiene la exigencia de una concepción racionalista de la valoración probatoria.

El régimen de prueba legal consiste en establecer reglas que predeterminan, en términos generales y abstractos, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba de manera de obligar a quien juzga.

Durante la revolución francesa se refuerza e impone la idea de que solo la libre íntima convicción de quien es llamado a juzgar puede

determinar la decisión. Pero es importante reparar en que, la íntima convicción, en la intención de los revolucionarios, no era la de las magistraturas profesionales sino la del jurado popular. La historia traería luego la elaboración del principio más amplio de libre convicción.

En ese sentido, Ferrer y Taruffo subrayan que el modelo de libre convicción significa libre de criterios legales de prueba, lo cual exige evitar el equívoco de identificar libre convicción con íntima convicción. La libre convicción puede entenderse como irracional o racional.

Subraya el último que el hecho de no poder identificar un concepto absoluto de racionalidad no implica que no puedan indicarse criterios razonables de racionalidad de la valoración de las pruebas (Taruffo 2011). Así sugiere las siguientes líneas orientativas: que la valoración no apele a métodos considerados irracionales dentro de la cultura común del contexto; que se empleen todos los datos empíricos disponibles; que se utilicen esquemas adecuados de razonamiento; que el uso de máximas de experiencia sea restringido y crítico; que se haga uso adecuado del razonamiento probabilístico; que la valoración conjunta de una pluralidad de elementos de prueba sea racional.

A la hora de la valoración de la prueba puede adoptarse un canon atomista u holista. Según el primero cada elemento de prueba debe ser tomado bajo consideración por sí mismo, determinarse su valor probatorio y su contribución a la apreciación conjunta de las pruebas. La idea de fiabilidad y relevancia exige considerar cada una de ellas. Según el segundo, cada elemento de prueba debe ser considerado en conjunto con el resto y determinarse así una valoración conjunta sobre los hechos a probar.

Asimismo, desde la perspectiva hermenéutica, Tuzet distingue cuatro grupos de metáforas probatorias: de peso; de apoyo; de crédito; de combinación. La saga de casos de la Corte Suprema que involucraron importantes consideraciones en relación a la prueba científica (casos Frye, Daubert, Joiner) llevó a Susan Haack, desde una postura crítica, a sostener la tesis de la prueba jurídica como crucigrama, que en definitiva implica la pertinencia de un canon holístico.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico deben distinguirse dos tipos de valoraciones: la valoración de admisibilidad y la valoración de mérito, y mientras el canon atomista puede ser importante a los efectos de la primera, el canon holístico prima en relación a la segunda. El problema, desde la perspectiva de Haack, es que la fiabilidad es una cuestión de grado, así como el peso, el apoyo o la garantía; mientras que la admisibilidad, en los sistemas adversariales del *common law*, es una cuestión categórica. Por tanto, si el holismo es descriptivamente necesario, el atomismo es prescriptivamente inútil.

Desde una óptica epistemológica, un canon holista pareciera más adecuado allí donde las pruebas nacen, en efecto, de un conjunto de conexiones fácticas subyacentes; pero, al margen de los límites que eventualmente el derecho establezca [...], cabe preguntarse cuándo y cómo el canon holista podría evitar transformarse en un canon falaz que de un conjunto de pruebas más o menos débiles pretende extraer una prueba fuerte (Tuzet, 2021:242).

Ahora si una combinación de elementos de prueba alcanza un alto nivel de apoyo, seguridad independiente y comprensividad, la hipótesis podría considerarse probada a pesar de que ninguno de los elementos resulte en forma aislada suficiente. Concluye que puede concebirse:

[...] una conciliación entre atomismo y holismo, o bien una forma de holismo 'bien temperado', concibiendo una valoración conjunta de las pruebas a renglón seguido de su valoración individual. En este sentido, el canon atomista tendría una función restrictiva, a modo de 'freno', equilibrada a través de la función integrativa del canon holista (2021: 243).

Tal criterio resulta particularmente útil en la tradición continental, más no resuelve el problema identificado por Haack en sistemas en que el control de admisibilidad filtra la información que podrá ser siquiera considerada por el jurado.

La duda razonable

Tuzet se pregunta, ¿cuándo una duda es razonable?

Cuando hablamos de duda en un contexto cognitivo nos referimos a creencias inciertas [...] Las razones en juego en el ámbito científico y cognitivo son esencialmente razones para creer, es decir consideraciones acerca de lo que es apropiado creer. Una duda indica alguna dificultad a nivel de las razones para creer.

[Aunque en el proceso ocurre lo mismo] entran en juego también razones para la acción, es decir consideraciones acerca de lo que es oportuno hacer [...] la duda razonable es una duda motivada no solo por consideraciones de tipo epistémico, sino también consideraciones de carácter práctico (2021: 253).

La relevancia de esa distinción es que podemos tener razones para creer en la culpabilidad de una persona por un hecho y sin embargo, el hecho de que de nuestra decisión depende la libertad o la vida del acusado para que tengamos mucha más cautela en relación a si nuestra creencia careciera por completo de consecuencias prácticas.

Así, la ‘duda razonable’ de que habla el proceso penal podría ser una duda motivada no solo por la ausencia de razones suficientes para creer, sino también por la ausencia de suficientes razones para actuar [...] cuanto más alto es el valor puesto en juego, mayor habrá de ser el estándar de prueba o justificación ((2021: 259-260).

Taruffo afirma que “existe una duda razonable cuando, frente a la descripción del hecho que funda la culpabilidad es, sin embargo, posible formular una hipótesis alternativa razonable en torno al mismo hecho” (311).

Ferrua sostiene que la fórmula desafía toda definición, se trata de no condenar si no se alcanza un umbral de prueba muy alto (2010: 381). Si se reemplazara razonable por fuerte, grave o fundada, se rebajaría el umbral de la sentencia de condena y si empleáramos palabras como débil, mínima o hipotética el umbral se transformaría en inalcanzable.

Así, la exigencia de certeza más allá de toda duda razonable opera como garantía de la persona acusada pero a la vez acarrea que si la culpabilidad está apoyada en un cuadro probatorio sólido y coherente, el reconocimiento de la falibilidad posible no debe evitar la condena.

Tal como surge de un interesantísimo trabajo de James Witman (2015) en torno a los orígenes de la duda razonable, históricamente la fórmula nació para atemperar la carga moral del juicio y condena desde una perspectiva religiosa, mas no ligada a una incertidumbre de tipo epistémico, tal como se manifiesta en la modernidad.

Es así que Tuzet se pregunta, en el caso de separar demasiado las razones para creer de las razones para actuar, si están incluidas las razones de oportunidad moral y política o se limitan a las razones para actuar de tipo jurídico. El autor italiano considera que la duda razonable concierne a la prueba del hecho, se trata de una duda epistémica. El rol que juegan las consideraciones prácticas, es decir las razones para actuar o no actuar es de determinación de un umbral de justificación epistémica, mientras que las consecuencias de un juicio y condena sean más graves para el imputado, el umbral de justificación aumenta. Los interrogantes de tipo moral o político relativos a la oportunidad o deber de aplicar una consecuencia jurídica, serán cuestiones cuya emergencia tendrá sentido únicamente respecto de hechos probados.

Los hechos en el proceso

El resguardo del principio de legalidad y la atribución individual de responsabilidad requiere de complejas articulaciones de los diversos intereses que rodean al proceso penal, los cuales mutan de una comunidad a otra.

Nicolás Schiavo manifiesta con acierto que la posibilidad de afirmar la verosimilitud de una hipótesis fáctica no solo está condicionada por las evidencias sino también por el contexto de su producción y apreciación (2020). Si bien señala que existen múltiples y variados tópicos que necesariamente influyen a la hora de establecer

la veracidad de un enunciado fáctico, resalta dos de ellos como especialmente significativos: la imparcialidad como cualidad requerida en el determinador de los hechos; la inadecuada aplicación de la regla de la mayoría en los cuerpos colegiados.

El mencionado autor enfatiza en la importancia de un diseño institucional que promueva un acercamiento no automatizado del determinador de los hechos a la evidencia, lo cual está íntimamente vinculado con el resguardo de la garantía de imparcialidad. Es preciso pensar esa garantía como algo más que un principio prescriptivo y mantener la atención en sus condicionamientos o desajustes más habituales.

Así, en psicología experimental se ha dado a conocer la llamada *visión de túnel* o *sesgo de confirmación*. ¿En qué consiste este desajuste? En la práctica automatizada de quien investiga de perseguir, y en consecuencia dirigir todos los recursos, a la comprobación de una sola hipótesis de trabajo. Así las cosas, la lógica de construir una empresa burocrática de estándares de investigación conduce a la producción de procesos cada vez menos analíticos en donde se descartan todos aquellos casos que son de difícil investigación o bien todos aquellos cuya autoría no se encuentra individualizada. En este sentido, el MPF suele seguir la lógica escritural y formalista de las agencias policiales, las cuales suelen verse a sí mismas como una primera línea de *defensa de la sociedad*. Partiendo de esta premisa, cualquier autoridad judicial que adopte una decisión contraria a la de quien acusa será públicamente tildada de garantista y de despreocupada por la comunidad de la que forma parte. A ello contribuye la inexistencia de un sistema de priorización y selección de casos, de manera que para la estructura burocrática todos los casos son igualmente relevantes.

Por otra parte, el *ahorro cognoscente* se da allí donde un sujeto debe enfrentarse a una cantidad descomunal de información con una capacidad limitada de procesamiento. En estos casos, se desarrollan atajos que se ponen de manifiesto cuando se emiten juicios o cuando se toman decisiones, y que en el campo judicial se expresan en el *sesgo de anclaje*. Para clarificar este punto, podemos indicar que ese ahorro se manifiesta en una menor cantidad de preguntas relevantes cuyas respuestas deben ser despejadas con evidencias concretas.

Otro interrogante relevante, subrayado por el autor, es el relativo a dilucidar cuáles son las posibles causas por las que dos sujetos que se suponen *pares epistémicos* pueden arribar a distintas conclusiones en cuanto a la determinación de los hechos de un caso. Se entiende por pares epistémicos a aquellos determinadores de los hechos que han tenido el mismo nivel de acceso a la prueba del proceso y cuentan con la misma capacidad cognitiva de razonamiento.

Richard Posner (2011), expuso algunos tópicos interesantes sobre el punto:

A los jueces no les gusta disentir, pues las continuas divergencias minan en forma notable las relaciones entre colegas que necesariamente deben verse las caras en forma diaria. Los jueces no deliberan demasiado a la hora de decidir un caso, como sí suele suceder con los miembros de un jurado.

- Las relaciones verticalistas que suelen primar en las estructuras burocráticas judiciales tradicionales pueden actuar como condicionantes a la hora de disentir, pues basta con que una minoría llegue al convencimiento de que es tal para abandonar el camino de los medios racionales (como la demostración lógica o la experimentación) destinados a resolver las disidencias.
- La deliberación debería ser la oportunidad por excelencia para un ajuste de creencias. En este sentido, se propone la creación de una regla de derecho que a los efectos de imponer una consecuencia legal impida tener por acreditados los hechos de un caso.
- A diferencia de lo que sucede con la acreditación de los hechos de un caso, en lo que concierne a los denominados *desacuerdos morales*, estos no pueden zanjarse en el proceso de deliberación pues se trata de conceptos densos que no solo tienen una carga descriptiva sino también una carga emocional que denota virtudes, cualidades y expectativas. De ello se sigue la conveniencia de realizar una correcta división entre presupuestos fácticos y morales estableciendo la regla de unanimidad para un caso, y la de mayoría simple para el otro.

Las cargas de la prueba

El concepto de *carga de la prueba* es extremadamente ambiguo y tiene alcances ampliamente discutidos en la jurisprudencia y la doctrina. Así, en los sistemas de derecho consuetudinario se suele distinguir entre tres tipologías de carga de la prueba: de producción, de persuasión y táctica. En el derecho continental, por lo general dicha distinción permanece implícita, aunque haya sido reconocida en no pocos precedentes.

Sin perjuicio de ello, en la doctrina sobre la materia se suele decir que la carga de la producción de prueba se traduce en “la obligación de demostrar, si así se lo solicita, que existe evidencia suficiente para plantear un problema en cuanto a la existencia, o no, del hecho en cuestión” (Strong, 1992: 425).

Conforme Tapper y Cross, lo que llamamos *carga de la persuasión* se caracteriza como la “obligación de una parte de cumplir con el requisito de una regla de derecho, de que un hecho en cuestión debe probarse o refutarse” (1990, 113). En los casos penales, la fiscalía tiene la carga de persuasión no solo de acreditar los elementos constitutivos de la tipicidad de que se trate, sino también la ausencia de excepciones. Sin embargo, para la carga de la producción, la fiscalía tiene la carga solo por los hechos operativos legales, en tanto que las excepciones recaen en la defensa.

La denominada *carga táctica* es comúnmente conocida como la situación que se produce cuando la parte al no presentar evidencia o evidencia adicional corre el riesgo de perder la discusión de que se trate. Esta no está determinada en la ley sino más bien por la naturaleza anulable del razonamiento y la calidad estimada de la evidencia y los argumentos producidos hasta ese momento.

Por ejemplo, en un caso de asesinato, en el que la fiscalía ha proporcionado pruebas para acreditar el *asesinato* y el *dolo*, y en el que la defensa presenta pruebas para el acreditar que el mismo se cometió en *legítima defensa*, se ha trasladado la carga táctica nuevamente

a la fiscalía quien no solo tiene ahora la de persuasión sino también la carga táctica de demostrar la inexistencia de la legítima defensa.

Lo importante de esta distinción, y de la breve explicación sobre esta clasificación de las distintas cargas de la prueba es tratar de dilucidar cómo un determinador racional de los hechos que se enfrenta a pruebas y argumentos en conflicto, puede decidir a cuál de las dos partes le asiste razón.

Se suelen confundir las inferencias lógicamente válidas con los razonamientos infalibles. Un argumento es válido si la verdad de sus premisas garantiza la verdad de su conclusión; sin embargo, a menudo se construyen argumentos que no son infalibles en este sentido, sino que simplemente sus conclusiones son viables en virtud de la verosimilitud de las premisas que la componen. No obstante, cualquier primera lección en lógica implica asumir que la única forma de atacar una conclusión de un argumento deductivo es desafiando sus premisas.

Si distinguimos premisas y suposiciones comunes, y adoptamos un cálculo adecuado para resolver conflictos entre argumentos, entonces los únicos esquemas que necesitamos son los de la lógica deductiva. Sin embargo, si observamos más detenidamente los argumentos a medida que se construyen en la práctica, vemos que las suposiciones que a menudo se hacen no son solo declaraciones específicas, sino que se ajustan a ciertos patrones de razonamiento. Por ejemplo, los argumentos probatorios comúnmente se basan en fuentes de evidencia estereotipadas, como el testimonio de una persona experta, o de quien atestigua, de la observación o la memoria. Otros argumentos se basan en la abducción, es decir en las inferencias argumentales basadas en la generalidad de los casos. De cualquier forma, lo cierto es que el uso de argumentos presuntivos da lugar a dos nuevas formas de atacar un razonamiento, pues incluso si todas las premisas son verdaderas, bien puede la conclusión ser falsa, ya que estas no son indiscutibles, sino solo provisorias, con lo cual solo producen el efecto de tornar plausible a la conclusión arribada.

Una primera forma de atacar una conclusión argumental consiste en rebatirla con una que resulte contradictoria. La segunda forma consiste en explotar las falencias del esquema argumentativo presuntivo, es decir, hacer hincapié en las circunstancias excepcionales típicas en las que no se aplica la generalidad.

¿Qué es probar?

Simplificando la cuestión a los fines didácticos y para establecer un marco teórico y conceptual, podemos decir que el término *prueba* puede ser visto desde tres dimensiones: A) como medio de prueba, B) como actividad, y C) como resultado.

Siguiendo a Ubertis (2017), podemos afirmar que lo que se prueba en un proceso es la falsedad o verdad de los enunciados o afirmaciones probatorias que las partes elaboran respecto a un hecho concreto que constituyen el tema *probandum*. Ello implica a su vez el reconocimiento del derecho a la prueba de las partes, el cual se traduce en al menos tres exigencias:

- La admisión solo de aquellos medios de prueba que resultan relevantes para demostrar las proposiciones fácticas alegadas por las partes.
- El desahogo de los elementos probatorios admitidos, que tiene como uno de sus mayores justificativos el principio de contradicción como garantía del sistema adversarial acusatorio.
- La valoración racional por parte del juzgador, tomando en consideración que el objetivo de la prueba es la averiguación de la verdad, entendida en términos relativos, es decir, la verificación probatoria de los hechos que dieron origen al proceso.

La prueba pericial

Una de las tantas definiciones existentes sobre el perito postula que es aquel que cuenta con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias que permitan lograr el esclarecimiento de los hechos relevantes, acercando información de calidad para una mejor toma de decisión por parte de la autoridad judicial. Su calidad de especialista le permite hacer inferencias, emitir opiniones y arrojar conclusiones.

A continuación, se esbozan algunos de los principales caracteres de las y los peritos en los modelos inquisitivo y acusatorio:

Modelo Inquisitivo:

- Se conciben como auxiliares judiciales o del tribunal.
- Se prejuzga o precalifica su idoneidad, al existir por ejemplo listas de peritos “oficiales”.
- Se otorga preeminencia a los dictámenes escritos, constituyendo estos la prueba, no así el perito.

Modelo acusatorio:

- Se conciben como expertos de confianza de las partes.
- No hay una precalificación de su idoneidad por parte de quien juzga, ya que dicho ejercicio, en contradictorio corresponde a las partes.
- Lo verdaderamente importante es la declaración que en el juicio rinda la o el perito, no en sí el documento emitido, ya que no basta la mera experiencia, sino que se califica la experticia profesional.

Para que una prueba pericial pueda cumplir los fines asignados en el proceso penal, es preciso que al realizarse su ofrecimiento se indique el objeto del dictamen y que, en los casos en que ello sea

necesario, se establezcan las referencias de hecho que el perito debe tomar en consideración. De no realizarse correctamente esta, se corre el serio riesgo de que el determinador de los hechos ceda parte de sus responsabilidades al profesional llamado a auxiliar. Si ello no sucede, se corre el riesgo de *sustitución* pues se podría llegar a una situación en la cual quienes tomen la decisión jurisdiccional sean los mismos peritos, pues la sobreabundancia de información técnica produciría que la jueza o el juez lego en la ciencia o arte de que se trate, se aparte de la tarea del razonamiento y verificación de la verdad.

También se corre el riesgo de error cuando lo aportado por la o el perito verse sobre sobre una ciencia novel o de escaso desarrollo y validación científica.

Para evitar los riesgos precedentemente expuestos, una interesante tesis propone establecer un estándar de fiabilidad de la prueba pericial consistente en cualificar la confiabilidad del dictamen experto no por las conclusiones arribadas sino más bien por los principios y la metodología empleada por el profesional de que se trate. En este sentido, se postulan como criterios orientadores para la admisión o exclusión probatoria algunos aspectos específicos de estas: la controlabilidad y falseabilidad de la teoría en la que se fundamentan; el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada; las publicaciones de la teoría o la técnica que hubieren sido sometidas al control de otros expertos; y la existencia de un consenso general de la comunidad científica o técnica interesada (Caso Daubert, 1993).

La prueba de los hechos como problema epistemológico

El problema consistente en demostrar la existencia de eventos, personas y cosas, es ante todo un problema cognitiva. La constatación de la *medida de las pruebas de los hechos* para fundamentar una condena es una cuestión de epistemología. El Derecho regula los medios

de obtención de las pruebas, los medios de prueba en sí y las formas en que estos ingresan al proceso. Una cosa es reconocer que hay una determinada cantidad de pruebas con calidad epistémica y, otra muy distinta es establecer que esa determinada cantidad de prueba con calidad satisfactoria cumple con el estándar para la emisión de sentencias condenatorias.

Danny Marrero señala:

Empezaré ubicando el campo de la epistemología jurídica en la intersección de tres áreas del pensamiento: la epistemología, la filosofía del derecho y el derecho probatorio. Con esto definiré la epistemología jurídica en los siguientes términos: es una parte de la filosofía del derecho que aplica los métodos e ideas de la epistemología e ideas de la epistemología general al estudio de los procesos cognitivos en el campo del Derecho (2015: 17).

Cuando un tribunal establecido con legitimidad tiene que resolver un asunto en litigio, se espera que este crea justificadamente en los hechos que soportan su decisión. Pero ¿Cuáles son las condiciones bajo las cuales se considera que un tribunal cree justificadamente un hecho en litigio? Esta es la mayor preocupación [...] de la epistemología jurídica ((2015: 19).

Marrero, y otros autores, cuestionan seriamente la posibilidad de describir el fenómeno de la valoración de la prueba con base en la inferencia a la mejor explicación. Señala Laudan (2011) que la inferencia a la mejor explicación pretende ser una regla ampliativa de desprendimiento que se caracterizaría por una serie de premisas que, cumplidas en el caso concreto, “justificarían la inferencia de la verdad de una hipótesis particular” (93). ¿Qué criterios funcionan para comparar las explicaciones y afirmar que una es *mejor* que la otra?

La naturaleza del bien en juego en el proceso penal (la libertad personal) implica una clara exigencia de matriz epistemológica: la condena penal demanda un alto nivel de pruebas de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado, en términos de calidad explicativa y también de cantidad a fin de evitar que la

imposición del castigo derive de prejuicios, juicios previos o meras creencias particulares de los jueces o de testigos.

El problema más intrigante no emerge cuando ambas hipótesis tienen serias deficiencias, sino más bien cuando éstas son igualmente plausibles y razonables. En suma, la mejor explicación simplemente no es suficiente en el caso de un proceso penal (102). Así las cosas, se han esbozado dos observaciones al respecto:

La primera de ellas está referida a los modelos probatorios. Es importante tener presente que una buena estructura de la prueba no debe ser lineal, sino ramificada. Empero, cada prueba debe ser contrastada inicialmente por su calidad demostrativa singular (el documento es auténtico; el testigo no posee un interés en el resultado del proceso, etc). Recién después de ello, las pruebas se verifican en forma cruzada, es decir que una vez que las pruebas consideradas individualmente reúnen el estándar de calidad son colocadas al lado de otras pruebas para evaluar la congruencia conjunta.

La segunda observación es una propuesta metódica consistente en interrogar sobre “el significado de las acciones humana en la experiencia de la vida práctica y cotidiana”. Atento a ello, se propone un modelo de investigación ontológico-contextualizado, que conjugue la lógica del proceso con una investigación con anclaje en la realidad social y humana no mediatizada por el proceso penal.

Nuestra investigación

Como anticipamos el primer hito significativo fue consolidar una matriz de lectura de las sentencias. Como síntesis de esa matriz (y que ampliaremos a continuación) consensuamos un marco básico y general de referencia.

Nuestra “pregunta problema” se sitúa en el campo de la epistemología jurídica entendido como zona de intersección de tres áreas del pensamiento: la epistemología, la filosofía del derecho y el derecho

probatorio. Como tal no solo está condicionada por las evidencias sino también por el contexto de su producción y apreciación. Un diseño institucional podrá promover o no un acercamiento no automatizado del determinador de los hechos a la evidencia y máximas de experiencia más compatibles con el resguardo de la garantía de imparcialidad. Así podrá prevenir lo que llamábamos anteriormente riesgo de visión de túnel o sesgo de confirmación, que conduce al ahorro cognoscente y desarrollo de atajos. Dicho ahorro se expresa en una menor cantidad de preguntas relevantes cuyas respuestas deben ser despejadas con concretas evidencias. Desarrollemos más detalladamente esto.

El principio que establece que en caso de duda debe favorecerse al imputado es el correlato garantista de la exigencia de certeza para condenar. Una pregunta pertinente es si la necesidad de certeza para condenar de la tradición continental y la necesidad de prueba de la culpabilidad *más allá de toda duda razonable* (MATDR) nacido en la tradición del *Common Law*, pero adoptado progresivamente en otras latitudes, son *estándares de prueba* (EdP) o más bien umbrales de convicción exigidos normativamente, pero respecto de los cuales, todavía no sabemos cómo juzgar cuando y porqué son alcanzados. La importancia de la distinción es señalar la posible insuficiencia por sí mismos para otorgar contenido concreto y práctico a las garantías correlativas de juicio previo y presunción de inocencia.

Marina Gascón Abellán, por ejemplo, considera que los EdP son “los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe” (Gascón Abellán, 2005: 129). Pues bien, los fines de superar las imprecisiones hemos tomado el modo en que algunos autores y autoras han intentado otorgarles un significado concreto a tales criterios.

Así, Larry Laudan, quien considera que un estándar subjetivo no es un estándar, ha propuesto una alternativa objetiva al MATDR. La propuesta del autor consiste en que: “si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado

fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva” (Laudan, 2013:127).

Jordi Ferrer Beltrán, por su parte, ha propuesto un estándar con dos condiciones, las cuales deben darse conjuntamente para poder tener por probada la hipótesis incriminatoria:

- 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc (Ferrer Beltrán, 2005: 147).

Por otra parte, los fallos *Casal* [Fallos 328:3399] y *Carrera* [Fallos 339:1493] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) han intentado explicitar uno de los criterios que conforman el estándar de certeza. En consonancia con otros fallos previos: *Miguel* [Fallos 329:5628]; *Vega Giménez* [Fallos 329:6019], la Corte ha puesto el acento en la necesidad de ausencia de hipótesis exculpatorias que puedan explicar el caudal probatorio incorporado a la causa para poder dictar una sentencia condenatoria válida. En un sentido similar, recientemente se sumó el fallo *González Nieva*.

Por tanto, nombramos algunos vectores para poner atención para la matriz de lectura con que abordamos el corpus de sentencias: señales de intensidad del contradictorio y dialéctica procesal; condicionamientos a la imparcialidad; aproximación automatizada de los determinadores de hechos; aspectos relativos a regla de mayorías: ausencia/presencia de deliberación en torno a la valoración de la prueba de los hechos entre pares epistémicos; argumentos presuntivos y recurso a fuentes estereotipadas; razonamientos o inferencias probatorias; dinámicas de las pruebas a las hipótesis y de las hipótesis a las pruebas; valoración atomista u holista de la prueba; estándares de prueba.

Una primera versión de matriz de lectura

Formulamos una serie de preguntas y seleccionamos un número limitado de sentencias de la justicia en lo criminal de la CABA y otro de la justicia en lo criminal de Chubut. Excluimos aquellas en las que no existió un juicio oral propiamente dicho porque se suscribieron juicios abreviados.

— *¿Pueden identificarse las preguntas relevantes cuyas respuestas deben ser despejadas con evidencias concretas? ¿Se trabaja con una sola hipótesis o con varias?*

Actualmente, en la medida en que se avanza hacia modelos de enjuiciamiento acusatorio adversarial, se trabaja el litigio desde la teoría del caso. Este primer interrogante a la hora de examinar las sentencias apunta a detectar si se plantearon y consideraron debidamente varias teorías o todos los esfuerzos se dedicaron a confirmar la que sostiene la acusación. El punto es relevante porque en numerosos precedentes de la CSJN se ha detectado, luego de una década o más de encarcelamiento de las personas imputadas, que tanto tribunales de juicio como instancias de revisión, en forma arbitraria no prestaron consideración alguna a las teorías del caso planteadas por las defensas ni a la evidencia presentada para darle soporte. Por ejemplo, en casos: *Jorge Miguel* (provincia de Tucumán); *Fernando Carrera* (CABA); *Cristina Vázquez* (Misiones); *Jorge González Nieva* (provincia de Buenos Aires).

— *¿Se distinguen dinámicas de razonamiento probatorio, de las pruebas a las hipótesis y de las hipótesis a las pruebas (distintas a las de partida)? Para evitar razonamientos circulares.*

Se trata de puntualizar si más allá de la enumeración de pruebas en un bolsón de texto, se identifica cada evidencia y se explicita la forma en que cada una de ellas en conjunto con las demás lleva, a través de un razonamiento también explícito en cada una de sus premisas, a la formulación de determinadas hipótesis. Así como el modo en que esas hipótesis llevaron a buscar pruebas independientes que las

verificaran o refutaran, que no fueran exactamente las mismas que llevaron a su postulación. En definitiva, nos propusimos ralentizar el razonamiento, ponerlo en cámara lenta, para detectar los puntos ciegos y la forma en que habitualmente se completan con máximas generales de la experiencia implícitas, posibles estereotipos, etcétera.

—¿Se contrasta cada prueba por su calidad demostrativa singular para luego verificar las pruebas en forma cruzada? Es decir, una vez examinado que las pruebas consideradas individualmente reúnen algún estándar de calidad suficiente ¿son colocadas al lado de otras pruebas para evaluar la congruencia conjunta?

Esto continúa la línea anterior, por ejemplo, la CSJN en uno de los precedentes citados sostuvo que:

[...] cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho pasado en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento [...] resulta ser un claro ejemplo de un proceso indebido en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del in dubio pro reo como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo. Consiguientemente si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído y si esa garantía se encuentra ausente, no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia.

Como concatenación axiomática de principios, resulta inobjetable tales afirmaciones por su grado de abstracción, devienen vacías cuando no se precisa en forma concreta algún estándar para considerar un método de reconstrucción fáctica como racional.

—¿Se advierten señales de existencia o inexistencia de una deliberación previa a la decisión? ¿Operó para la decisión del caso alguna regla de mayoría? ¿Se advierten señales de que esa deliberación hubiera operado como oportunidad de ajuste de creencias? ¿Existen disidencias entre pares epistémicos? ¿Se explicitan los nudos gordianos de las mismas o se apoyan en puntos ciegos?

Se han pensado dos formas diferentes de exigencia de mayoría para resolver un litigio judicial, el modelo caso por caso y el de decisión de punto por punto. Lo que está en juego es si lo relevante es la resolución final del caso o los fundamentos por los cuales se arribó a esa decisión. Si esta debe constituir una unidad lógico-jurídica los razonamientos pasan a ser un componente elemental. Sobre el tema se pretende trabajar con varios insumos doctrinarios (Pitlevnik, 2022; Farrell, 2012; Sarrabayrouse, 2020 Bunge, 2021).

Examinar los fallos en esta clave, puede brindar importantes pistas acerca de este interrogante y su pertinencia para evaluar la calidad de los razonamientos.

—¿Se reflejan en las sentencias el grado de contradictorio y dialéctica procesal, así como su incidencia en la fortaleza probatoria de las hipótesis?

Este es un punto clave para la observación, ya que es habitual un contraste: mientras en las sentencias producto de juicios de características acusatorio adversariales se suele dar cuenta del rol de las partes, en el examen y contra examen de las personas testigos, en los fallos productos de juicios mixtos o inquisitivos reformados, se vuelca la información sin reparar el modo en que ingresa al proceso, es decir, a instancias de qué preguntas y formuladas por quien. De lo que se trata, es de buscar huellas mediante la lectura, del grado de contradicción y de dialéctica entre las partes que se vuelca en las sentencias.

Para ello debe señalarse: si se especifica quien propuso el testimonio; si se especifica en cada porción del relato la pregunta, la parte y si sucede en el examen directo o en el contra examen; si se plasman las conclusiones diversas que cada una de las partes extraen en los alegatos de cada uno de los testimonios producidos; si se plasma la anticipación de las partes durante los alegatos de apertura de manera de contrastar o no si los testimonios efectivamente dieron sustento a su teoría del caso.

—¿Se identifican y valoran pruebas cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente? ¿Se justifica la fiabilidad de esas pruebas? ¿Se confirma la inexistencia de pruebas exculpatorias cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera culpable?

Este ítem persigue identificar si se presta debida atención a cada una de las pruebas, tanto las que se invocan para sostener la acusación como las que se invocan para refutarla e incluso demostrar hipótesis alternativas que des incriminan a las personas acusadas o únicamente se subrayan los elementos que dan sustento a la primera. El descarte arbitrario de prueba exculpatorias es una práctica habitual, que resulta pertinente verificar en el corpus. Asimismo, esas preguntas constituyen un *test* para evaluar el peso específico de las pruebas más allá de la íntima convicción de quienes juzgan. Es decir, no se trata del crédito subjetivo que le otorgan para convertirlo en evidencia sino de las razones para otorgarle ese crédito.

– *¿La hipótesis es capaz de explicar los datos disponibles y de integrarlos coherentemente? ¿Las predicciones que esa hipótesis permite formular, fueron confirmadas? ¿Se han refutado las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos compatibles con la inocencia de la persona acusada?*

Por último, la respuesta a esta pregunta es la conclusión a la que debería arribarse luego de todo el camino analítico. La hipótesis que el fallo tiene por probada ¿explica los datos disponibles y es capaz de integrarlos en forma coherente? Esos datos ¿acaso no admiten hipótesis alternativas? ¿En ese caso, fueron descartadas?

En una primera etapa, no logramos concluir y consensuar una rendición de cuentas de la lectura colectiva y sistemática de todas las sentencias del corpus. Asimismo, aunque completar el número total era un objetivo contingente, sí nos parecía importante consolidar esa lectura en términos de ajustar la matriz común antes de dar por concluido el proyecto de relevamiento y diagnóstico. En una segunda fase del proyecto, en la que nos encontramos al momento de esta publicación, hemos avanzado en ese sentido. Es decir, que consolidamos un instrumento de observación clínica de casos que se volvió más importante para nosotros que arribar a conclusiones definitivas.

Sin embargo, podemos realizar algunas apreciaciones generales preliminares sobre un universo de 23 casos locales (CABA, justicia criminal nacional) y 10 casos de distintos departamentos de justicia

provincial de Chubut que nos permitirán una mirada de contraste. El trabajo final versó sobre una cantidad significativamente mayor, pero el foco viró en el sentido recién aludido.

La temporalidad de los procesos

Un primer dato para destacar es la distancia temporal entre la ocurrencia del evento criminal y la sentencia por parte de los tribunales orales, porque se vincula muy específicamente a las consecuencias de los distintos diseños procesales de ambas jurisdicciones y las posibilidades genuinas de discutir los hechos, la producción y valoración probatoria, en condiciones de genuino proceso contradictorio.

Así, de 23 sentencias condenatorias de la jurisdicción criminal local (CABA), en diez 10 casos transcurrieron más de dos años, entre las que algunas se destacan por superar los cuatro, ocho y hasta trece años; en otros 10 pasaron entre uno y dos años; en 2 casos hubo sentencia en menos de un año; y en un caso no consta la fecha de los hechos.

Por otra parte, de las 10 sentencias de la jurisdicción criminal de Chubut, la totalidad se juzgó entre los cinco meses y un año y tres meses desde la comisión del hecho.

Apreciaciones generales relativas a sentencias de la jurisdicción de la justicia criminal de la CABA

- Resulta particularmente llamativa la ausencia a la hora de volcar las afirmaciones de las personas testigo, de toda huella y mucho menos explicitación, del examen y contra examen de las partes. Es decir, se vuelca la información sin especificar a qué pregunta

responde. Por ejemplo: “El testigo x a preguntas dijo...” Y se transcribe una cantidad de información cuya producción se presenta como espontánea o sin especificar el contexto ni el estímulo concreto. Esto es particularmente problemático, sobre todo en casos donde es evidente que existen numerosas versiones de los mismos hechos e incluso contradicciones con declaraciones previas.

- No se evidencian con suficiente claridad las hipótesis de investigación. El juicio se circunscribe a la hipótesis presentada por el acusador. En prácticamente ningún caso se descomponen las hipótesis en cada uno de sus segmentos fácticos ni se relacionan tales segmentos con las evidencias concretas y su valoración. Es decir que, en síntesis, no se puede apreciar la dinámica de las inferencias probatorias.
- En casi ningún caso se identifica las preguntas que intenten ser respondidas con evidencias concretas como así tampoco se observa que se hayan construido varias hipótesis de trabajo que permitan una determinación de los hechos más susceptible de corresponder con la verdad histórica de lo acaecido. Ergo, se trabaja únicamente con la hipótesis construida por la acusación, la cual muchas veces adolece en forma notable de un método fiable y secuencial de trabajo.
- A la hora de sopesar testimonios, raramente se brindan razones para justificar su fiabilidad, incluso cuando en ocasiones se trata de personas testigos con algún interés en el juicio. Por ejemplo, parientes o amistades de las víctimas.
- Se encontraron casos concretos en los que el determinador de los hechos se encuentra afectado por el denominado *sesgo de anclaje*, por cuanto es sumamente proclive a ajustar su valoración de los testimonios de acuerdo con la hipótesis que se maneja en la investigación (visión de túnel) y eludir, sin mayores reparos, hipótesis alternativas que resultan, cuanto menos, plausibles.

- En las sentencias se traslucen las tensiones entre los modelos inquisitivos reformados o acusatorio/adversariales de juicio en tanto, algunas autoridades judiciales se abstienen de formular preguntas mientras otras tienen una participación muy activa en los interrogatorios.
- En los juicios se incorpora mucha información *por lectura*, casos en los cuales por lo general no se vuelca la totalidad de su contenido sino un resumen en el que se pierden muchos matices en contraste con la prueba producida en juicio. En algunos casos, ni siquiera se asienta una síntesis. Esta observación es relevante porque se trata de prueba en la que no existió contradictorio pleno en su producción ni en su valoración.
- Es llamativo como en ocasiones las defensas confían más en estrategias formales de impugnación por vicios procesales en lugar de discutir los hechos y la prueba, cuando los casos claramente meritan desarrollar ese debate por cuanto las hipótesis acusatorias tienen deficiencias probatorias. Ello podría vincularse con falta de desarrollo de esa clase de destrezas desde la formación jurídica.
- La transcripción de los alegatos hace referencia a prueba que es omitida por completo en las valoraciones de la magistratura.
- Existen escasas huellas y explicitaciones de deliberaciones genuinas y ajustes de creencias entre pares epistémicos. La magistratura suele sentirse en la obligación de justificar y explicitar los puntos de acuerdo y de desacuerdo con sus pares.
- Se trabaja poquísimamente con la explicitación de un abanico amplio de preguntas que se hubieran planteado o podido plantear en la investigación y en el juicio, y cuya respuesta fueran hipótesis alternativas que permitan contrastar la calidad epistemológica de cada una de las teorías del caso planteadas por las partes. Esta observación es relevante porque puede ser sintomática de sesgos de confirmación, anclaje, visión de túnel, es decir, se trabaja con una hipótesis única y los esfuerzos se dirigen a buscar

su confirmación con elusión de toda la información y la prueba que no encaje en ella.

- Se evidencian importantes síntomas de determinación automatizada de los hechos en tanto se destinan pocos esfuerzos argumentales a problematizar las hipótesis de hecho que se instalaron en la etapa de investigación, muchas veces incorporadas a través de un informe policial cuya premisa es la de la *experiencia general*, bajo la fórmula: “la experiencia nos indica”. Sobre esto, los cuales juezas y jueces atribuyen peso en forma cuasi automática sobre la base de cierta presunción de experticia. No se repara en la enorme importancia de la abducción, que exige ser particularmente conscientes de que se incorpora como información, explicaciones que en rigor las fabrica la imaginación y que por ese motivo deben ser problematizadas y sometidas a prueba. Asimismo, muy pocas veces se temporaliza y secuencializa la incorporación de la información. En consecuencia, se presenta como confirmatoria o predictiva evidencia que quizá no lo es. La escritura de las sentencias coloca todo en un tiempo uniforme que permite ir hacia delante y hacia atrás como si careciera de total relevancia el modo y el momento circunstanciado que lleva a cada supuesto descubrimiento. Eso impide evitar sesgos de confirmación, anclaje o túnel, y lleva a razonamientos completamente circulares donde no se distinguen conclusiones de premisas.
- En algunos casos las defensas hacen planteos relevantes en relación a la cadena de custodia de elementos de los cuales se recogieron muestras para exámenes de ADN, pero el tratamiento de este tópico complejo suele ser bastante superficial. Asimismo, la respuesta de parte de fiscales suele ser meramente formal, ya que hacen alusión a la fe brindada por las y los funcionarios públicos intervinientes, y esquivan los cuestionamientos de fondo.
- Es notoria la liviandad con que se concluyen planes pre-orquestados por diversas personas sin suficiente evidencia, más que un resultado materialmente cometido por una persona, para

otorgar sustento aparente a imputaciones de supuesta co-autoría, que exigen un dominio compartido del hecho. En este sentido, predominan los razonamientos circulares y la sustitución de genuina información con presunciones imaginativas/abductivas.

- En varios casos se detecta la práctica de copiar y pegar resoluciones de mérito de la etapa de instrucción (investigación) emitidas muchos años atrás (procesamientos), sin si quiera adaptar referencias temporales. Ese descuido es también sintomático de la escasísima fuerza gravitatoria del juicio propiamente dicho en la formación de convicción del juez o jueza.
- Resulta notable los escasos esfuerzos por refutar con evidencias concretas las hipótesis alternativas planteadas por las defensas a las cuales sencillamente se les quita credibilidad.
- Cuando se formulan explícita o implícitamente preguntas que intentan ser respondidas con la evidencia producida en el juicio, en lugar de relacionarse con los nudos gordianos de la determinación de los hechos controvertidos por la acusación y la defensa, se trata más bien de recursos retóricos para confirmar la única hipótesis con la cual se trabajó durante todo el debate y que replica la de la etapa de investigación.
- Por último, hemos observado casos en los cuales la teoría del caso, a la cual las juezas y jueces otorgan crédito, es fruto de un informe policial sin que se realice un examen de su calidad epistemológica. Es decir, en los cuales las sentencias reproducen las conclusiones de un informe realizado durante la instrucción y cuya información admite múltiples lecturas e hipótesis plausibles que, sin embargo, son descartadas de plano no solo sin justificación si no siquiera consideración.
- Es común confundir valoración probatoria con mera enumeración y conjunto de remisiones.

Apreciaciones generales relativas a sentencias de la jurisdicción de la justicia criminal de CHUBUT

- La propuesta argumental suele ser didáctica en cuanto al abordaje fáctico. Así se recurre, en algunos casos, a subtítulos las diferentes teorías del caso de las partes y se formulan preguntas que guían la secuencia de fundamentación. Asimismo, existen ejemplos en los que se puntualizan los ejes probatorios, y se avanza de la enumeración al análisis en forma particular.
- Se distingue naturaleza diversa de los distintos elementos que componen la evidencia, a saber, registros fílmicos, prueba médico-científica, que merecen enfoques de análisis diferenciados y el tribunal se encarga de cumplir con esa exigencia argumental. Dicho de otro modo, no se trata a todo el plexo probatorio del mismo modo pues cada evidencia requiere análisis específicos a los fines de ser valorada correctamente. Esto es un punto para destacar pues, en muchos casos, toda la prueba que es valorada en una sentencia se exhibe sin distinciones y es valorada uniformemente, es decir, sin reconocer las diferentes reglas técnicas que deben aplicarse a la valoración de elementos probatorios con características diferentes. No es lo mismo valorar un video que un informe médico y no solo por lo evidente de este planteo sino porque los especialistas en la materia han desarrollado abordajes teóricos diferentes para cada clase de prueba que permiten llevar a cabo una corrección de los argumentos ofrecidos con relación a los hechos.
- Se ofrece una valoración conjunta de la prueba a los efectos de ofrecer integridad en la valoración y construir los argumentos definitivos. En otras palabras, una vez que se analizó cada prueba en forma particular, corresponde luego articular cada elemento dentro de un esquema argumental general que permita llegar a una conclusión.

- Al momento de valorar los testimonios, se confronta las diversas declaraciones a los efectos de concluir si aquellas resultan con-testes o si existen discordancias.
- Puede advertirse, por lo general, una diferenciación de cada tipo de prueba a partir de su consideración como *evidencia material u objetiva, evidencia testimonial, prueba documental*.
- Resulta interesante como recurso la utilización de transcripciones de registros fílmicos de manera de destacarse los momentos más relevantes a los fines de la valoración. Es notable porque contrasta con el hábito de una mera referencia a la existencia de un registro fílmico sin una adecuada valoración.
- En lo que respecta a las declaraciones testimoniales, se advierten esfuerzos por un análisis detallado en base al cual se establecen criterios de relevancia entre los testigos.
- Se observan intentos de ofrecer un desarrollo teórico en lo que atañe a la *sana crítica* como criterio al momento de ponderar las evidencias. Cabe destacar lo anterior pues la invocación de aquel criterio suele emplearse también en forma dogmática, lo cual no garantiza el debido abordaje de la valoración probatoria. Es decir, esa fórmula puede ser empleada como el conocido *iura novit curia* a los efectos de asegurar formalmente que quien decide conoce el derecho y, en lo que atañe a la sana crítica, que valora conforme a ese estándar. Lo observamos porque debe prestarse especial atención cuando esas fórmulas son invocadas en las decisiones judiciales pues, usualmente, detrás de ellas se ocultan las carencias de argumentación. En este sentido, incluso si se deja en claro que se valora conforme a la sana crítica y se ofrece un desarrollo teórico-académico al respecto, ello no debe obstar a que quien decide justifique el modo en que la sana crítica es un criterio al momento de valorar la prueba. Su mera invocación nada garantiza en ese sentido y puede ser un recurso formal para ofrecer una fundamentación dogmática y carente de real contenido.

- Si bien en buena parte de los casos se trabaja con una hipótesis principal que es la esgrimida por el Ministerio Público Fiscal, no deja de atenderse a la planteada por la defensa técnica.
- Se observan casos en los que se recolecta evidencia científica en la escena del crimen, cuya idoneidad y pertinencia para acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso del MPF es adecuadamente ponderada.
- Resulta notable cómo se traslada a las sentencias la existencia de un genuino contradictorio, así como el examen y contra examen cruzado de los testigos.
- Hipótesis planteadas por la defensa no se descartan por mera convicción, sino que la teoría del caso es minuciosamente contrastada, y muchas veces derribada, durante el debate.
- Se articula la prueba testimonial con las evidencias científicas sobre pruebas materiales halladas en el lugar de los hechos.
- Se observa que la deliberación funciona como una instancia de *ajuste de creencias*.
- En general, cada una de las proposiciones fácticas probadas es sometida a un exigente y riguroso escrutinio, descartando cualquier hipótesis alternativa, incluyendo la teoría del caso de la defensa.
- Al momento de valorarse los testimonios, se hace una importante distinción entre aquellas personas que actúan como testigos que pudieran tener alguna clase de interés en la causa, como familiares de la víctima, respecto de aquellas que azarosamente se vieron involucradas en el escenario.
- Se valoran las hipótesis y las evidencias conforme su plausibilidad.

Una nueva versión de nuestra matriz de observación

Como dijimos en una nueva fase del proyecto, pudimos dar un salto cualitativo en la construcción y refinamiento de nuestro instrumento de observación, la matriz de lectura del corpus empírico constituido por las sentencias de ambas jurisdicciones. Además, pudimos ponerla a prueba a través del ensayo de lecturas comparativas y más sistemáticas por parte de quienes investigan y componen el equipo.

Ello no nos permitió compartir resultados completamente conclusivos, porque estuvimos concentrados en el rendimiento de la matriz y en la necesidad de cualificar, con paradas metodológicas previas y más profundas la selección de sentencias del corpus, entendiendo que no es lo mismo una sentencia de juicio que una de impugnación o una que se produce como resultado de un juicio abreviado. Por tanto, todavía no obtuvimos un volumen sustantivo suficiente y una extracción del todo consolidada de resultados de la lectura y observación.

No obstante, sí hemos podido observar con cierta nitidez el contraste y la incidencia de ambos contextos procesales, tanto en la dimensión temporal, como en la calidad del contradictorio plasmado en las sentencias. La lectura comparativa, con nuestro instrumento compuesto por indicadores cualitativos, nos ha permitido observar que la calidad del litigio, entendido como contienda entre las partes, en torno a la teoría del caso que logra probarse en juicio, repercute notablemente en la calidad de las sentencias. Descubrimos que el principal indicador es el grado de dificultad o resistencia que presentaron las propias sentencias para responder a cada pregunta formulada en la matriz.

Asimismo, detectamos el modo en que ciertos sesgos epistémicos, las limitaciones a la imparcialidad y la determinación automatizada, o no suficientemente problematizada, de los hechos, encuentra tierra más fértil en los procesos de carácter inquisitivo reformado o mixto. Esto es porque en las sentencias, producto de tales diseños institucionales, no se observan estándares de prueba consolidados y sí, en cambio, un recurso más bien cargado de intuicionismo y

sentido común, bajo formulaciones abstractas, enumeraciones de fuente de prueba, sin reparar en los razonamientos ni sus dinámicas, de manera de ralentizar en una argumentación clara la forma en que se valora la prueba. En consecuencia, en lugar de diseccionarse y re-totalizarse el puente entre la teoría fáctica y la teoría jurídica a través de una robusta teoría probatoria que brinde sustento hermenéutico y analítico a cada una de las proposiciones fácticas que conforman las teorías del caso, que se proyectan como hipótesis de investigación, acusación, juicio y condena criminal, conforme un canon atomista y holista, se incurre en bolsones de remisiones cuyas posibilidades de contrastación fáctica nacen clausuradas en su propia enunciación discursiva. Así fue recurrente a la hora de la lectura encontrarnos, según el diario de dificultades de investigación, con que:

Se dedicaron muchos párrafos a relatar sucesos ocurridos durante la etapa previa (instrucción) o a copiar y pegar lo escrito (requerimiento de elevación a juicio) y sin referencia en detalle a lo alegado o trabajado por las partes en la audiencia. Se observaron varias referencias a que la información ingresaba por la lectura de la actuario. De esta manera, resultaba muy engorroso leer la sentencia y entender la dinámica de cómo se llevó a cabo el debate. Para encontrar la información requerida en los indicadores, por momentos había que hacer un esfuerzo elevado y releer los votos de los jueces. Una de las cuestiones más difíciles de extraer de la sentencia eran las teorías del caso de las partes. Hay una gran cantidad de párrafos dedicados a relatar los antecedentes del caso y, particularmente, lo ocurrido durante la instrucción (ej. declaración indagatoria, autos de sobreseimiento y procesamiento, requerimiento de juicio del fiscal de la instrucción, etc.). [...] no se relata adecuadamente el resultado de la prueba producida durante el juicio (que información relato el testigo) y hay un abuso a referirse a las pruebas practicadas durante la instrucción (con referencia específica a las fojas en que esto ocurrió) (Lanusse Noguera).

La valoración de los testimonios, lejos de las recomendaciones que recojimos de nuestro marco teórico se simplifica con afirmaciones como la que se transcribe: “La firme imputación de la víctima,

ratificada por la declaración de su madre y avalada por agencias especializadas del ámbito judicial y del gobierno de la ciudad acreditan plenamente la materialidad del injusto y la autoría que le cabe a...” “Se encuentra debidamente demostrado que [descripción del hecho 4] se funda la aseveración precedente en el corpus cargoso que paso a enumerar. Los dichos del oficial mayor [...] (fs. 1047/48), [...] Las declaraciones de los policías [...] (fs. 1052/53), M. C. (fs. 1051 y 1058/61) y S. M. (1309/10), [...] Las expresiones del subinspector G. P. (fs. 1000/02)” (Lanusse Noguera)

Pero vamos a la construcción y consolidación de nuestro instrumento de observación, la matriz. Se trata de una grilla de lectura con seis sets de preguntas orientadas a la construcción de seis indicadores cualitativos que, en su conjunto, habilitan a una fase ulterior, la construcción de por lo menos dos estándares superadores de las prácticas observadas o vectores para una guía de buenas prácticas.

Indicadores cualitativos

Indicador I: Hipótesis - teorías del caso

- ¿Se identifica y describe la teoría acusatoria? En caso afirmativo, transcribirla.
- ¿Se identifica y describe la teoría negativa o positiva de la defensa? En caso afirmativo, transcribirla

Indicador II: Dinámicas de razonamiento probatorio

- ¿Identifica proposiciones fácticas que componen la o las teorías del caso? ¿Cuántas y cuáles? Transcribir
- ¿Se liga cada proposición con evidencias concretas? ¿Cuántas y cuáles? Transcribir
- ¿Se ligan proposiciones fácticas con inferencias probatorias? ¿Cuántas y cuáles?

Indicador III: Estándares de calidad de las pruebas

- ¿Se analiza y valora la coherencia interna de cada una de las evidencias? ¿O se afirma acríticamente la información que se obtiene de ella? Identificar y transcribir en ambos casos.
- ¿Se correlaciona la información que se obtuvo de esa evidencia con las restantes y con los indicios para confirmarla o desecharla? En caso afirmativo explique cómo lo hace y en caso negativo agregue dos o tres ejemplos.

Indicador IV: Contradictorio y dialéctica procesal

- Al valorarse las evidencias, ¿se identifica en todos los casos si es prueba de cargo o descargo? Si la respuesta es positiva, transcribir dos o tres ejemplos. Si es negativa, ejemplificar cómo se introduce la prueba.
- ¿Se indica si la información obtenida de esa evidencia fue producida por la acusación o por la defensa? Si la respuesta es positiva, transcribir dos o tres ejemplos. Si es negativa, ejemplificar cómo se introduce la prueba.

Indicador V: Sesgo de confirmación

- ¿Se contrasta la tesis de la defensa con las evidencias seleccionadas y utilizadas en el razonamiento? Identifique y describa las proposiciones con que se lo hace.
- ¿Se identifican o describen otras hipótesis plausibles sobre la base de la información producida durante el litigio? En caso afirmativo, ¿se contrastan con pruebas concretas?

Indicador VI: Deliberación

- ¿La decisión es impersonal o se agregan uno a uno los votos que la componen? Indicar.
- Si hubo votos, ¿todos presentan sus argumentos o se utilizan simples adhesiones? Especificar cada caso.
- Si la decisión se adoptó a través de votos fundados, y no adhesiones, ¿hay coincidencia de argumentos o solo coincidencia en la o las conclusiones? Indicar.
- Si hubo votos, ¿se refieren unos a otros para coincidir o contrvertir argumentos, o en cambio razonan el caso individualmente? Indicar.

Hasta acá llega nuestro instrumento de observación, que concebimos como una piqueta y su utilización como un trabajo muy arduo de minería. Además de trabajar con ella, cada persona que investiga elaboró un registro de dificultades que sirvió para reparar en el grado de resistencia de los materiales como un dato en sí mismo. Las dificultades nos hablan de la práctica que pretendemos observar. Asimismo, nos sirven para calibrar nuestro instrumento, así como la selección de casos.

Una fase ulterior consiste en el análisis de conjunto que nos lleva a formular interrogantes que retotalizan el trabajo previo con la proyección de construir estándares de calidad, guías de buenas prácticas, vectores o guía de análisis de cara a la formulación de indicadores de buenas y malas prácticas.

Indicador VII: Estándar probatorio I

- ¿Se identifican y valoran pruebas cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente?
- ¿Se justifica la fiabilidad de esas pruebas? ¿Se confirma la inexistencia de pruebas exculpatorias cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera culpable?

Horizonte de análisis: Se trata de identificar si se presta debida atención a cada una de las pruebas, tanto las que se invocan para sostener la acusación como las que lo hacen para refutarla e incluso demostrar hipótesis alternativas que absuelven a las personas acusadas o únicamente se subrayan los elementos que dan sustento a la primera. El descarte arbitrario de pruebas exculpatorias es una práctica habitual, que resulta pertinente verificar en el corpus. Asimismo, esas preguntas constituyen un test para evaluar el peso específico de las pruebas, más allá de la íntima convicción de quienes juzgan. Es decir, no se trata del crédito subjetivo que le otorgan para convertirlo en evidencia, sino de las razones para otorgarle ese crédito.

Indicador VIII: Estándar probatorio II

- ¿La hipótesis es capaz de explicar los datos disponibles y de integrarlos coherentemente?
- ¿Las predicciones que esa hipótesis permite formular, fueron confirmadas? ¿Se han refutado las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos compatibles con la inocencia del acusado?

Horizonte de análisis: la respuesta es la conclusión a la que se debería arribar luego de todo el camino analítico. ¿La hipótesis que el fallo tiene por probada explica los datos disponibles y es capaz de integrarlos en forma coherente? ¿Esos datos admiten hipótesis alternativas? ¿En ese caso, fueron descartadas?

A manera de conclusiones abiertas, a partir de un trabajo inconcluso pero que proyecta un camino y un horizonte, podemos decir que se ha llevado a cabo un trabajo titánico y el resultado todavía es parcial. La lectura de fallos de ambas jurisdicciones criminales nos permitió diseñar y poner a prueba un instrumento de observación, que es además de un insumo útil para la lectura crítica y analítica de las sentencias judiciales, uno elemental para el trabajo clínico con

estudiantes, en el marco de los talleres que nacieron y se consolidaron en el marco del proyecto de investigación.

Dicho instrumento es adecuado y brinda las bases para los estándares de calidad que hemos sugerido, vectores que también construimos y que tienen un impacto directo para la formulación de una posible guía de buenas prácticas. Simplificando un poco una buena praxis por parte de los tribunales tiene como correlato fallos en los que las preguntas que hemos formulado se responden con más facilidad y nos dan una buena pauta de su calidad en términos de valoración y razonamiento probatorio. Una mala práctica da como resultado exactamente lo contrario y queda fácilmente en evidencia a través del ejercicio que hemos propuesto.

En otro orden, ese ejercicio no puede abstraerse de su contexto de enunciación y producción, y es allí donde ingresa de lleno la distinción entre el objeto de observación directa para nosotros, es decir la calidad de las sentencias; pero indirecta en relación al fenómeno primario, la calidad de los juicios, consistente en la práctica de juzgar y de litigar.

Asimismo, esa correlación se refleja en las sentencias. Un juicio en el marco de las reglas y las prácticas propias de la tradición mixta e inquisitiva tiene su acento en la etapa de investigación escrita y existe poco margen genuino para un examen cruzado de la prueba. En consecuencia, la plataforma fáctica, la hipótesis, que se da por probada mediante el fallo, con todo el peso inercial del expediente escrito, es más pasible de incurrir en sesgos de confirmación o visiones del túnel, en tanto no se refleja la dialéctica crítica entre las partes en torno a sus respectivas teorías del caso. Un juicio, en el otro contexto, como señaló una de nuestras investigadoras con gran nitidez, en relación al conjunto de preguntas incluidas en el indicador *estándares de calidad de las pruebas*, produce sentencias en las que:

[Se] analiza la coherencia interna de las evidencias y se dialogaba entre las teorías del caso de la fiscalía y la defensa. Sin embargo, en las sentencias de Nación eso no sucedía por lo cual el paso de analizar la coherencia interna normalmente se salteaba. [...] se terminaba afirmando acríticamente la información (Lanusse Noguera).

Otro investigador realizó una observación que nos resulta sintomática del modo en que el ejercicio marca un camino hacia mejores prácticas. En relación al conjunto de preguntas reunidas bajo el indicador *dinámicas de razonamiento probatorio*, nos compartió esta dificultad:

[...] no se identificaban expresamente cuáles eran las proposiciones fácticas que componían la teoría del caso y en pocas ocasiones se ligaban las mismas con las evidencias concretas. Para esta matriz de análisis debí disminuir la velocidad de lectura, volver hacia atrás y enfocar tanto en las hipótesis de las partes como en la valoración posterior de las pruebas producidas durante el debate de parte de los juzgadores. Sobre todo, en el caso de las inferencias probatorias, donde me costó mucho detectarlas. En síntesis, considero que la selección del indicador fue buena pero que [...] la información no estaba fácilmente disponible y fue sumamente dificultoso extraer lo buscado y contestar estas preguntas (Lanusse Noguera).

La cantidad de interrogantes y líneas de investigación que proyectamos cuando comenzamos el camino, lejos de encontrar respuestas, nos impulsaron a la construcción de un método concreto que hemos conseguido y podremos utilizar y enriquecer de aquí en adelante. La observación de una práctica se instituye a través de este gesto como otra práctica, ambas se deberán retroalimentar en un ejercicio de auto-reflexividad.

Derecho y prueba en clave interdisciplinaria

Repensar la prueba y el proceso penal
junto con los futuros abogados y abogadas

María Daniela Rezzonico y Gaspar Geraghty Fleming

En este breve ensayo nos proponemos transmitirles algunas de las experiencias que recogimos, en nuestro carácter de docentes universitarios, en los talleres *La evidencia en la investigación científica del delito* y *La prueba en el proceso penal*, dos asignaturas de la carrera de Abogacía del IUPFA en las que participamos en compañía de otras personas del equipo docente.

Ambos talleres forman parte del plan de estudios que entró en vigor a partir del ciclo lectivo del año 2020. El primero, *La evidencia*, se dicta en el cuarto año de la carrera y el segundo, *La prueba*, en el quinto año, uno correlativo del otro y se articulan con las asignaturas

Práctica profesional IV y Práctica profesional V. La idea de esta interconexión es reparar en la importancia de la dimensión epistemológica y práctica de los procesos penales, tanto en sus primeras etapas de investigación penal preparatoria e intermedia como en la etapa de juicio.

Los dos talleres tienen un punto en común, que merece ser destacado, y es que abordan temáticas vacantes en la mayoría de los planes curriculares de estudios de las carreras de Abogacía. Nos referimos puntualmente al estudio de las ciencias forenses y su relación con el relevamiento de la escena del crimen y la posibilidad de obtener determinado resultado probatorio, así como su vinculación con las técnicas de litigación y el análisis de las prácticas de producción y valoración de la prueba en los procesos penales.

Estos talleres se brindan en un contexto universitario e institucional específico, lo que los hace todavía más fructíferos. Se trata de un espacio donde habitualmente interactúan individuos y saberes del sistema de administración de justicia, de las fuerzas de seguridad ciudadana y de las ciencias forenses, que tienen la oportunidad de cruzarse y encontrarse en un entorno, como el aula, distinto al del normal y cotidiano ensamblaje de sus respectivas prácticas, como la calle o los tribunales.

Además, estos espacios de trabajo y aprendizaje se encuentran enlazados y vinculados con proyectos de investigación del Instituto Universitario. Actualmente, con el proyecto denominado *Prácticas y estándares en la recolección, configuración, admisión, valoración, examen y discusión de la prueba o evidencia en los procesos o litigios criminales (y su correlato en el razonamiento judicial, la actividad fiscal y el ejercicio de la abogacía)*, aprobado oportunamente por el Consejo Académico del IUPFA.

Uno de los principales objetivos de ese proyecto es analizar críticamente la calidad epistemológica de las investigaciones, juicios y sentencias que emanan de nuestros tribunales de justicia criminal. A su vez, allí se abordan empírica y analíticamente los estándares que gobiernan a estas prácticas.

Por medio de los talleres, también se busca despertar y fomentar el interés del estudiantado en participar en aquel y en otros proyectos de investigación vinculados, en el entendimiento de que la existencia de un espacio que integre a docentes y estudiantes de las carreras de grado es fundamental para la producción de conocimiento crítico e innovador.

Efectuada esta breve introducción, describiremos los temas abordados en cada taller que merecen ser compartidos con la comunidad académica.

En el taller *La evidencia en la investigación científica del delito* el foco está puesto en lograr la conexión de dos complementos. Por un lado, que quienes cursan adquieran conocimientos o saberes vinculados con las ciencias forenses, tradicionalmente dejadas de lado en la formación en derecho. Y, por el otro, que trabajen en espacios de la práctica profesional y del campo judicial, siendo el desafío, que adquieran una mirada crítica acerca de cómo se desenvuelve la relación entre quienes ejercen la abogacía y los órganos auxiliares de la administración de justicia, que son quienes recolectan las pruebas que luego son producidas en el juicio.

Desde nuestro punto de vista, como docentes y operadores judiciales, es importante reparar y trabajar sobre estas cuestiones, ya que la experiencia demuestra que quienes egresan de las distintas casas de estudios de nuestro país, en términos generales, cuando comienzan a ejercer la profesión presentan un déficit de conocimiento sobre estos aspectos y se ven obligados a adquirirlos en la práctica, *a los ponchazos*, con todas las consecuencias que ello trae aparejado: pérdidas de tiempo y de recursos humanos, técnicos y económicos.

Este taller está orientado al estudio y relevamiento de la escena del crimen y la intervención de dos tipos de agentes en aquel lugar, concretamente, profesionales del área jurídica, jueces, fiscales, funcionarios y funcionarias judiciales; y profesionales de las ciencias forenses, peritos con licenciatura en Criminalística. Se busca trabajar sobre la práctica real y habitual en los procesos penales y centrarse en la importancia de la comunicación entre todas las personas participantes.

En el aula utilizamos el pizarrón y mayoritariamente los recursos digitales con los que cuenta el instituto para la proyección de fotos o videos ejemplificadores. El estudiantado, al ver imágenes o filmaciones relativas al tema bajo análisis, sea del escenario criminal, una labor pericial o bien una audiencia oral en los tribunales, logran tomar dimensión de la necesidad de conocer y comprender las buenas prácticas de recolección, configuración, admisión, examen y discusión sobre los rastros, indicios y evidencias en los procesos criminales. En definitiva, se trata de integrar la formación jurídica con conocimientos básicos de criminalística.

También realizamos debates dirigidos a reflexionar, analizar y criticar lo visto en los videos de las labores periciales o en las audiencias orales, para luego enfocarnos en la necesidad de construir un sólido binomio litigante-perito.

Uno de los principales objetivos de este taller es lograr desmitificar el campo forense y que el estudiantado conozca cuáles son las herramientas técnicas disponibles para la verificación de la existencia de los hechos punibles investigados. Para que, de esta manera, aprendan a comunicarse con las y los peritos que les asistirán en los procesos, para poder obtener los mejores resultados con los medios con los que cuenten.

Al exhibir una de las problemáticas observadas de manera habitual en el campo práctico, la escasa interacción entre profesionales, entre peritos y sujetos procesales, independientemente de su rol en el proceso, buscamos reparar en la importancia de la comunicación, es decir, que sea eficaz y efectiva.

Desde allí, resulta realmente valioso el aporte y la labor de profesores como Roberto Granja, Patricio Leyenda y Agustina Oberti, quienes en su rol de especialistas en criminalística y docentes del taller, traen al aula dos valores fundamentales: sus conocimientos académicos sobre las ciencias forenses y sus experiencias profesionales al haber interactuado con abogados y abogadas en su carácter de especialistas en diversos procesos judiciales.

Por su parte, en el taller *La prueba en el proceso penal* se continúa con lo analizado en el anterior, pero con énfasis en la etapa central

del proceso penal: el juicio oral y público. Se trata de un taller centrado en trabajar los aspectos probatorios de la audiencia de debate, en la que finalmente se produce y se valora la prueba recolectada y admitida en las etapas anteriores.

Analizamos los distintos sistemas de enjuiciamiento que existen en materia criminal para marcar las diferencias entre sus objetivos y alcances y, dado el estado de situación actual en la Argentina y en Latinoamérica, trabajamos sobre el sistema acusatorio adversarial. Desde allí, nos centramos en la importancia de entender los distintos roles que desempeñan las partes y el tribunal en el proceso penal, para distinguir los saberes específicos para el desempeño de cada rol.

Tal como en el otro taller, abarcamos un ámbito de vacancia en los planes de estudio de las carreras de Abogacía que tiene que ver con la práctica del ejercicio del derecho, más específicamente, las técnicas de litigación. Una de las finalidades del espacio es que quines participan adquiera destrezas que les permita afrontar de la mejor manera posible los casos en los que actúen.

Trabajamos con los principios y las garantías constitucionales del proceso penal aplicados estrictamente a la actividad probatoria. Entendemos fundamental retomar y reforzar estos saberes ya estudiados en anteriores asignaturas de la carrera, con el objeto de que los futuros y futuras litigantes tengan las herramientas para plantear de manera efectiva cuestiones constitucionales ante los tribunales, a fin de obtener los resultados deseados.

Para ello, practicamos la preparación de casos y la simulación de audiencias, en las que deben argumentar, desde el rol de acusación o de defensa, por qué determinada prueba debería ser excluida y declarada inadmisibles para el debate o, en el supuesto en que ya haya sido admitida, por qué no debería ser valorada por el juez o jueza al momento de sentenciar.

Estudiamos también la actividad judicial de valoración racional de la prueba a partir de los distintos modelos: el continental europeo y el anglosajón. El desafío es lograr que los y las estudiantes analicen

críticamente cuál es el contexto de la toma de decisiones de quienes operan en el sistema de justicia, además de reflexionar sobre la importancia del desarrollo de buenas prácticas de examen y discusión sobre la prueba en los juicios criminales.

Al tratarse de un taller, se trabaja sobre la base de proyectos prácticos. Por ello, además de demostrar destrezas adquiridas a través de ejercitaciones realizadas en clase, deben presentar un trabajo final en el que expongan un problema y planteen una posible solución para mejorar la actividad probatoria en materia penal en el sistema jurídico argentino.

En esta línea, no podemos dejar de destacar otro de los aspectos fundamentales de esta propuesta docente: la recepción que han tenido los talleres por parte del estudiantado. En las cinco ediciones que ha tenido el taller de *La evidencia* y las cuatro ediciones que tuvo el taller de *La prueba*, las y los estudiantes han participado de manera activa. Han mostrado interés en debatir y reflexionar sobre las cuestiones probatorias, con perplejidad ante la falta de claridad y consenso doctrinario y jurisprudencial sobre determinados conceptos tan relevantes como lo que se entiende por *estándar de prueba*, por ejemplo. Han compartido sus inquietudes y realizado propuestas para mejorar las prácticas y la legislación. Incluso, hay quienes efectivamente se han sumado, en la última convocatoria, al proyecto de investigación antes mencionado y a otros aprobados por el Consejo Académico y actualmente en pleno desarrollo.

En definitiva, nos parece sumamente interesante la propuesta del IUPFA de incluir en su currícula este tipo de talleres y su correspondiente articulación con las materias de práctica profesional y los proyectos de investigación en curso. Esto, sin dudas, va a contribuir a que quienes en el futuro ejerzan la abogacía puedan comunicarse de manera más eficiente con diferentes agentes que intervienen en la recolección, preservación, análisis, producción y valoración de las evidencias en el proceso penal.

Tenemos la convicción de que es necesario trabajar en estos ámbitos de vacancia en la formación de profesionales en Derecho, que

cuenten con preparación en materia probatoria, ya que a la larga repercutirá de manera positiva en la administración de justicia y permitirá obtener decisiones judiciales de mejor calidad. En igual sentido, también creemos conveniente que se promueva, aliente y sostenga la actividad científica del estudiantado y docentes del IUPFA.

En resumen, ambos talleres procuran que los y las estudiantes, futuros abogados y abogadas, estén preparados para posicionarse frente a las cuestiones probatorias de manera crítica, interpretativa y reflexiva, un proyecto tan ambicioso como prometedor.

Diálogos entre derecho y criminalística

Una intersección que es preciso habitar
desde la formación

Máximo Lanusse Noguera y Agustina Oberti

Agustina Oberti es licenciada en Criminalística del IUPFA, se desempeña como perito y desde su formación de posgrado se ha interesado en problemas de epistemología. Recientemente se ha incorporado al plantel docente de nuestra carrera, así como a un proyecto de investigación sobre prácticas probatorias. En consecuencia, en el contexto de esta publicación, nos pareció interesante plasmar un diálogo con ella sobre la importancia de esa intersección y su incidencia en la enseñanza y formación en ambos campos profesionales.

—Entiendo que luego del camino de formación de grado en criminalística te interesaste en el campo de la epistemología ¿Nos podrás contar como surge esa inquietud e interés? E incluso estaría bien si querés y podés desandar el camino hacia atrás, ¿cómo llegaste a la criminalística?, ¿cómo describirías el vínculo entre ese campo disciplinar y las fuerzas de seguridad?

Mi camino hacia la criminalística empieza impulsado por un motor que identifico, bajo distintas expresiones, en el conjunto de colegas que nos desempeñamos dentro de este ámbito: la curiosidad. Si bien no tenía en un principio muy en claro para dónde quería encarar mi formación académica, después de leer desafortunadamente todos los libros existentes sobre Sherlock Holmes y gracias a los relatos de una gran amiga de la familia, la licenciada Silvia Bufalini, quien fue una de las primeras mujeres civiles en recibirse de licenciada en Criminalística en el IUPFA, me decidí a darle una oportunidad. En resumen, lo que me trajo a la criminalística en primer lugar fue mi propia construcción imaginativa sobre lo que realmente implicaba la disciplina, que en términos generales para mí era la suma de ciencia y justicia. Es un fenómeno muy común, que me resulta muy interesante y no identifico en otras carreras académicas, el hecho de que un gran porcentaje de ingresantes a la licenciatura no tienen más que una idea vaga y novelesca de lo que es, tal como me pasó a mí en ese momento.

El interés por la epistemología de la ciencia por otro lado, si bien no está muy alejado de la curiosidad por sí misma, surge en el curso de mi formación de posgrado, durante la Especialización en Análisis del Lugar del Hecho que transité en el instituto. En la época en la que llevé adelante mi formación académica de grado no era algo tan habitual el acto de reflexionar críticamente sobre las actividades que eventualmente desempeñaríamos como profesionales, ya que debido a las necesidades propias de la disciplina en ese momento de su evolución resultaba mucho más imperioso transmitir las bases teóricas de cada uno de los espacios comprendidos en el plan de estudios. Por ello, y al no contar con otra experiencia más que la de mi rol de estudiante, no surgieron en mí cuestionamientos más

profundos sobre este contenido. Por el contrario, en el transcurso de la especialización ya contaba con algunos años de experiencia profesional en el ámbito de las pericias de parte, por lo que me habían surgido ciertas inquietudes que, viéndolo ahora, podría catalogar como epistemológicas, las cuales tenían que ver particularmente con la manera de presentar la información derivada de los análisis periciales, y cómo esto influía en la valoración de esos informes que conformaban el cuerpo probatorio en el proceso. De esto derivó el interrogante sobre la composición de las bases teóricas que dan sustento a las conclusiones que comunicamos en los informes de las distintas disciplinas que confluyen en la criminalística, y terminó en la necesidad de analizar el estatus epistemológico de la disciplina en términos más globales.

Hay una analogía muy linda que hacen José A. Díez y Carlos Moulines (1997) que dice algo así como que una cosa es saber hablar un idioma y otra muy distinta es saber las normas que rigen la utilización de las distintas estructuras de ese lenguaje, la gente no anda analizando sintácticamente las oraciones que dice cada vez que habla, en la ciencia pasa lo mismo, una cosa es saber ejercer una disciplina que se pretende científica, pero otra es comprender las estructuras y normas, muchas veces implícitas, que rigen y ordenan dicha actividad para evaluar su real coherencia y científicidad. A este metaanálisis que aporta la filosofía de la ciencia lo veo sumamente necesario tanto para comprender el corazón de la disciplina como para poder evaluar su interacción con otras, como por ejemplo el derecho y, en última instancia y en plan iluminista, para poder comunicar más claramente la ciencia a la comunidad en general.

La criminalística como actividad autónoma nace en el seno de las fuerzas de seguridad, en donde se gestó incluso mucho antes de tener ese nombre. Surgió en un contexto de creciente complejidad social y tecnológica, en donde los métodos de investigación aplicados a los hechos delictivos que se ponían en práctica dejaron de ser suficientes para dar respuesta a ciertos interrogantes planteados en la faz jurídica. Si bien a lo largo de la historia hubo ciertas tensiones en cuanto a la definición de su objeto de estudio y su ámbito de

aplicación, algunas de ellas continúan hasta la actualidad en forma de discusiones entre pares, el hecho de que se haya desarrollado en ese ámbito institucional tiene mucho que ver con la manera en que se estructuró y por ende con la forma en la que se ejerció por mucho tiempo, estando limitado su acceso a un cierto grupo de individuos. Hablando en términos kuhnianos (Kuhn, 2019), hubo un largo período de *ciencia normal* que se desarrolló en este espacio acotado a un grupo selecto de personas que sirvió principalmente para desarrollar y afianzar las bases de lo que actualmente llamamos criminalística. El hecho de que se haya abierto la puerta de este mundo a la comunidad civil, para mí resulta clave, ya que al dejar entrar otras perspectivas dentro de la comunidad profesional y académica se fueron observando otras problemáticas, cuya reflexión culmina en el incipiente cambio de paradigma que asoma en muchas de las ramas troncales de la disciplina.

Considero que es innegable la constante interacción entre los componentes de la triada criminalística – derecho – fuerzas de seguridad, que a mi entender tienen principalmente en común el gran impacto social que generan sus respectivas aplicaciones y actividades inherentes, lo cual debería ser el punto de partida para interactuar de manera más abierta y honesta, abandonando definitivamente la idea anacrónica de que son ámbitos aislados entre sí.

—*Durante tu formación de grado, ¿consideras que habitaste intersecciones concretas entre el campo jurídico y la criminalística? ¿Qué grado de consciencia dirías existe a lo largo de la formación de esa interacción? ¿Cómo se representan desde el campo criminalístico al conjunto de actores del campo jurídico? ¿Se te ocurren observaciones acerca de las formas en que dialogan ambos campos? Una vez en el campo profesional ¿Se modificaron esas representaciones y percepciones? ¿De qué forma?*

Durante mi formación de grado, que sucedió hace un tiempo considerable y en contexto de un plan de estudios que ya no es el vigente, no surgieron muchos espacios transversales entre la criminalística y lo jurídico. Si bien el componente de materias de derecho dentro de las carreras del Área Criminalística es bastante importante en cuanto a cantidad, considero que no hay una conciencia real

de lo estrecha que es la relación entre estos dos ámbitos. Hay una noción general de que el informe pericial se encuentra dirigido al tribunal, por lo que se suele hacer bastante hincapié en la terminología a utilizar, pero en la mayoría de los casos con un fundamento meramente semántico. La comunicación entre ambas áreas en el transcurso de la vida académica es, de ambos lados, deficiente, ya que no termina de presentarse como un diálogo sino más bien como dos monólogos que se intercambian para que el otro lea y conozca nueva información sobre algún punto específico: el derecho aporta un compendio de artículos que corresponden a los Códigos de procedimiento, por ejemplo; el personal pericial entrega al cada agente jurídico un informe respondiendo a una pregunta puntual; el acercamiento es a cada parte por separado, pero no en términos de comunicación constante y fluida.

Por otro lado, de esta enseñanza más *tradicional* de la criminalística surgieron profesionales, en mayor medida en el ámbito particular de las pericias de parte, que irónicamente se encontraron mimetizados con los roles específicos de agentes jurídicos que les daban lugar en el proceso, cuestión que incluso en la actualidad es una situación a revisar desde la formación académica y la inclusión de la ética profesional como contenido fundamental. Al no existir un real entendimiento de la actividad que desempeña “la otra disciplina” es factible encontrar en la dinámica profesional que quienes ejercen la abogacía buscan personal pericial que específicamente les brinde herramientas que se consideran *científicas* dentro del ámbito judicial, únicamente para apoyar afirmaciones subjetivas sobre un hecho, así como personal pericial dispuesto a ceder en sus responsabilidades éticas profesionales para asumir ese rol sin perjuicio de lo que realmente emana de la actividad científica.

—*Agustina, este semestre que pasó te incorporaste al equipo docente del taller de la evidencia en la investigación científica del delito. Un taller de cuarto año de la carrera de Abogacía que se pensó para construir un puente vacante entre esas dos disciplinas que en la práctica actúan en forma ensamblada, pero cuyo ensamble todavía no es tan consciente ni se reflexiona en los espacios de formación. ¿Cómo fue la experiencia?, ¿qué rescatas de*

ella?, ¿con qué limitaciones te encontraste?, ¿cuáles creés que son los mayores desafíos para acercarnos al objetivo?

Desde mi percepción de la experiencia, este primer acercamiento al taller fue muy nutritivo en tanto espacio de conexión entre lo jurídico y lo pericial. Pecando de híper reduccionista, y saliendo deliberadamente del lío conceptual de la tradicional “búsqueda de la verdad”, podríamos pensar que en última instancia la finalidad de las actuaciones judiciales es de alguna manera generar un relato argumentativo al respecto de un hecho, construido sobre una base lógica que integre de manera válida todos los elementos incorporados al proceso, entre ellos, los medios probatorios que pueden englobarse dentro de *lo científico*. Al perseguir este objetivo, es totalmente intuitiva la necesidad de ahondar en las preguntas y limitaciones que atañen a cada disciplina dentro de la criminalística, para lograr en el ejercicio de la abogacía, la enunciación de proposiciones lógicamente válidas que sustenten una teoría del caso específica. La premisa que guía el espacio es que puedo preguntar más y mejor si tengo claro a quién preguntarle y cómo hacerlo, dependiendo de los interrogantes que busque responder en cada caso particular. En este sentido, me sorprendió gratamente la amplia recepción por parte del estudiantado que, a pesar de introducirse quizás en un mundo inexplorado, con un lenguaje nuevo en muchos casos, se interesaron siempre por aprehender los conceptos propuestos y generar debates muy interesantes en torno a cada especialidad.

Por otro lado, el taller también está orientado a fomentar una mirada crítica a las actuaciones de las personas expertas en cuanto a la coherencia entre las conclusiones que se enuncian en los informes periciales y su correlación con las probabilidades emanadas de las técnicas empleadas. Es decir, en torno a la pregunta ¿esta técnica utilizada de esta manera permite a la persona experta afirmar esta conclusión? Esta es una discusión que estamos también librando hacia el interior de la disciplina, por lo que en este ámbito sirve más bien como un punto de partida para la reflexión y para poner... ¿medio pie? afuera de la cueva del cientificismo. En criollo, de la postura de creerle a algo solo porque se dice científico.

Creo que espacios como este son cruciales para achicar nuestra propia pequeña grieta, y que podamos pensar a ambas disciplinas como simbióticas. Esto no solo es importante, en mi opinión, para ser un *buen profesional* en el sentido de ejercer correctamente la abogacía, sino también en un sentido más cercano al concepto de justicia, que es ladrillo fundacional del derecho.

—*Por otro lado, ¿se te ocurre cómo imaginar un espejo dentro de la carrera de Criminalística, sea que exista o que no?*

Evidentemente la intersección entre ciencia y derecho es algo que en los últimos años comenzó a tomar mucha más notoriedad dentro del campo de la criminalística. Esto se da, lamentablemente, por algunas consecuencias nefastas que implicaron ciertos conflictos que fui mencionando a lo largo de mis anteriores respuestas: o bien la mala aplicación de la ciencia en algunos casos; o la falta de coherencia entre lo que me permite decir la aplicación de una técnica en relación a las conclusiones informadas, decir que una respuesta es categórica e indubitable cuando la técnica de acuerdo a su base teórica y empírica solo me permite responder en términos de probabilidad, por ejemplo; o bien la actuación deficiente de las personas expertas que es aceptada en el proceso a causa del cientificismo imperante. En otras actividades científicas, estas cuestiones podrían ser puntos que deriven en una crisis, volviendo al amigo Kuhn, y que simplemente sirvan para revisar ciertos lineamientos que permitan a la disciplina evolucionar hacia una nueva perspectiva. En criminalística, esto implica además otro tipo de responsabilidad ya que las afirmaciones que realizamos se utilizan, en la gran mayoría de los casos, para evaluar la culpabilidad de un individuo con respecto a un posible hecho delictivo. Sin ánimos de sobrevalorar la actividad, indirectamente estamos jugando con la libertad de alguien, por lo que muchas veces es un poco complejo encontrar un espacio para hablar sin tapujos sobre problemáticas a resolver.

Habiendo dicho esto, creo que antes de generar un espacio académico desde la criminalística hacia el derecho en términos similares al Taller es imprescindible primero sincerarnos hacia adentro, reconstruirnos, epistemológicamente hablando, y expresar abiertamente sobre los problemas que actualmente presenta la disciplina,

con la finalidad de consensuar posibles soluciones, universalizando el lenguaje con el que nos expresamos en los informes, la manera de enunciar las conclusiones, estandarizando prácticas para un mayor control de las actuaciones con la participación de miembros de la comunidad científica que permitan la revisión de pares, etcétera. Este paso previo no es una propuesta novedosa, sino que en varias regiones del mundo ya ha sucedido: en Estados Unidos a través del reporte de la Academia Nacional de Ciencias (NAS, 2009) y el informe del *President's Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST, 2016) y en Europa a través de la creación de la Red Europea de Institutos de Ciencias Forenses (ENFSI), por ejemplo, por lo que sabemos que no es imposible, pero que sí implica un trabajo mental y epistémico enorme, incluyendo la revisión de muchos valores de la comunidad criminalística local.

Sin embargo, en el mientras tanto y saliendo de la utopía, me parece que definitivamente podemos fomentar el nexo desde las Prácticas Profesionales de cada una de las carreras del Área Criminalística, en donde intentamos formar al estudiantado como preguntadores seriales para que en un futuro puedan construir sobre este nuevo paradigma, considerando que no importa el rol que adoptemos: personal pericial de parte, de oficio, oficial, consultoría personal técnico, en la mayoría de los casos estaremos jugando en el tablero jurídico por lo que es central entendernos para la práctica de la profesión.

—*Leo entre líneas lo que podrían ser dos núcleos críticos al interior del campo criminalístico y que tienen consecuencias prácticas en lo que ese campo comparte con el derecho, es decir el vínculo entre la justicia y algún compromiso con la verdad, sin ignorar la complejidad epistemológica de ese vínculo. Me interesaría que amplíes ambos, uno tiene que ver con el grado de apertura hacia la comunidad científica general como forma de poner a prueba el trabajo criminalístico, sea desde la perspectiva de las técnicas y o metodologías implicadas como de su conexión y compromiso con determinados marcos teóricos; otro con el rol de especialistas en criminalística como auxiliar de la justicia y sus implicancias éticas. ¿Podrías ampliar un poco si es que acaso doy en la tecla con esta lectura?*

Creo que la apertura hacia la comunidad científica general se fue dando progresivamente en el transcurso de los últimos años, por la sucesión lógica de eventos que podría esperarse, considerando la multidisciplinariedad que identifica a la criminalística. El hecho de que confluyan en su seno ciencias y técnicas de lo más diversas, cada una de ellas con su propio equipaje teórico y empírico que a su vez se desarrolla por vía independiente a lo pericial, hace que muchas de ellas encuentren en la criminalística no un núcleo de conocimiento sino un ámbito de aplicación específico. De hecho, lo que implica el concepto de *ciencias forenses* responde a eso, ya que denominamos de esa manera a cualquier disciplina que actúe en el ámbito judicial en la búsqueda de conocimiento específico sobre un hecho determinado, y eso es muchas veces lo único que comparten entre ellas. En la actualidad estamos en una posición de privilegio con respecto a quienes nos antecedieron ya que gracias a cuestiones socioculturales como la globalización del conocimiento, la masificación de internet, etcétera, tenemos la posibilidad de acceder a muchas de las investigaciones realizadas en el campo en el que cada quien se encuentre especializado, fomentando así la capacidad de mantenerse a la vanguardia, además de propiciar la revisión de pares que es una de las reglas que debe cumplir cualquier actividad que se diga científica. Creo que en este sentido el quid de la cuestión no radica en el cierre de la *comunidad criminalística* hacia la comunidad científica en cuanto a la construcción de su base teórica y empírica, sino en una instancia posterior, dado que el problema no está en cómo se construye *el contenido* de las disciplinas forenses, sino que aparece al momento de la aplicación de las técnicas propias de cada una para responder un punto pericial específico.

Al realizar una investigación sobre un tema relacionado a una disciplina específica, existen ciertas maneras formales válidas en las que es posible comunicar a la comunidad los resultados obtenidos, así como la metodología aplicada, para cumplir con la regla de admisión al club de las ciencias que me dice que para entrar, entre otras cosas, mi conocimiento debe ser verificable, y por ende reproducible. Esto se consigue a través de medios de comunicación

habituales como los papers, publicaciones académicas, artículos científicos, etcétera. Cuando se aplican estos conocimientos ya revisados y valorados por pares en la realización de una pericia, en contexto de un expediente judicial, podría considerarse una acción análoga a lo que se realiza en una investigación puramente académica, en donde la sustancial diferencia radica en el modo de comunicación y el público receptor que va a evaluar y valorar el informe que devenga de ello. A diferencia de los *papers*, que estarán dirigidos a gente de mi propia comunidad de pares, los informes periciales se presentan dentro de un contexto en el que serán leídos e interpretados por personas que no solo muy probablemente no hablen mi mismo idioma académico (obviamente, no es su responsabilidad ni obligación hacerlo), sino que parten además de la premisa de que quien suscribe ese informe es una persona experta en el tema, derivando en que su actuación no tenga mayores cuestionamientos de fondo, a diferencia de lo que sucede en la faz académica, en donde no importa, o al menos no debería, el nombre ni la experiencia previa de quien realiza una investigación, sino el contenido de la misma. Esto genera una paradoja, en la que quizás por fuera de la faz forense de la disciplina, en su progreso normal, si es que hay tal, existe un alto consenso en ciertos compromisos teóricos, pero al aplicarlos en un expediente judicial puede que no se vean reflejados en el informe presentado, por una gran variedad de motivos, instancia en la cual no existe una segunda revisión de pares en la que apoyarse para evaluar la validez del mismo. A menos que haya alguna otra persona experta que revise las actuaciones ya incorporadas al expediente en cuestión y se percate de alguna *irregularidad*, o que esta genere una controversia mayor que la haga evidente, la mayoría de las veces pasa desapercibida. Es por esto que hago tanto hincapié en la importancia de la estandarización y la creación de instrumentos universales, sin distinción jurisdiccional ni institucional sino enfocados en la opinión la de comunidad científica como un todo, que nos permitan consensuar de manera previa a su impacto real lo relacionado al contenido y estructura de los informes que son presentados en el ámbito judicial. Es evidente que es impracticable la

revisión de todas y cada de una de las pericias presentadas en todos y cada uno de los expedientes judiciales pasados, presentes y futuros, por lo que es lógico que una respuesta viable hacia el futuro sea ponernos de acuerdo primero con las reglas que debemos respetar, las cuales podremos informar luego a quienes sean receptores del conocimiento específico al cual arribamos cada vez que construimos un informe pericial, y así podamos lograr construir una instancia más de revisión con la finalidad de evitar una práctica deficiente.

Cualquier persona experta en criminalística que se encuentre asociada a un proceso judicial ejerce sus funciones como auxiliar de la justicia, sin importar desde qué lugar emita sus conclusiones o evalúe proposiciones sobre una cuestión específica. Es una realidad que en el transcurso de la evolución de la profesión se ha ido construyendo una imagen un tanto novelesca del trabajo que realizamos, por una variedad de motivos que incluyen desde la ficción hasta los medios de comunicación y por supuesto la manera en que nos presentamos tradicionalmente como comunidad hacia afuera, producto de la enseñanza dogmática de muchos valores con los que nos hemos comprometido a lo largo del camino. Esto quizás llevó por un largo tiempo a correr el foco de las implicancias éticas de nuestra labor, hermanada al ámbito judicial. El hecho de que alguien que actúa como persona experta en un proceso obtenga algún tipo de gratificación personal al decir lo que el sistema jurídico necesita que diga (tendrá ello sus motivos), o lo que considera individualmente que es correcto, y que no se plantee que esto configura una cuestión problemática implica caer en la ingenuidad o en la malicia. Lo innegable es que nuestra actividad desarrollada en este contexto tiene impacto en la vida de las personas, aunque no sea de manera directa, por lo que el sentido de responsabilidad y la necesidad de revisar constantemente la red en la que nos encontramos inmersos deberían ser cuestiones prioritarias para quienes nos desempeñamos en el campo, sobre todo desde la instancia académica de formación.

Es por esto que considero importante continuar con este proceso de apertura y reflexión en el que nos encontramos actualmente, teniendo presente, en cualquiera de los roles que podemos adoptar,

que el concepto de *ciencia infalible* no existe y es de hecho una contradicción lógica; si algo es ciencia, no puede ser infalible, por definición, y si algo se dice infalible, no puede ser ciencia. Partir de esta aceptación y transmitirla a quienes se nutren de nuestro trabajo nos permitirá asumir honestamente nuestros errores y darnos la posibilidad de mejorar la estructura en la cual desempeñamos nuestras funciones, cualquiera sea. El costo de no hacerlo, es continuar apagando incendios particulares sin una mirada global del problema.

Derecho y práctica profesional

Algunos registros sobre la experiencia
de los simulacros de juicio oral en el IUPFA

Máximo Lanusse Noguera, Matías Jorge Moreno y Romina Laura Donaire

Para todo docente, enseñar práctica profesional es un desafío incommensurable. Es que no se trata de transmitir contenidos ni paquetes de reglas, o máximas de acción, sino de generar estímulos y situaciones que fuercen al estudiantado a poner en práctica competencias específicas que con el tiempo devengan en habilidades y destrezas, para actuar en contextos que, en última instancia, aunque sean reglados, son de incertidumbre. Por tal motivo, desde hace algunos años que, desde el equipo de gestión y en el trabajo cotidiano con el equipo docente, la premisa es aprender haciendo,

practicando. Colocarse y asumirse en situación para experimentar en primera persona la complejidad y la sabiduría práctica que exige el litigio.

Litigar es una acción en el tiempo; el tiempo es asimétrico, en todo momento, en todo lugar, puede aparecer una bifurcación y hay que interpretar lo mejor que se pueda *el kairos*, la acción oportuna.

Una dificultad habitual, es la tentación de buscar autoridad en la imitación, copiar modelos, repetir lo que se estila. El problema es que con ello viene la alienación en el uso del lenguaje, la desconexión con los hechos, la prueba y el razonamiento jurídico, práctico. Así nos encontramos con estudiantes con incomodidad intentando hablar como no habla y escribir como no escribe. Trabajar la escritura y la oralidad, consolidar el entrenamiento en el dominio de la teoría del caso es el mejor recurso contra el vaciamiento de la práctica que se encarna tan habitualmente en el ritualismo, el formalismo, el conceptualismo, la cultura del trámite y la abstracción (Binder, 2007). Las barreras entre el ejercicio profesional y los dramas humanos en juego, empiezan por eso.

El plan de estudios de la carrera de Abogacía proyecta cinco espacios de práctica profesional como columna vertebral a lo largo de todo el recorrido, pero lejos de la autocomplacencia, que tales espacios sean irrigados por la totalidad del conjunto orgánico, que se articulen con las asignaturas, talleres y seminarios, es un desafío permanente y siempre perfectible. Sin embargo, la experiencia de los simulacros de juicios orales que pretendemos compartir en este texto breve, se presenta como el mejor desenlace para el camino que proponemos a nuestros estudiantes. Retotaliza el sentido de buena parte del trabajo.

Se trata de un taller en el que invitamos a participar a además de a nuestros futuros y futuras profesionales, a estudiantes y docentes del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés (UdeSA), y próximamente se sumarán más universidades. Complementa los juegos de simulación que se hacen a lo largo del

año en las aulas en el marco de los espacios curriculares e incluso talleres complementarios intensivos de litigación oral, focalizados en el examen y contra examen de testigos desde la teoría del caso. Pero, el diferencial de la actividad, además de poner a prueba las habilidades y destrezas desarrolladas en el módulo de litigación penal de Práctica Profesional V, como litigantes de un juicio simulado, en el rol de quienes acusan y defienden, es que estudiantes avanzados del Área de Criminalística y de Accidentología vial del IUPFA, actúan como personal pericial y testigos con experticia, quienes son objeto de examen y contra examen por las partes. Además, se realiza con la participación especial de capacitadoras expertas en litigación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), además de otras personas profesionales invitadas.

A partir de un caso ficticio donde confluyen problemas de dogmática penal, probatorios, forenses y de litigación, la simulación es protagonizada por estudiantes de las tres carreras que interpretan los roles de los sujetos del proceso: fiscalía, defensa y personal pericial; y al mismo tiempo, por docentes de INECIP que representan al tribunal. Los equipos de fiscales y de defensores deben trabajar con anticipación sus teorías del caso. Quienes participan del área criminalística offician como peritos expertos en tres especialidades: balística, accidentología vial y rastros o papiloscopía. No solo producen informes de su especialidad, sino que también participan de forma activa durante el juicio. De ese modo se logra recrear un juicio oral y público casi real bajo las previsiones del sistema acusatorio.

En ese marco, nuestros estudiantes despliegan destrezas de litigación y al mismo tiempo llevan a cabo un entrenamiento interdisciplinario: interacción con las ciencias forenses, entrenamiento en examen y contraexamen de peritos oficiales y de parte. De esa forma, la actividad contribuye a la formación y desarrollo de las capacidades vinculadas al sistema procesal penal de carácter acusatorio adversarial, el cual se encuentra en plena etapa de implementación a nivel nacional y con una importante vigencia en distintas provincias.

En efecto, a través de la realización de juicios orales simulados a partir de un caso creado para tal fin, se pretenden potenciar los principios que gobiernan ese sistema procesal, es decir, la oralidad, publicidad, inmediatez, contradictorio e imparcialidad. Solo que, como sugiere Baytelman (2002), es muy diferente enseñar y aprender derecho repitiendo un conjunto de reglas y principios que experimentar su significado concreto a través de su falta o de su presencia. No es lo mismo repetir una y otra vez el concepto de igualdad de armas en el debido proceso que vivir el contraste entre el acceso asimétrico al expediente durante un sumario escrito y una audiencia oral y pública en la cual un juez o una jueza no puede ser parcial, sin que ello resulte palmario. Construir un argumento fuera del tiempo y con la posibilidad de ensamblar paquetes escritos de información, componer un escrito voluminoso en remisiones y referencias es un trabajo completamente distinto al desafío de ligar la prueba que se produce en tiempo real en una audiencia y que ambas partes pueden dialécticamente fortalecer o desacreditar la teoría del caso que sostiene la pretensión acusadora o defensora. Estar ahí, poner el cuerpo, aprovechar todo el trabajo previo y explotar el curso que toma el caso, conseguir la atención del tribunal o del jurado son destrezas extremadamente difíciles.

De acuerdo con el esquema propuesto, cada año se realizan por lo menos dos ediciones, en las que quienes participan se reparten los roles de acusación y defensa de forma simétrica. Es decir que tanto estudiantes de la carrera de Abogacía de IUPFA como de la UdeSA ocupan distintos roles en cada una de las ediciones. Así, quienes actúan como acusación y defensa se reparten el trabajo en tanto deben realizar el alegato de apertura, el examen directo y el contraexamen de testigos y alegato de cierre. Asimismo, el tribunal en ambas ediciones brinda un veredicto y una devolución técnica relativa a las destrezas de litigación observadas.

Pero eso no es todo, ya que la escena del juicio es el producto de todo el proceso de entrenamiento previo a esos simulacros, a cargo de docentes de ambas universidades, quienes enriquecen mediante observaciones sagaces, las prácticas ensayadas por las y los litigantes.

A través de esa capacitación intensiva se pretende guiar y orientar en la elaboración de su teoría del caso, aborden cada uno de los problemas que aquel presentaba, diseñen su estrategia y la preparen en cada detalle: presentación del caso ante el tribunal, orden de producción de la prueba, modo de incorporación de la prueba instrumental y documental, interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos legos y testigos con experticia forense, argumentos de cierre, etcétera. En ese sentido, quienes actúan como fiscales y como defensores deben reunirse con antelación con quienes lo hacen como testigos del hecho y quienes ofician como peritos y testigos expertos, para conocer el potencial probatorio de su convocatoria al juicio, así como para planificar el examen directo, de los propios, y el contraexamen, de los ofrecidos por la contraparte.

En definitiva, desde el IUPFA se aporta el caso a litigar, la gestión organizativa de las audiencias y el calendario de trabajo. La participación de UdeSA enriquece el proyecto, no solo porque permite la visita de sus estudiantes, sino también porque fomenta una sana competencia entre litigantes. Por último, el diferencial de la actividad es la sinergia que estamos construyendo desde la carrera con las áreas de criminalística del IUPFA que nos aporta peritos para oficiar de testigos expertos. Actualmente, se está trabajando para invitar a más universidades, además, la visión que proyectamos para enriquecer la actividad es que el juicio se desarrolle ante un jurado popular, y que el simulacro de juicio se ensamble con las prácticas de criminalística, es decir con la recreación de la escena del hecho.

Sin embargo, lo más gratificante es conocer lo que significa esta experiencia formativa para quienes participan de ella. Por ese motivo, le pedimos a Romina Donaire nos comparta su testimonio. Ella participó de la primera experiencia piloto que luego consolidamos los años siguientes.

Testimonio

Me encuentro frente a la oportunidad de contar mi experiencia de participar en el taller de *Simulacro de juicio oral*. Y digo oportunidad porque es, sin exagerar, un honor tener la posibilidad de transmitir mi vivencia y más aún colaborar al fortalecimiento y valoración de este espacio que no solo constituyó para mí una forma más de aprendizaje, sino el verdadero broche de oro de mi carrera y la de mis compañeras y compañeros con quienes que compartí el taller.

Al momento de sumarme a la propuesta ya había atravesado varias materias prácticas que me habían permitido comenzar a desarrollar muy tímidamente el aspecto oral en mi formación y me encontraba cursando otras que se encontraban fuertemente vinculadas con varios de los conocimientos necesarios para poder desenvolver un simulacro de juicio con herramientas que le dieran verosimilitud a la experiencia. Ya había pasado por *Práctica profesional IV* y el taller de *La evidencia en la investigación científica del delito*, y me encontraba cursando la última práctica de la cual ya había transitado el módulo penal, también estaba con el taller de *La prueba en el proceso penal*.

Si bien en primera instancia no me había postulado para formar parte de la actividad, el devenir selló mi destino. Por un lado, había que disponer tiempo extra al de la cursada, pero lo cierto es que me daba pánico la exposición. Siempre fui así, las instancias finales para mí eran un castigo, pero estaba decidida a recibirme y no podía permitir que mi incomodidad me limitara de tal manera.

Se había abierto una suerte de convocatoria en la que los alumnos y alumnas con interés en formar parte del simulacro podían presentarse para formar el equipo del IUPFA. La propuesta sonaba prometedora, se iba a conformar un equipo del instituto que litigaría contra otro grupo de estudiantes de la UdeSA. También se sumarían estudiantes de la licenciatura en Criminalística y de Accidentología vial en calidad de peritos de las partes.

Los equipos para el taller ya estaban conformados y me había quedado afuera, más allá que había sido por una decisión propia sentía cierta frustración por no formar parte de esa experiencia que era la primera en la carrera y que realmente parecía valiosa para mi formación.

La mayoría de mi grupo de compañeros y compañeras de la cursada se habían anotado y comenzado con los preparativos, yo los escuchaba entusiasmada hablar sobre las reuniones virtuales con los profes, la presentación del caso, la vinculación con estudiantes de Criminalística y Accidentología Vial, las juntadas de equipo para pensar en la estrategia, elaborar la teoría del caso, parecía que tenían una convocatoria de verdad. Para mi fortuna, finalmente una de las personas parte del grupo no podía continuar y quienes estaban en el equipo me invitaron a sumarme. Obviamente no pude evitar decir que sí.

Esa misma semana me sumé a la reunión virtual que tenían programada con undocente para avanzar con la estrategia, me pusieron al tanto de lo que venían trabajando, qué había hecho, y qué ideas tenían pensadas para la audiencia. La práctica contaba con dos fechas y en cada una de ellas se iban a invertir los roles de defensa y fiscalía. En virtud de eso formamos internamente dos equipos, como defensa y como fiscalía, y dentro de cada uno nos distribuimos los roles de alegato de apertura, interrogatorios y alegato de cierre, tratando de pensar en las habilidades de cada cual, lo que querían hacer y por supuesto en la estrategia. Queríamos ganar el caso.

Ya en la última semana empezamos a practicar oratoria, a tener contacto más fluido con el personal pericial, a preparar el interrogatorio y a las personas interrogadas, todo en busca de darle solidez a nuestra presentación ante el tribunal.

Finalmente, llegó la semana de las audiencias. Ese día nos encontramos presencialmente un rato antes del juicio en el instituto para practicar y ultimar algunos detalles. También nos encontramos con nuestros peritos para indicarles cómo iba a transcurrir el juicio, qué necesitábamos que dijeran, qué información era preferible intentar

omitir, y también hicimos algunas consultas respecto a los informes que habían elaborado y que podían servirnos en el momento del interrogatorio.

Se acercaba la hora, estábamos listos: ¡Hay equipo! El Aula se había convertido en una sala de audiencias, de frente la mesa donde estaría el tribunal que nos sentenciaría horas después, el equipo docente como primer espectador. Ese día éramos protagonistas.

De pie, entra el tribunal, se abre el acto. ¡El juicio ya empezó!

Ese día eran tres los compañeros que se encontraban en el estrado frente al tribunal, pero el equipo completo estaba presente inclusive quienes actuaban como peritos, también el equipo docente que nos guió durante toda la etapa preparativa. Estábamos atentos y atentas a lo que se iba a desarrollar durante la audiencia. Sabíamos que lo que planificamos podía cambiar, que más allá de todos los escenarios alternativos que habíamos imaginado no podíamos perder la atención a nada de lo que sucediera durante la audiencia, especialmente todo lo relativo a la prueba.

El trabajo colectivo nos ayudó a complementarnos, algo que alguien no se daba cuenta, otra sí lo hacía. Teníamos diferentes ideas para las cosas, lo que nos daba más opciones y a fin de cuentas nos permitía adaptar con versatilidad nuestra teoría del caso. En el momento del interrogatorio fueron fundamentales las observaciones de los y las peritos, con los detalles que su expertiz les había permitido detectar. Pudimos plantear objeciones y afinar preguntas para desacreditar al personal de peritaje de la otra parte. Las y los docentes también nos *avivaban* en cuestiones de *timing*, como por ejemplo en qué momento plantear una objeción. La tensión era constante, no había lugar para la duda ni para distracciones, de lo que pasara en la audiencia dependía nuestro alegato de cierre.

Teníamos apuntes, machetes, manuales, era como un examen a libro abierto pero en grupo, íbamos y veníamos sigilosamente hablando entre sí, compartiendo algunas ideas para el cierre, viendo si se nos estaba olvidando algo de lo que teníamos planificado, punteando qué habíamos podido probar y qué no, un trabajo conjunto y

minucioso. Ahí me di cuenta todo lo que habíamos hecho previamente hasta ese día, todo lo que habíamos imaginado con muchos de los escenarios posibles se estaba dando en un abrir y cerrar de ojos y, si más allá de los nervios, teníamos seguridad era porque todo lo que estaba pasando estaba dentro de lo que habíamos previsto.

Mi miedo a la exposición se había disipado entre id(e)as y venidas, no había ni siquiera tiempo para eso, de repente pasó a ser una destreza más de las que teníamos que desenvolver en el simulacro, pero no más importante que las otras. La confianza la teníamos gracias a todo el trabajo que veníamos haciendo y que detrás de cada persona estaba el resto del equipo.

Finalmente llegó el cierre, la última carta. El tribunal dio la palabra, mi compañero se puso de pie y comenzó el alegato.

Yo lo veía y escuchaba atenta a todo, analizaba sus esfuerzos en mantener cierta postura, utilizar distintos acentos, gestualidades, pausas. También miraba los rostros de los miembros del tribunal, inmutables. Por momentos me olvidaba de respirar, tenía miedo de perder atención por hacerlo, y por momentos pensaba “qué bien que le está saliendo.” Un respiro de alivio me atravesaba y mi inconsciente asentía con la cabeza. Cuando terminó el alegato empezamos a cruzar miradas cómplices, una mezcla de felicidad, alivio, entusiasmo y reconocimiento nos entrelazaba.

Faltaba el veredicto, la verdad es que después de todo lo que había pasado lo sentía como superfluo y anecdótico, pero era parte del simulacro y un momento también para que el grupo de profesionales que conformaron el tribunal nos pudieran dar una devolución. Luego de marcar cuestiones positivas y oportunidades de mejora para ambos equipos, se expidieron. En base a lo que se había demostrado en el desarrollo de la audiencia, el equipo del IUPFA había conseguido el resultado más sólido. Mis compañeros y compañeras se abrazaron, habíamos ganado. En ese momento se me vino a la mente como *flashback* con todo el trabajo que habíamos realizado esos meses y cuando volví a mirar sus rostros me di cuenta que ese día se habían convertido en abogados y abogadas.



PARTE II

La cuestión de la pena

*Una de mis premisas básicas será que se debe luchar
para que se reduzca en el mundo el dolor infligido por el hombre
[...] La aflicción es inevitable,
pero no lo es el infierno creado por el hombre.*

Nils Christie, Los límites del dolor.

Derecho, pena y sistema acusatorio

La reinserción social como objeto de litigio en el proceso de ejecución penal¹

Pablo Andrés Vacani

Este capítulo nace a partir del proyecto de investigación *El alcance del derecho penal de acto en el proceso de ejecución penal* de la carrera de Abogacía, presentado en el marco de la sexta convocatoria de la Secretaría de Investigación y Desarrollo del IUPFA, cuyo objetivo es generar estrategias y dispositivos para el *litigio de la pena*,

¹ Una versión anterior de este trabajo fue publicada en Vacani, P. (2023). Estrategias de intervención sobre la reinserción social en la litigación de la ejecución penal. En *Estudios Sociales sobre Derecho y Pena, Revista del Instituto de Criminología*, (1).

a partir de la interrogación e impugnación del modo en que se produce y reproduce el *régimen de verdad penitenciaria*².

Para ello, planteamos la necesidad de fortalecer el principio del *derecho penal de acto*, con el fin de contener los discursos de peligrosidad y propiciar herramientas para la práctica judicial en vistas del horizonte acusatorio adversarial de los procesos de reforma procesal, tanto provinciales como a nivel federal. Se propone así una redefinición de esa relación, la conversión del juicio de peligrosidad en *derecho de reinserción social* para variar la lógica y habilitar otros mecanismos de intervención. La litigación de la ejecución de la pena, desde un saber jurídico en clave convencional y constitucional, exige un proceso acusatorio, oral y construido sobre el derecho penal de acto. La pertinencia de la propuesta se inscribe en la existencia de un área de vacancia en la materia, tanto en la práctica y en la doctrina como en la formación jurídica. El proyecto de investigación persigue retroalimentar al plan de estudios y, en particular, a los talleres de ejecución de la pena, como espacios para trabajar en pruebas piloto de la propuesta de investigación y de formación para el litigio.

Transformar el régimen de verdad penitenciaria

Pese a haberse consagrado de forma incipiente el *control judicial* de la pena en manos del juez o jueza de ejecución penal (cfr. Ley 23.984, B.O. 5/9/1992) y más tarde la judicialización de dicha etapa (Ley 24.660, Art. 3, B.O. 8/7/1996), la concentración de poder de la ad-

² El equipo de investigación está integrado por Laura Vera, Daniela Dibilio, Marcos Caffarena, Máximo Lanusse Noguera, Romina Donaire, Mirna Campos, Thomas Polak e Iván Jacobo Selser, este último tiene una Beca de Estímulo a las Vocaciones Científicas del Consejo Interuniversitario Nacional (EVC – CIN) en el marco del proyecto.

ministración se limitó a la actuación de un tribunal con escasa intervención y nula actividad de las partes (Mappelli Caffarena, 1995; Rusconi y Salt, 1989). La ejecución se restringió a un proceso residual del sistema inquisitivo sobre cuya representación escrita predomina la legitimación del discurso resocializador, en tanto la información que se introduce al proceso es solo aquella que la institución produce sin control y las partes solo se limitan a analizarla, pese a que la Corte destacó en Romero Cacharane el alcance del principio de judicialización, lo cierto es que allí perdió una chance sustancial para considerar que la real aplicación efectiva de tal principio es solo posible en un sistema acusatorio. Sobre dicha crítica (Harfuch et. al, 2006: 129-153).

Este tipo de procesos, no obstante la permanente sospecha sobre la actividad de los gabinetes especializados encargados de emitir los dictámenes criminológicos³, es el vigente en la mayoría de los sistemas de administración de la justicia de ejecución penal de la región. En tanto, más allá de las antiquísimas intervenciones que al respecto supiera hacer Francesco Carrara sobre Karl Röder frente al positivismo criminológico, lo cierto es que aunque su instrumentación ha sido objeto de críticas, en particular desde mediados de los años 70 en adelante, estas poco han incidido en la jurisprudencia.

A pesar del progresivo empeoramiento de las posibilidades de reinserción y, atento el proceso de deterioro carcelario por situaciones estructurales, como hacinamiento, subalimentación, ínfima atención médica, inseguridad intramuros, y condiciones propias de las relaciones intramuros, delegación del tratamiento a la gestión evangélica, atribución de violencia a otras personas detenidas, no se advirtieron modificaciones que, desde una perspectiva judicial más

³ Diario Página 12. (2000, 14 de abril). *La corrupción carcelaria abre puertas impensadas*; Diario Clarín. (2004, 22 de agosto). *Libertad condicional: Un mecanismo bajo sospecha*; Diario Página 12. (2012, 5 de noviembre). *La libertad condicional y el linchamiento mediático*; Diario Clarín. (2014, 28 de noviembre). *Cómo se decide la libertad de un preso*; Diario Página 12. (2014, 9 de junio). *Mirando la paja en el ojo ajeno*.

amplia, pudieran revertir aspectos relacionados a la llamada *negociabilidad* de la pena (Pavarini, 2001) .

La ausencia de definición legal que precise qué se entiende por reinserción social, *taxatividad*, repercute en la dificultad sustancial para garantizar la no discriminación respecto de su contenido y la no vulneración de la autonomía personal o ámbito de reserva. En definitiva, impide conocer cuál es el objeto del litigio porque conspira contra la programación y verificación constitutiva de la contienda de las partes, fiscalizada por el Ministerio Público y resistida o contrapuesta por la defensa. Ello permite cuestionar que el principio rector de la ejecución estuviera debidamente garantizado y sujeto al debido proceso legal.

Tal como se conoce, el principio de reinserción social es utilizado en forma sistemática y recurrente para restringir derechos sobre una base que desvirtúa de cualquier parámetro objetivo la tarea de evaluar y calificar. No solo la utilización de su pronóstico, como resultado final de un proceso incierto, suele ser un dispositivo empleado por los servicios criminológicos para estigmatizar su conducta como desviada, sino que también las posibilidades de ampliar los medios para su realización, como sucede con el acceso a regímenes más autogestivos, son negados, circularmente, con la excusa de favorecer la reinserción social.

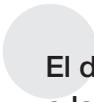
La ausencia de implementación legislativa que debiera regular para qué o con qué objetivo se define el proceso de ejecución de la pena atendiendo a cada persona, *verificabilidad*; los medios y el modo en que se adquiere información de la persona condenada, es decir, los límites formales a la averiguación de la verdad, cómo se produce y qué estándares de prueba se utilizan, *verificación*; y con qué criterios se analiza su proceso en relación a los medios y actividades realizadas, *juicio de comprobación*; resultan cuestiones que la doctrina procesal no ha abordado .

Si el contenido del discurso jurídico fue librado a cualquier *ideología re*, el principio constitucional que deriva en un derecho de la persona a recibir un trato sujeto a sus necesidades y demandas, fue inversamente manipulado por el interés concentrado de la institución

penitenciaria mediante un sistema inquisitorial de discrecionalidad administrativa que, por lo general, ha implicado una tendencia a encubrir sus omisiones con un discurso legitimado por la agencia judicial (Pitlevnik, 2020).

Frente a ello, desde el marco de una teoría de la responsabilidad punitiva que supone una posición de garante, el Estado no puede valerse del principio de reinserción social si no brinda los medios adecuados para su realización o se vale de medio ilícitos o de condiciones que restringen su aplicación. A la vez, tampoco tiene contenido la función de las garantías penales y procesales que dan sustento a la judicialización si la reinserción social no está asociada al *hacer*, así como a la actividad del Estado.

Por ello, en contraposición a una perspectiva que reduce la valoración del concepto de reinserción social, una vez que se cumplió con el requisito temporal para requerir la información de la persona a los organismos criminológicos (Juntas de Selección, Consejos Correccionales, etcétera).



**El deterioro de un centro de detención
o la omisión de tratamiento puede operar
de modo totalmente inverso al señalado
por el principio de reinserción social.**

En tal sentido, en ese proceso se juegan muchísimas cuestiones, puede implicar situaciones de mayor vulnerabilidad social que aquella existente al ingreso de la persona al penal o, que de modo contrario al principio, tienda a reforzar la desviación de conductas frente a la defensa que debe realizarse a ciertas condiciones degradantes, *violencia estructural*, y abusivas respecto de las relaciones intramuros, *violencia interna*.

De este modo, la realización del fin que tiene la ejecución penal no es puesta en cuestión desde la pregunta e interpelación acerca de las condiciones carcelarias, que en casi todas las ocasiones restringen

su aplicación. De hecho, progresivamente, la situación tiende a tornarse más restrictiva, sin analizar la correlación, posiblemente inversa, entre el trato otorgado y la aspiración de reinserción social. Por ende, ante la jerarquía supralegal que la impone como supuesta finalidad esencial del régimen penitenciario se exige determinar qué contenido otorgar a este principio. Es que si, por contrario, aquel régimen se contrapone a tal fin y, por lo tanto, el tiempo de prisión erosiona su realización concreta, se vuelve una contradicción que es preciso tornar operativa mediante el litigio de la ejecución de la pena⁴.

Ponderando todo el proceso de crítica al concepto asociado con un tratamiento coactivo, manipulador de la personalidad o ajeno a toda realidad de la situación penitenciaria, la necesidad de su reelaboración a fin de no prescindir la operatividad de la cláusula constitucional vigente, exige la construcción racional de una teoría ejecutiva que proporcione y regule formas de trato no sujetos a aquella ideología positivista, sino que articule una interpretación compatible con todo el programa internacional de protección de los derechos de la persona privada de libertad relacionado con un trato digno.

⁴ El alcance convencional respecto de lo normado en el artículo 5, apartado 6 fue materia de análisis reciente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a condiciones carcelarias degradantes por superpoblación, entre otras características, en el precedente caso Plácido Sá Carvalho. Por primera vez, la Corte estableció la necesidad de atender al contenido del principio de reinserción social respecto al resultado de una pena que, al ser más gravosa y aunque esté sujeta a un cálculo proporcional razonable a ese mayor sufrimiento, debe continuar cumpliéndose en un penal cuyas condiciones son opuestas a su realización. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 22 de noviembre). *Plácido Sá Carvalho* (párr. 127). [Sentencia].

Acerca de lo que se juzga en la ejecución penal

Puede decirse que el modo en que el Estado castiga y determina ciertas condiciones carcelarias constituye una vía fundamental para comprender el propio proceso de ejecución penal. En tal sentido, nos interesa conformar un modelo de análisis que permita distinguir la responsabilidad del individuo penado respecto de los objetivos de un tratamiento que existió en favor del mismo, así como el incumplimiento del Estado por un trato que nunca aplicó o que se hizo con fines custodiales o sin perspectiva de reinserción social.

Justamente, el alcance de la realización del principio para estar sujeto a un debido proceso dependerá centralmente de modalidades de trato que el Estado implemente regularmente sobre la persona condenada sujeto tanto a condiciones estructurales del penal que lo aloja y, a la vez, a restricciones propias en relación a la persona y el vínculo de sujeción con el personal penitenciario⁵. El debido proceso se consagra en tanto esa actividad se encuentre regida a los objetivos de un tratamiento programado e individual (Ley 24.660, Art. 5, primera parte) que sea adecuado a las “condiciones personales, intereses y necesidades durante la internación o al momento del egreso” (Art. 5, tercera parte) y que, conforme a un determinado tratamiento, se pueda concluir en un pronóstico asertivo o no respecto de la reinserción social.

⁵ Esta es la doctrina que invocara la Corte Suprema de la Nación en *Romero Cacharane*, consid. 16°, al señalar: “Que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía”. Ver en Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2003, 9 de marzo). *Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal*.

Para dicho cometido, la ley establece que la pena esté exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero además, se impone la instrumentación de programas de asistencia y tratamiento enfocados en preservar o reforzar la continuidad de vínculos familiares, educacionales y laborales. Con ello, también se exige priorizar el interés y la comprensión de la persona respecto al contenido del tratamiento, al punto de que la ley expresamente requiere su activa participación (Art. 6, segunda parte).

Para que así se garantice, la ley coloca en varias personas la responsabilidad de realización de este proceso, sobre todo quien se hace cargo del organismo técnico criminológico del penal y quien debe planificar un programa de tratamiento, previo a cumplir con un diagnóstico y pronóstico criminológico durante el período de observación (Art. 13a). De este proceso dependerán muchas cosas, en particular que las características del lugar de alojamiento estén acordes a aquel proceso (Apartado C), en tanto puede resultar contraproducente a los objetivos o realización del programa.

De este modo, la posición de garante se direcciona exclusivamente en el servicio penitenciario quién tiene “la conducción, desarrollo y supervisión” de las actividades (Art. 10) cuyo derecho de defensa debe estar supeditado a que tal actividad exista y tenga contenido operativo para garantizar el principio de reinserción social.

Quien se responsabiliza del organismo criminológico debe verificar ese proceso, actividad que también debe controlar el juez o jueza cada seis meses (Art. 208) y actualizar su contenido (Art. 7, puntos 1 y 27, primera parte), aunque debería hacerse y sostenerse bajo impulso del Ministerio Público Fiscal, con la asunción del costo correlativo a la hora del litigio en caso contrario. Por lo tanto, la no realización de un programa de trato o la relación de los medios utilizados con su objetivo, como también la restricción parcial o total de los mismos de las actividades emprendidas, requiere de cierta verificación como pauta elemental del debido proceso legal.

Este debido proceso puede no ser cumplido por quien tiene la posición de garante de proteger el derecho a un pena sujeta a la

realización de un proceso cuyo finalidad sea la reinserción social. Sin embargo, es algo que no suele ser detectado ni adquiere previsiones en la legislación al no preverse qué consecuencias jurídicas tiene que el trato no sea resocializador por las condiciones que le impone al condenado, por falta de programación o actualización o que aquellas actividades asignadas que realice, sea por limitaciones estructurales o por cupo o elección, no sean eficaces respecto de una posterior evaluación criminológica.

Propio de una concepción en la que el control del proceso lo tiene la administración penitenciaria, el tribunal se remite a estos, tal como hemos indicado en el punto anterior. Sucede que la programación habitual que agentes jurídicos tienen respecto de tal proceso es limitar el control al resultado de una información que se brindará regida por aquel término que la ley pauta de modo lineal en un período cronológico determinado: la mitad de la condena para los casos en que proceda así las salidas transitorias, dos tercios para la libertad condicional, o tres meses antes del agotamiento para la libertad asistida.

Ello ha implicado el efecto de la superproducción de informes criminológicos, lo que reproduce a niveles elevados las demandas en que los mismos se requieren en la medida que la persona va cumpliendo los plazos consagrados en el régimen de progresividad para determinar el egreso o no anticipado, o transitorio, durante la ejecución de la condena. Si la información no está sujeta a la determinación de las partes, no es precisada por la acusación y carece de reglas que determinen con alguna precisión su contenido (lo verificable), todo se limita al discurso producido por los organismos criminológicos de la administración y el tiempo del proceso se consume a la espera de esa información.

En el marco de dicha concepción suele desconocerse cuál ha sido el contenido de esa actividad de la administración previa a ese plazo o de qué modo las condiciones carcelarias pudieron ser favorables o no respecto de la realización de los objetivos de la pena. Bajo estas características, el trato arbitrario adquiere connotaciones relativas

al poder concentrado de la administración penitenciaria. En primer lugar por imponer condiciones materiales en que cualquier expectativa de un pronóstico de reinserción social resultaría de imposible realización o que, de otro modo, no exista trato penitenciario, entendido como aquel previamente definido y dirigido por el servicio correccional o grupo de seguimiento y tratamiento.

En consecuencia, se propone dotar de contenido al principio de reinserción social con vista a dos objetivos: detectar los casos en que el Estado mediante sus servicios criminológicos, lo utiliza en perjuicio de la persona condenada, fuera de las previsiones legales y normas de trato, por cuanto ello, al no indagar en aquellas omisiones, acarrea restricciones arbitrarias; en ese mismo sentido, señalar que si el Estado se valió de medios ilícitos durante la ejecución penal, la pena de contenido antijurídico, por dosis de dolor que agraven ilegítimamente la privación de libertad ambulatoria prevista en la ley, impide su medida lineal y aritmética con horizonte restrictivo.

El derecho a la reinserción social no es más que aquello que pretende restringir la laxitud de su concepto que en definitiva lleva a su utilización antijurídica. Ello obliga a determinar el tipo de consecuencias dogmáticas que su contenido requiere como base de su estructura e interpretación de modo que la información relevante gire de los juicios de peligrosidad y de pronóstico a su relación con las actividades y medios que se implementaran o no para su concreción. De tal modo, el alcance que le otorgamos al principio permite su vinculación pragmática con los presupuestos de un debido proceso legal y no sujeto a un juicio arbitrario⁶.

⁶ La Corte Suprema ha sido contundente en este sentido al definir como estándar de interpretación que “la reinserción social del penado resulta indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo ‘superior’. Empero, no por su elevado emplazamiento dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro”. Ver en Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2011, 1 de noviembre). Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación (M. 821. XLIII).

Por lo tanto, se trata de quebrar el dispositivo que lo centra en los discursos producto del régimen de verdad de los informes criminológicos. Para ello, es necesario trabajar el principio en la dirección opuesta a tal decisionismo penitenciario, es decir, delimitar el objeto del proceso a través de actos verificables que precisen la actividad del Estado, sus compromisos y las realizaciones, y el comportamiento de la persona en relación a ello. Así permitirá contrastar los medios que tal principio conlleva en beneficio de la persona, *trato digno*, con las condiciones de detención y la propia operatividad en sentido inverso que habitualmente pretende el sistema penitenciario con su producción de verdad⁷.

Así, el principio de reinserción social no se encontraría *en abstracto* sujeto al proceso de conmensuración que determina los plazos sobre los cuales se definirá la información que la administración realiza de la persona en términos de un pronóstico reinsertivo, equivalencia de la ejecución con la medida penal, sino que al contrario, indicaría la pena *en concreto*, vinculando el momento ejecutivo a su dinámica: ejecución y condiciones carcelarias.

De esta manera, veremos que el contenido del principio, en sentido constitucional y convencional, invertirá la presunción que actualmente opera en favor de quién tiene la carga de ejercer la posición de garante en el sentido de verificar que: la pena (no) se ejecuta dentro del marco de las restricciones inherentes a la privación de libertad; que las condiciones de trato (no) están direccionadas con un objetivo definido en el período de observación; que este (no) fuera aplicado respetando las necesidades y demandas de la persona; y que las actividades (no) resulten realizadas y empleadas conforme su programación.

⁷ El decisionismo se refleja en la desvalorización del papel de la ley respecto de las directivas de trato que le imponen al servicio penitenciario, la prescripción de un previo diagnóstico sobre la persona y la correspondencia del trato con sus necesidades y demandas, lo que implica un limitado uso de la verificación de objetivos impuestos y programación de los mismos. En torno al alcance de tal noción, ver Ferrajoli, L., 2001:41.

El contenido verificable del trato penitenciario durante el proceso de ejecución

Los cuatro presupuestos anteriores que delimitan ciertas garantías del debido proceso legal son constitutivos de una teoría de la ejecución penal cuya realización no se reduce a las condiciones formales de trato que la ley prescribe, sino que responde al contenido de las variables cualitativas que presuponen su incumplimiento durante la pena. Por ello, para no ignorar las normas de máxima jerarquía, se impone una respuesta desde la doctrina jurídico penal que brinde herramientas para someter a un proceso cognoscitivo, a escrutinio estricto, la responsabilidad que el Estado tiene con relación a la reinserción social⁸.

La reinserción no es un deber sino un derecho, como tal, es preciso revisar el modo en que se lo hace operar en la práctica en contra de la persona condenado.

Para su identificación debe considerarse que, en primer término, si no hay una programación, en tanto individual, certera y previsible, definida en los objetivos que ese trato tenga con relación a la finalidad de reinserción social no hay trato penitenciario sujeto a verificación o actualización (Art. 13d, 27 y 86d), ni tampoco en la posible realización final de un pronóstico de reinserción social (Art. 13 Código Penal).

⁸ Sobre esta responsabilidad se expidió la Corte Suprema de Justicia en *Badin*, al referirse a: “*Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa*”. Ver **Corte Suprema de Justicia de la Nación**. (n.d.). *Badin, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y perjuicios* (considerando 9°, S.C.J.B.A., C. 87.463). [Sentencia 27/6/2012].

Por lo tanto, determinar esas modalidades de ejecución legal de la pena, delimitar la relación del régimen de aplicación con los objetivos impuestos e incluso controlar la realización de los medios para la satisfacción de estos, resultan presupuestos de verificación que le dan contenido a la realización o no del principio. Este alcance de la verificación está estrictamente vinculado al control de los plazos en el proceso de individualización penitenciaria.

En primer lugar, porque este proceso explicita la actividad de la administración dentro de un plazo delimitado en seis meses (Art. 27), que es el periodo en que el servicio penitenciario está compelido a determinar la eficacia de los objetivos impuestos y, en su caso, posibilitar que las partes sujeten la impugnación de los mismos a las condiciones carcelarias o la inadecuación de los medios existentes para su logro. Por ello, en este proceso, la noción de plazo debe atenderse a la regulación jurídica del tiempo o períodos temporales dentro de los cuales el Estado, mediante su posición de garante, dispone de mecanismos de *realización* de tales objetivos, verificarlos y actualizarlos, y de *evitación o prevención* de la conculcación de los mismos.

La razón de ser de la existencia de aquello es que, una vez delimitados los objetivos del trato penitenciario, el punto de partida es la permanencia en el tiempo de ciertas actividades combinadas mediante acciones u omisiones que corresponden a las diferentes secciones de los Servicios Criminológicos. En tal sentido, también cabe sobre ellos la responsabilidad de petitionar la modificación de los mismos en caso que las circunstancias personales o de prisión de la persona detenida contradigan su realización efectiva o sea contraproducente, como así también deberá proponer otros objetivos atendiendo a nuevas necesidades.

Los plazos definen un proceso de verificación en la realización o afectación de los objetivos, que opera como garantía del principio de reinserción social, en tanto permita precisar el modo en que el servicio penitenciario cumple su realización con el programa de actividades y objetivos que debieron ser delimitados con anterioridad. En

cuanto a esto, posiciona el contradictorio entre las partes del proceso, qué tratos, qué programación y formas de verificación y actualización se cumplieron, como una oportunidad de litigar e incidir en la ejecución de la pena, además de redistribuir, en la rendición de cuentas, la responsabilidad. Por lo tanto, en la ejecución penal, los plazos son de actividad cuando indican el espacio de tiempo o lapso dentro del cual se debe realizar acciones de verificación de los objetivos del trato.

En segundo orden, a diferencia de un proceso final sujeto a medición o pronóstico sobre el cual se utilice la norma convencional de reinserción social, aquí lo relevante, es justamente el debido proceso anterior respecto del control de la actividad del Estado en el trato aplicado; es decir, aquel proceso previo al cumplimiento del plazo legal regulado por los períodos y modalidades del régimen de progresividad, prueba, salidas transitorias, libertad condicional o asistida, en donde será necesario evaluar el tipo de actividades emprendida por la administración respecto de los objetivos determinados en el proceso de verificación.

Por ende, puede decirse que el servicio penitenciario a través de sus organismos técnicos criminológicos no solo debe aplicar modalidades de trato conducentes a la finalidad prevista, lo que indica la posibilidad contraria, sino que también está obligado a verificar y actualizar ese tratamiento, debiendo esa actividad efectuarse como mínimo, cada seis meses (Art. 27). Si la actividad fue parcial o nula, el dictamen criminológico del servicio penitenciario carecerá de validez; será incluso cuestionable la labor de la acusación en no haber fiscalizado tales acciones, contraponiéndose a los requerimientos que este haya postulado inicialmente, careciendo de pruebas que aseveren la debida competencia del Estado en el caso.

Claro es que el procedimiento de ejecución penal no se caracteriza porque ese modo de intervención, que incluye tratamiento, programación, verificación y actualización, esté dirigido a la regulación de actos procesales, en tanto este proceso no se disciplina por la ley

ni se integra con un procedimiento que culmina con la intervención y decisión judicial, lo que sí ocurre en las incidencias relativas a los pedidos de salidas anticipadas o egresos transitorios. Pero ello no implica desvirtuar una regulación jurídica del proceso, en la medida en que define la permanencia en el tiempo de ciertas actividades que está obligada a realizar la administración y sobre la cual el Estado es garante.

Para el adecuado alcance del principio de reinserción social el debido proceso de ejecución penal supone una secuencia temporal de actos que le impone al Estado un plazo cierto y final respecto a la evaluación de su actividad con relación a los fines del proceso, no solo a partir de la culminación del período de tratamiento y alcanzado el plazo de cada uno de los institutos de libertad atenuada o anticipada, sino también en el proceso de realización de las acciones tendientes a verificar el tipo o modalidad de trato aplicado conforme ciertos objetivos determinados por un programa.

Así, a través de dicha regulación temporal, se abre la posibilidad de garantizar a la persona condenada un avance paulatino en el régimen penitenciario por las distintas fases y períodos que la ley define, en tanto se sustente por determinada actividad del Estado que respete un conjunto de estándares objetivos, de mínimo trato respecto a los derechos individuales; y subjetivo, de satisfacción personal con relación a la reintegración social, que deben ser objeto de un debate contradictorio y decisión jurisdiccional.

El contenido del proceso en la ejecución penal tiene como objeto el desarrollo secuencial de actividades por parte del Estado, que generen las condiciones puestas al servicio de implementar los objetivos delimitados para la pena en cada caso particular. De esta manera ya no se trata de mera duración y de juicios de pronóstico, peligrosidad y posible reinserción, arbitrarios, sino de una cualificación de ese tiempo. En relación a esto, todo proceso de ejecución debe estar sujeto a una actividad penitenciaria delimitada al logro de ciertos objetivos mínimos sujeto a su valoración en períodos delimitados, tratamiento, prueba o libertad condicional, debiendo considerarse durante ese proceso las razones del fracaso o

incompatibilidad de esa actividad sobre la base de la razonabilidad de los medios empleados respecto de los objetivos establecidos.

El principio de acto sujeto al alcance de la reinserción social

De todo lo anterior, se deriva que no es factible comprender una teoría ejecutiva de la pena compatible con el Estado de Derecho sin integrar el debido proceso legal alrededor del principio constitucional de acto, cuyo horizonte es cognoscitivo, no decisionista. No solo el principio de legalidad ejecutiva consagra la prohibición de una pena más gravosa, sino que toda estructura que delimita la regulación temporal del proceso de ejecución para la realización del ideal resocializador, en consonancia con la progresividad, debe estar sujeta a las acciones de las personas condenadas en relación a un marco legal condicionado al trato propuesto. Es decir, frente a los objetivos impuestos en un determinado programa de tratamiento penitenciario, estructura de hecho, las acciones podrán ser consideradas en favor o no de la reinserción social.

De este modo, el acento colocado en la acción excluye del ámbito de las prohibiciones y mandatos, toda clase de actos internos, como los meros pensamientos, las intenciones, los propósitos perversos, las motivaciones o sentimientos viles, los rasgos de carácter o de personalidad.

En tal sentido, el tiempo de prisión como manifestación del trato y las condiciones carcelarias impuestas aparecen centrales con relación también a la respuesta del comportamiento de la persona en cierto contexto existencial: no es lo mismo observar los reglamentos carcelarios en un pabellón con un índice superior al 100 por ciento de superpoblación que hacerlo en un régimen abierto sin ese condicionamiento. Ello es relevante, por ejemplo, a la hora de interrogar la voluntad del interno de realizar una terapia programada para tratar

determinada cuestión o cuestiones de su personalidad. De allí la importancia de no cargarle finalmente y en forma unilateral a este su fracaso en ese objetivo⁹.

Por otro lado, sea que, en términos amplios se defina el alcance de aquel programa en una actividad de formación o educativa cuyo objetivo implique alcanzar cierta instancia de realización personal, por ejemplo, terminar el secundario; o su inserción a un programa de tratamiento asistencial, lo cierto es que en uno y otro caso, los objetivos tendrán un contenido verificable sobre el cual se puedan cotejar los medios implementados y sostenidos en el tiempo por el servicio penitenciario, lo que excluye toda restricción arbitraria o cese inmotivado de las actividades, y la conducta de la persona respecto de estos.

Si bien el programa puede estar delimitado en cuestiones terapéuticas asistenciales orientado a su inserción laboral o aprendizaje, este dispositivo requiere, para su eficacia, de la demanda o necesidad de la persona, quien también podría rechazarlo. Lo cierto es que en uno y otro caso lo que define sus características es la entidad verificable de todo lo que gira en relación a ese objetivo definido, sobre el cual realizarse el contradictorio de las partes y la publicidad del mismo mediante la intermediación ante el juez o jueza en audiencia oral.

⁹ Mario Juliano pregunta, ¿existe el deber de resocializarse? La hipótesis es que el fracaso en la tarea resocializadora solo puede ser atribuido al Estado. Lo contrario, que el fracaso resocializador debe ser soportado por el propio privado de la libertad, implicaría admitir que la persona interna, además de poner a disposición del Estado su cuerpo, su tiempo y su libertad, también debería hacerse cargo de la tarea resocializadora, consistente en alcanzar ciertos objetivos, que materialmente no pueden estar a su cargo, ya que ello comportaría desligar de toda función a quien lo encarceló con el pretexto de la consecución de esos propósitos. Dicho con otras palabras, si resocializarse fuese una responsabilidad exclusiva de la persona presa, deberíamos admitir el vaciamiento de contenido de la manda constitucional y convencional y que el Estado solamente debería restringirse a la mera privación de la libertad como castigo. Y estamos convencidos que eso no puede ser de ninguna manera así. Ver Juliano, M. (2016). ¿Existe el deber de resocializarse? En *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>.

El acto penalmente relevante, para otorgarle algún contenido de re-inscripción social exige ser informado por un objetivo previo a un proceso de observación dentro del alcance que establece el Art. 13 de la ley, conforme su actual reforma por la Ley 27.375. Esto es, en respuesta a ciertas necesidades y demandas de la persona, previamente conocidas por su defensa y respecto de ello, la oferta de un cierto trato correspondiente a una evaluación previa. Deberá el tribunal, previo conocimiento del contenido de ese trato por parte del servicio penitenciario, resolver sobre la base de los objetivos, medios y acciones programáticas que determinan el régimen concreto aplicado a la persona.

En esta línea, el juicio de valor deberá corresponderse con la actividad de los medios que el Estado aplique para su realización y el comportamiento frente a estos, aspecto que no solo depende de los medios sino de las circunstancias más estructurales del lugar de alojamiento, como la superpoblación y los niveles de violencia. El litigio será la oportunidad para su verificación en un marco de suficientes garantías sobre la calidad de la información para la comprobación de tales circunstancias: contradicción, publicidad, inmediatez, audiencia e imparcialidad.

Por lo tanto, la noción de hecho en el proceso de ejecución debe corresponderse como una secuencia de actos que el Estado se encuentra compelido a realizar de acuerdo a una posición de garante. Su aplicación debe ser regulada por estándares mínimos que tiendan a garantizar el cumplimiento de los programas y los objetivos que la ejecución de la pena supone. Asimismo, está sometido a un plazo cierto y previo respecto de las actividades que tienen los grupos criminológicos y el personal de asistencia y tratamiento¹⁰.

¹⁰ La asistencia y el tratamiento son acciones programadas que lleva adelante el personal penitenciario con la participación activa de los sujetos procesados y condenados. La asistencia consiste en el acompañamiento-apoyo del sujeto para la satisfacción de sus necesidades y el desarrollo de sus potencialidades educativas, laborales, creativas. El tratamiento se suma a la asistencia, solo en aquellos casos en el fuese necesario modificar actitudes del interno tendiendo al logro de la conciencia crítica y de la autocontención, de acuerdo a un diagnóstico previo y su voluntad permanente.

Ese proceso no es *debido*, si la actividad penitenciaria ha restringido arbitrariamente los derechos de las personas privadas de libertad y su actividad no ha estado sujeta a los estándares indicados respecto de su posición de garante, por ejemplo, falta de personal, irregularidad en el tratamiento o aplicación de restricciones burocráticas de carácter arbitrario.

Tampoco si las acciones empleadas, como por ejemplo la ubicación del condenado en un determinado sector o el retroceso en el régimen, no se correspondieran con la posibilidad cierta de realización de los objetivos o implementación del programa¹¹. Es decir, no se trata solo de si el Estado empleó o no los medios correspondientes a la actividad conducente para tal objetivo o programación, sino que, a su vez, puede que tengan injerencia modalidades de tratos arbitrarios, debiendo estos ser analizados respecto de su contenido y consecuencias.

En otro orden, la categoría de *acto*, propia del acto o exterioridad como derivación del Art. 19 de la Constitución Nacional, debe ser anudada a la de *trato digno, adecuado y realizable*, concentrada no solo en la definición de un tratamiento previamente delimitado en el inicio del proceso sino centrada en la actividad de la persona condenada conforme los medios otorgados y no aquello que es como persona¹².

¹¹ El alojamiento según la ley se corresponde a la clasificación efectuada por el Grupo de Admisión y Seguimiento o Servicio Criminológico. El alojamiento en un pabellón determinado debe corresponderse a un programa de acción. Es el punto de partida en el programa progresivo diseñado para el caso individual.

¹² En tal sentido, tal como entiende Magariños “es imprescindible el complemento que al principio de acto le otorga la exigencia del carácter público que deben presentar las decisiones de voluntad exteriorizadas para ser materia de prohibición legal. Ese segundo requisito fue consagrado por el constituyente argentino mediante la exclusión del marco legal de aquellas acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero [...]. La norma argentina establece así dos límites al poder estatal” (2008: 35).

Ya nuestra Corte Suprema ha sido clara en que la reinserción social como principio rector del sistema supone previamente *una política penitenciaria* que garantice normas de trato respetuosas de la dignidad de las personas privadas de libertad¹³. Por ende, partiendo de la base que los principios de derechos humanos configuran una unidad interpretativa no sería legítimo sostener la reforma del penado o su reintegración social, si el Estado ha trascendido las propias limitaciones en el modo de castigar a través de penas ilícitas por la forma de ejecución.

Tal proceso debe comprenderse a través de una interpretación sistemática del artículo 5 de la Convención Americana, y el artículo 10 del Pacto Internacional (PIDCyP), que se complementa con el artículo 7, y todo el sistema de *soft law* que rige el sistema de protección de la ejecución penal. Es decir, si bien el sistema normativo comprende un sinnúmero de normas, lo cierto es que el artículo 5 “permite trabajar mediante una consideración exegética y preordenada de cada uno de sus cláusulas, las que comprende y permite un análisis sistemático con las demás”.

La existencia de un trato humano se circunscribe al principio de legalidad ejecutiva, en tanto supone un trato que sea respetuoso de la integridad física, psíquica y moral del condenado (Art. 5, apartado 1) y, en tal sentido, supone la prohibición de un trato cruel, inhumano o degradante (Art. 5, apartado 2) o que sin serlo, sea lesivo, trascendiendo a terceros (Art. 5, apartado 3), sobre los cuales adquiere significación la contención y el resguardo mismo que conlleva la reintegración en el medio social (Art. 5, apartado 6).

Si el Estado incumple esas normas sobre las que configura su posición de garante, el proceso debe garantizar ciertas consecuencias

¹³ “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirve las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa” (CSJN, 2002: 318).

jurídicas para evitar la equiparación de una pena ilícita con una lícita.

Esto ofrece una base convencional y legal que permite una delimitada estructura cognoscitiva que la pena debe tener durante su ejecución. Define el hecho fáctico del trato punitivo que “debe conducir a la delimitación de un objetivo cierto, verificable y actualizable sobre el cual se deben integrar todas las actividades o medios de tratamiento interdisciplinario” (Art. 1, segunda parte), para de este modo atender a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso (Art. 5, tercera parte).

De acuerdo a ello, la correlativa judicialización no puede sustraerse de aquel *ius-dicere*, tal como entiende Ferrajoli. Es decir, a la afirmación, la comprobación y la cualidad jurídica del hecho que de acuerdo a nuestra postura en la ejecución penitenciaria no es otra cosa que la actividad que el Estado debe emprender respecto de un trato digno sometido a un régimen que debe ser progresivo. Conforme su alcance, sujeto a un objetivo específico de trato, este siempre deberá permanecer adecuado y realizable, en tanto solo de ese modo el Estado se encuentra autorizado para realizar un pronóstico de reinserción social a través de sus evaluadores.

La estructura del proceso sobre la base del principio de acto o hecho es el núcleo que le concede sentido material y garantista, por cuanto habilita un ejercicio de control jurisdiccional sobre los múltiples actos que lo integran durante el transcurso del tiempo de prisión. Por lo tanto, para una definición de aquel hacer o acto relativo al contenido de la pena, es preciso reparar en que se trata de un suceso histórico de posibilidad variable y por ende, dinámico, respecto de las circunstancias y contingencia que suceden en relación a aspectos objetivos, *condiciones de encierro*, y subjetivos, *circunstancias personales del penado*. Por ese motivo su contenido deberá precisarse y ser controvertido por las partes, en miras de determinar las posibilidades concretas del proceso de cumplir con los fines dispuestos.

Mientras el contenido del *acto* o *hecho*, en sentido procesal penal comprende una unidad fáctica, representa un proceso de vida unitario, un suceso histórico único (Roxin, 2003), el coeficiente de adversidad en la ejecución penal, tiene que ver con que las características del proceso son inversas y tiende a revelar las contingencias propias que integran el contenido del tiempo de prisión.

Definición del contenido del principio de reinserción social

La reinserción social puede y debe contrastarse con la pena carcelaria efectiva. En todo proceso temporal de la ejecución se exige determinar si el período de tiempo conducente al plazo impuesto para el rendimiento del principio pudiera resultar o no conducente a su concreción. Esto, luego de evaluar: la situación de la unidad penal, en particular la sobrepoblación y la relación con el personal disponible que actúa en los servicios correccionales; los medios disponibles en cuanto cupo, vacantes y mecanismos terapéuticos asistenciales como profesionales en psicología; lo que fuera propio respecto de las actividades del régimen penitenciario, tales como trabajo, educación y actividades culturales.

Por su parte, la categoría de *acto* o *hecho* no puede remitir exclusivamente a un comportamiento de la persona recluida, aún frente a un resultado negativo en la evaluación de un cambio en el individuo, en su personalidad o en su estructura individual, de acuerdo a criterios de peligrosidad de autor. También la estructura de esta categoría en el proceso de reinserción social supone un filtro de culpabilidad respecto a la imposibilidad de exigir al condenado el cumplimiento de objetivos que se tornen de imposible realización por obstáculos provocados: aislamiento, traslados.

El debido proceso en la ejecución penal no es otro que el de garantizar un trato humano y digno, pues sin tal presupuesto, no hay

realización del principio de reinserción social¹⁴. Pero a la vez, debe ser realizable, sujeto a la capacidad real de los medios que resultan disponibles con relación a la situación de la unidad penal que lo aloja.

En tal sentido, el objetivo de la ejecución penal debe ser la manifestación de una base fáctica verificable, susceptible de prueba y determinada por el control empírico de la unidad carcelaria en que se aplica. Ello de modo de posibilitar un proceso de cognición o comprobación, que tiene como presupuesto delimitar ciertos requisitos mínimos favorables al desarrollo de la persona durante su cumplimiento. Por ende, tal principio debe otorgar respuesta a supuestos en que la pena se ejecuta en condiciones opuestas a su realización.

De esta manera, se pretende regular el juicio de conocimiento de la ejecución mediante pautas que permitan evaluar y controlar con objetividad la actividad del Estado, las condiciones carcelarias y los métodos punitivos que relacionan y circunscriben la posición y disposición del condenado durante la ejecución penal (Vacani, 2012). Por lo tanto, desde un punto de vista agnóstico y negativo de la pena, el principio de reinserción social debe también atenuar y compensar el daño de la pena carcelaria por oposición a su contenido.

Las variables cualitativas de cómo y con qué efectos el trato punitivo se va manifestando en cada proceso temporal durante ciertos períodos de la ejecución penal resulta una herramienta de análisis sustancial que permita comprender un alcance más real y concreto del principio de reinserción social, de acuerdo a las manifestaciones que tenga el Estado respecto del grado de cumplimiento o no de su posición de garante.

¹⁴ Por tal razón, y en resguardo de tal principio, la Corte Interamericana ha considerado como estándar general que la persona privada de la libertad debe “vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”. Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, 19 de enero de 1995, párr. 60; caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 195; caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 78; caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. 87; caso *López Álvarez vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párrs. 105 y 106 y caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 86, entre otros.

Por ello, el régimen cognoscitivo de la pena no debe construirse sobre la base de las características personales del agente sino conforme a un trato delimitado objetivamente en el proceso judicial, que permita cuestionar los medios durante su aplicación, las condiciones carcelarias impuestas y descartar cualquier pretensión moralizante como eje correspondiente al proceso de verdad en la ejecución penal.

En este sentido, lo verificable responde a un trato posible y realizable, previamente determinado y sujeto a permanente control supervisión de acuerdo a las actividades que el Estado implementa. Las condiciones de trato deben tener el objetivo de satisfacer sus características personales, a saber dignidad propia, vínculo familiar y social, relaciones laborales o educativas y, por lo tanto, ser de utilidad en el proceso tendiente a su desarrollo en libertad.

Considerando la noción de *reforma* o *readaptación* sujeta a la interpretación de un trato humano, lo menos deteriorante y que trata de reducir la vulnerabilidad penal de la persona (Zaffaroni, 1995:127),, existen ciertos estándares negativos respecto a su realización: que tal proceso prescinda de acciones tendientes a restringir derechos propios al ámbito de reserva de la persona, derechos personales, sociales y económicos; que sean objeto de reproche solo aquellos actos correspondientes a las actividades vinculadas al programa de tratamiento y no aspectos ajenos, relativo a su persona o vínculos sociales o familiares; que ese programa sea constitutivo de acciones relacionadas a procesos más autogestivos de forma paulatina, debiendo existir correspondencia entre la finalidad de los objetivos y la limitación en el tiempo en regímenes contrario a su realización.

El debido proceso en la ejecución penal requiere de condiciones de verificación que *cumplan la función de regular el proceso de información*. Su estructuración alrededor de la categoría de hecho en las manifestaciones del trato punitivo del Estado y las condiciones carcelarias impuestas se orienta en ese sentido, porque presupone la delimitación de un trato realizable y cierto, supeditado a la intervención plena de las partes, defensa y fiscalía. Ello exige la

realización de un programa de intervención que delimite previamente los objetivos que deba tener la actividad penitenciaria respecto de un cierto plazo y las condiciones reales con que se cuentan para su aplicación.

Este proceso supone la verificación no solo de las necesidades y demandas de la persona, sino de la capacidad propia de la prisión dónde se aloja, por ejemplo, cupo existente para actividades laborales relacionados a la capacidad del recluso, posibilidad de oferta de cursos de formación relacionados a su interés, ciclos lectivos en curso relacionado con la escolaridad de la persona. Así es posible relacionar el alcance de las obligaciones del penado, su consentimiento respecto de éstas, y los fines de la pena con las limitaciones mismas que el penal que lo aloja predispone, ya sea por la cantidad de población, por el personal profesional disponible, por los cupos en las actividades laborales, etcétera.

Por lo tanto, el proceso de verificación debe ante todo delimitar la realidad primaria del lugar de cumplimiento de la pena y analizar las herramientas con que se cuenta para intervenir sobre la modalidad de ejecución que la pena pueda tener. Estas modalidades pueden variar acerca de las mismas contingencias del lugar de detención. Si la persona requiere de un programa de rehabilitación por su adicción al alcohol, deberá la fiscalía determinar qué medios cuenta la unidad penal para satisfacer tal demanda y mediante qué tipo de tratamiento será posible encauzarlo. La modalidad, en caso de cierto avance en el régimen, puede estar sujeta incluso a salidas periódicas si el penal no cuenta con esa condición de trato y sí este puede llevarse a cabo en cualquier centro de salud extramuros.

Una vez delimitada la discusión sobre la capacidad de respuesta del lugar de detención se deberá determinar los objetivos realizables que deba tener el programa de ejecución. Los objetivos deberán estar acotados a la realidad que se describiera de su situación y de acuerdo a la relación particular con el sujeto condenado, considerando todo el sistema de relaciones de sujeción existente según la situación de cada persona y del establecimiento penitenciario. Por lo

tanto, siempre deberá respetar esa limitación material para precisar el contenido de los objetivos, independientemente de la provisoriedad de los mismos y eventual modificación durante dicho proceso.

Conclusiones

Al mandato de reinserción social le toca hoy enfrentarse con las penas por las propias características que presentan la mayoría de las unidades penales de nuestro país y la región. Una prisión degradada que impone sistemáticamente penas ilícitas resulta parte de una situación dramática para el prestigio y la credibilidad de la ciencia jurídico penal.

En tal contexto, considero un imperativo ético de contención jurídica pensar la reinserción social en sentido negativo. Elaborar su alcance como principio en respuesta a los efectos de las prisiones crueles de nuestra región. Es una tarea de una dogmática jurídica conscientemente política acerca de la prisión comprender qué contenido se debe articular desde los saberes penales sobre tal principio, dada la situación de la generalidad de las prisiones, donde se imponen torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Su alcance en cada caso concreto debe ser articulado con otra matriz metodológica: ya no se trata de una ejecución de la pena que individualiza su aplicación tendiente a la reducción progresiva y lineal de la restricción de derechos a través de regímenes más atenuados y la aplicación de pregresos anticipados, sino que se impone desde una aplicación de castigo que define su forma de ejecución de modo cualitativamente más lesivo, convirtiendo al tiempo existencial del sujeto y las condiciones de encierro aplicadas el objeto principal de conocimiento.

Desde esta perspectiva, el alcance del principio reinserción social debe ser redefinido por un proceso cognoscitivo vinculado a la estructura de acto o hecho del proceso, el cual debe conceder sentido material a un procedimiento y a los múltiples actos que lo integran

durante el trascurso del tiempo de prisión. Deberá ser dinámico con relación a las condiciones de encierro y circunstancias personales del penado, cuya relación deberá precisarse respecto del trato que el Estado aplica.

De tal modo, la categoría de hecho en la ejecución penal parte de la hermenéutica de no concebir al recluso como objeto de intervención sino como sujeto de derechos, integrando una definición precisa y circunstanciada de los objetivos que el trato punitivo deberá tener sobre la persona.

Puede decirse que la reinserción social como finalidad esencial del proceso de ejecución no es sino un derecho de la persona condenada a que, en función de ese principio, le ampara un debido proceso legal caracterizado por un procedimiento que se encuentre delimitado por un conjunto de actividades del Estado que mediante los servicios criminológicos penitenciarios y supeditado a su debida contradicción y publicidad, ofrezca de acuerdo a la demanda y necesidades del interno la aplicación de un trato cierto, digno y realizable.

Derecho y educación

La educación como antídoto frente al dolor

Clara Olmos

A quienes estudian y resisten

El presente trabajo se enmarca dentro de mis primeros pasos como investigadora y, como tal, expresa un proceso, una artesanía intelectual en términos de Wright Mills en su obra *La imaginación sociológica* (1959). Si uso la imaginación para viajar a través del tiempo, diría que el comienzo de dicho proceso es anterior a mis inicios en la carrera de Derecho. Sin embargo, fueron las experiencias adquiridas en medio, y en la periferia, las que me formaron y posibilitaron que este decantara. Esas experiencias conforman un archivo de ideas, notas escritas en cuadernos y en el celular, lecturas, conversaciones con amigos y mentores, observaciones, convicciones y emociones.

Por ello, como una buena artesana y haciendo propia la convocatoria de Mills, en estas páginas evitaré los marcos rígidos para convertirme en mi propia metodóloga y así poder traducir mis inquietudes personales en problemas públicos, y los problemas públicos en los términos de su significación humana para la diversidad de individuos (1959: 158), es decir, hacer lugar a la imaginación sociológica.

Aquí intento sumergirme en las oscuridades del derecho penal para pensar si es posible, en alguna medida, surfearlas o resistirlas. Quien lee advertirá que parto de que esas sombras no pueden suprimirse del todo mientras el sistema penal exista. Aun así, y en consonancia con lo que plantea Gresham Sykes en su obra *La sociedad de los cautivos* (2017), creo que determinadas prácticas o espacios pueden mitigar los sufrimientos del encarcelamiento, entre ellas aparece la educación.

La educación devuelve, al menos por un momento, la libertad, la autonomía, la posibilidad de pensar por fuera de la lógica carcelaria. Le recuerda al sujeto su valor como fin en sí mismo, su dignidad. A su vez, la educación crea sujetos críticos capaces de pensar utopías y revoluciones. Es un espacio de creatividad, espontaneidad, encuentro, comunidad. Un espacio cruzado por la diversidad y el lenguaje. En esos encuentros contruidos por docentes y estudiantes, improvisamos, aprendemos y transformamos vidas.

En consecuencia, la educación resiste los dolores del encarcelamiento que actúan no solo a nivel físico sino al nivel del ser de la persona detenida. Desde el momento que ingresa a la cárcel la imagen que tiene de sí “como persona de valor — como un hombre adulto moralmente aceptable que puede afirmar, en alguna medida, merecer sus logros materiales y su fortaleza interna— empieza a flaquear y a debilitarse” (Sykes, 2017: 183). Sin embargo, la práctica educativa también es capaz de actuar al nivel del ser del sujeto y resistir los efectos del castigo.

Esa forma de resistencia produce efectos o contraefectos, si los pensamos como contrapartida del impacto del encarcelamiento,

frente al sufrimiento que conlleva de por sí la prisión. En un espacio de pérdidas, ausencias, negaciones, opresiones y exclusiones, se erige como un lugar que pone todo eso patas para arriba. En el intercambio con la otra persona y consigo mismo, quien se encuentra en detención recuerda los valores esenciales que tiene como ser humano, que pensaba había abandonado al cruzar las primeras rejas de la cárcel. Esa transformación en la percepción del afuera y del adentro deviene como antídoto al dolor y como proceso de restauración del conflicto.

Junto a una bibliografía diversa y, a partir de un modesto pero significativo trabajo de campo, intentaré recorrer un camino para dar respuesta a cuáles son esos efectos que origina la educación frente a la experiencia de dolor que se esconde intramuros. Resulta necesario aclarar que, a los fines de este capítulo, recorto temas que pueden ser objetos de estudio de otros análisis, sin embargo, no me es posible no mencionarlos ya que son los márgenes de lo que aquí pretendo desandar.

La educación devuelve, al menos por un momento, la libertad, la autonomía, la posibilidad de pensar por fuera de la lógica carcelaria.

Una inquietud que se traduce en una búsqueda

La elección del objeto de estudio surgió a partir de la inquietud puntual sobre cuáles son las prácticas que pretenden reducir la violencia dentro del espacio de prisión. En este sentido, mi indagación se volcará sobre la educación universitaria en contexto de encierro, específicamente aquellas prácticas educativas que se desarrollan en el Centro Universitario de Devoto (en adelante, Centro o CUD).

Desde el año 1985 funciona en la cárcel de Devoto un centro universitario donde las personas detenidas pueden cursar diversas carreras: Abogacía, Filosofía, Letras, Sociología, Psicología, Administración de empresas, Contador público; y asistir a diferentes cursos de extensión, como computación o informática. El Centro se crea a partir de las protestas de las personas presas que exigían estudiar y, a partir de gestiones; prácticas; encuentros, en un primer momento informales, que fueron la base para los convenios que luego se firmaron entre las autoridades de la Universidad de Buenos Aires y el Servicio Penitenciario Federal (Colombero, 2020; Rodríguez, 2006). La resolución 63 de febrero de 1986 acoge el convenio firmado bajo el número Exp n°15.559/68 que disponía: “los internos (procesados o condenados) alojados en Unidades del SPF, sin ningún tipo de discriminación, podrán iniciar y completar sus estudios universitarios” (Res 63/86, Exp n°15.559: 68). A partir de allí, de la mano de docentes que aceptaban ir a dar clases a la cárcel, coordinadores de la universidad y, principalmente, las personas detenidas, nace el Centro Universitario de Devoto como un espacio autogestivo construido por y para el estudiantado preso.

Me interesa pensar sobre si lo que sucede ahí, en ese espacio, en ese tiempo que transcurre mientras el estudiantado está en las aulas y en las instalaciones del Centro, se presenta como una práctica restaurativa y de resistencia dentro de la cárcel.

Según Ted Watchel, las prácticas restaurativas se pueden entender como procesos formales o informales que buscan reducir la violencia, los delitos, al mismo tiempo que forjan relaciones y crean un sentido de comunidad que conlleva intrínsecamente la disminución del conflicto (Watchel, 2015). Es importante mencionar que estas prácticas se enmarcan en una visión mayor de justicia restaurativa que observa a la justicia penal con una perspectiva de reparación del daño y alejada de la lógica del castigo o del dolor (2015). Las prácticas se presentan como una pieza fundamental a la hora de forjar y restaurar relaciones que se rompieron tanto por la comisión del delito como por la presencia de la cárcel como respuesta a ese delito (2015: 5). La restauración y la creación de relaciones y vínculos devienen en la formación de una comunidad que resulta esencial a la hora de manejar tensiones y conflictos (2015: 5).

La restauración y la creación de relaciones y vínculos devienen en la formación de una comunidad que resulta esencial a la hora de manejar tensiones y conflictos.

La educación se inserta en la definición de dichas prácticas, no solo como un ámbito que proporciona oportunidades para que las y los estudiantes compartan sentimientos, forjen relaciones y solucionen problemas (Watchel, 2015: 5), sino también como un espacio que reconfigura las interacciones entre personas presas y penitenciarias; y entre personas privadas de la libertad y docentes, que recrea el trabajo en equipo y que crea comunidad. No menos importante, la educación les permite a las personas privadas de su libertad “despejar la mente y hacer olvidar, aunque sea por un rato, la situación de encierro” (Gual y Colimedaglia, 2022: 13), a su vez que tiene una gran “importancia para una cierta redención dla persona detenida con sus familiares y que se presenta como una herramienta para mejorar la calidad de vida una vez recuperada su libertad” (Gual y Colimedaglia, 2022: 13).

La educación aparece como la posibilidad para construir vínculos con lógicas diferentes a las que imperan dentro de la prisión y como la dimensión donde puede modificarse la concepción del error, para aceptarlo, y donde se puede pensar, debatir y hablar libremente (Gual y Colimedaglia, 2022: 13), configurándose así como un antídoto ante el dolor que conlleva la experiencia carcelaria.

El horizonte

La educación aparece en el contexto de encierro como un analgésico¹ a los efectos de la prisión y se convierte en una práctica restaurativa que genera beneficios.

¹ Utilizo aquí analgésico como sinónimo de antídoto.

A su vez, la educación universitaria en la cárcel se muestra como un espacio en el cual adquirir herramientas de superación, teniendo en cuenta que el gran porcentaje de personas que terminan en la cárcel forman parte de colectivos vulnerabilizados que crecen en contextos de violencia estructural, donde uno de los factores criminógenos más característicos es que, usualmente, son personas que no terminaron el colegio primario o secundario.

El sustento material y existencial

Con el propósito de avanzar hacia alguna respuesta provisoria a la pregunta sobre los efectos positivos de la educación universitaria como práctica restaurativa y de resistencia en el contexto de encierro realicé una entrevista a Ramiro Gual, docente del Centro Universitario de Devoto e investigador de cárceles. Esta será semiabierta, a fin de guiar la conversación sobre el tema de este trabajo y dejar espacio para aquellas cuestiones que surjan como consecuencia de su gran trayectoria sobre esta temática. Considero que la experiencia de un docente que va todas las semanas a dar clases a Devoto desde hace años y que, a su vez, ha investigado sobre prisiones, servirá efectivamente para indagar sobre los nombrados efectos. La entrevista puede encontrarse en el Anexo 1.

También utilizaré un registro de campo realizado en el Centro Universitario de Devoto en el marco de la materia Derechos Humanos y Garantías de la carrera de Abogacía del programa UBA XXII. Este método fue pensado porque para responder la pregunta resulta esencial conocer lo que piensan y sienten los estudiantes en detención, protagonistas de ese espacio educativo. Al mismo tiempo, presenciar y, en este caso, guiar la clase, se convirtió en el campo perfecto para profundizar en la temática. A su vez, el método de registro de campo se presentó como una alternativa frente a la imposibilidad de realizar una entrevista grabada a alguno del estudiantado

por razones de tiempo e inhabilitación para ingresar a la cárcel con algo más que no sea papel. De todos modos, resultó que el método elegido amplió el conocimiento del barro, ya que además de contar con el testimonio de más de un estudiante, fue posible describir el espacio donde suceden esas prácticas y percibir más allá de las palabras. El registro puede encontrarse en el Anexo 2.

Con el fin de realizar un análisis más esquemático, los siguientes apartados estarán divididos en: La cárcel y el derecho penal, La educación como creadora de utopías y El antídoto. En los dos primeros abordaré la cárcel y la educación como cuestiones particulares para poder, en el tercer apartado, enlazarlas y llegara la respuesta buscada.

La cárcel y el derecho penal

La prisión aparece como momento cúlmine del poder coercitivo del Estado enmarcado en la justicia penal. Aquella que, entendida como el conjunto de normas más impregnado de contenidos éticos y vinculadas a la desnuda existencia de los sujetos que están destinados (Mesutti, 2008: 15), coquetea constantemente con su opuesto: la injusticia.

La cárcel es dolor, rabia, frustración, privación y separación de sus espacios sociales para quienes la padecen [...], percibo las prisiones como un correlato de la estructura social, sus conflictos, sus campos de fuerzas y campos de luchas. Las cárceles son receptoras de los efectos de esos conflictos, de esa cultura punitiva [...] y de los mecanismos de exclusión (Zino, 2021: 108).

El derecho penal se presenta como la escena de una tragedia teatral donde, muchas veces, se penalizan vulnerabilidades buscando devolver la vida y apaciguar el dolor. Esto se ve aumentado en sociedades neoliberales que construyen políticas criminales con un discurso

securitizante que genera como resultado la imposición de creencias culturales sobre que la represión penal es la mejor alternativa a la inseguridad. A su vez, son sociedades sumamente individualistas en las que los discursos de crueldad y odio son pasados por alto, se realiza una purgación de la negatividad colectiva mediante la insistente demanda de castigo desmedido e irracional, la sensibilidad y la empatía se ha abandonado casi por completo. La cárcel deviene el depósito de toda esa conflictividad social de la cual nadie, o muy pocos, quieren hacerse cargo. Se tiende a encerrar o a enterrar a quienes transgresores y ocultarles de la vista como una especie de olvido motivado: el equivalente social de la represión de los deseos inconscientes y antisociales en el individuo (Garland, 2004: 102).

Sobre esto, Alessandro Baratta nos dice:

La cárcel refleja, sobre todo en las características negativas, a la sociedad. Las relaciones sociales y de poder de la subcultura carcelaria tienen una serie de características que la distinguen de la sociedad exterior y que dependen de la particular función del universo carcelario. En su estructura más elemental, sin embargo, dichas relaciones no son sino la ampliación, en forma menos mistificada y más “pura” de las características típicas de la sociedad capitalista. Son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, en cuyo seno los individuos socialmente más débiles se ven constreñidos a funciones de sumisión y explotación (2004).

Por ello, el autor agrega:

La verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado. Antes de querer modificar a los excluidos es preciso modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión. De otro modo subsistirá, en quien desee juzgar de modo realista, la sospecha de que la función verdadera de esta modificación de los excluidos es la de perfeccionar y volver pacífica la exclusión, integrando, más que a los excluidos en la sociedad, a la relación misma de exclusión en la ideología legitimadora del estado social (2004).

De esta manera, se expulsa, excluye, deshumaniza y se deja morir a sujetos protagonistas de conflictos que tienen su origen en la sociedad desigual misma.

La población dentro de las cárceles es mayoritariamente joven, con bajos niveles de educación y provenientes de clases socioeconómicas medias-bajas y bajas, caracterizadas entre otras cosas, por los bajos niveles de ingresos (Bergman, 2014). A su vez, no solo es la falta de necesidades básicas lo que conlleva a la criminalización sino los contextos en donde esas personas crecen y en los que es posible observar contextos de familiaridad con drogas y alcohol, con el uso de armas de fuego, y especialmente, donde familiares y amistades ya han pasado por el espacio carcelario (Bergman, 2014). Respecto a esto, Ramiro mencionó “en mi experiencia personal, en estos ocho años de docencia solamente me ocurrió dos veces que la persona tuviera el secundario completo antes de entrar a la cárcel” (Anexo I). Este conflicto de origen se ve legitimado por la violencia cultural tan arraigada en nuestras sociedades capitalistas que materializa en todos los aspectos de la existencia la legitimación para la violencia directa o estructural, acrecentando de esta manera los conflictos que supuestamente quiere erradicar.

Los dolores del castigo no se ven, sino que suceden intramuros. La sociedad disfraza el deseo de venganza pidiendo justicia comprendida como la provocación de más dolor y más violencia. Al fin y al cabo, eso es el derecho penal: la imposición consciente de dolor (Nils, 1984: 20).

Las soluciones contemporáneas a los conflictos sociales se presentan como castigos y “las instituciones penales se esfuerzan para que los que reciben las sentencias reciban algo que los haga infelices, algo que los lastime” (Nils, 1984: 20).

El dolor y el sufrimiento han desaparecido de la vida pública, de los textos y de los usos del lenguaje, pero no han desaparecido de la experiencia de aquellos sujetos que son castigados. “Los blancos de la acción penal están igual que en otros tiempos: asustados, avergonzados e infelices” (Nils, 1984: 29).

La educación como creadora de utopías

La educación es un derecho humano consagrado en múltiples instrumentos de derechos humanos, sin embargo, es más que un derecho, se trata de un espacio posibilitador, un encuentro entre personas diferentes, donde se aprende a pensar y se adquieren herramientas para la vida en comunidad. En términos kantianos, la educación es aquel proceso por el cual “el hombre puede llegar a ser hombre [...], no es, sino lo que la educación le hace ser” (Kant, 1991). Es a partir de esta que adquirimos y desarrollamos “capacidades propiamente humanas que están orientadas tanto a la satisfacción de necesidades básicas como a la incorporación de aquellos valores sociales necesarios para vivir en comunidad y, finalmente, a la transformación de instituciones sociales” (Beade, 2011: 2).

En lecciones de pedagogía, Kant establece una distinción entre la instrucción, la prudencia y la moralización. Sobre la primera dice que es necesaria porque le otorga al ser humano un valor en cuanto a sí mismo como individuo, mientras que la segunda lo forma como ciudadano o ciudadana y la tercera le otorga un valor en relación con toda la humanidad (Kant, 1991). Esta última formación es aquella mediante la cual es formado como un ser que obra libremente, es decir, que es un miembro de la sociedad pero que tiene por sí mismo un valor intrínseco (Kant, 1991). Por lo tanto, la educación, en tanto formación, es una actividad esencialmente orientada a la formación de sujetos autónomos, con capacidad de asumir posiciones críticas ante las normas y principios que regulan la vida social, y de operar transformaciones significativas en su entorno (Beade, 2011).

Esto implica que quienes protagonizan los procesos y espacios educativos adoptan una posición activa y sumamente crítica acerca de lo que es la educación. Aquí aparece un punto fundamental: si queremos que esta construya subjetividades críticas y capaces de discutir acerca del statu quo de las instituciones políticas, jurídicas y sociales, necesitamos reflexionar sobre estas y qué se quiere lograr.

La universidad no podrá contribuir a pensar una sociedad diferente si ella no asume el desafío político de cambiarse a sí misma, nunca será fuente de utopías si no es capaz de enunciar los contornos de su propio proyecto utópico (Gentilli, 2008: 50).

La resistencia que ofrece el espacio educativo se fortalece en la medida en que sus protagonistas pueden extenderlo hacia otros espacios. Por ello,

[...] las universidades deben ser espacios de producción y difusión de los conocimientos socialmente necesarios para comprender y transformar el mundo en que vivimos, entenderlo de formas diversas y abiertas, siendo el campo donde el debate acerca de esta comprensión se torna inevitable y necesario. Las universidades nos ayudan a leer el mundo, a entenderlo y a imaginarlo (Gentilli, 2008: 48).

La universidad debe formar sujetos libres, con pensamiento crítico y sensibilidad, que puedan hacer uso de esas herramientas adquiridas, a fin de crear alternativas a las desigualdades que abundan.

La educación es el marco donde pensar e inventar utopías y se edifica como ámbito transformador en la medida en que nos enseña a pensar y resistir a la docilidad que nos impone el sistema. Esto se siente desde el primer momento que se entra al CUD, allí se hace carne la necesidad de resistencia y revolución.

El antídoto

Un antídoto neutraliza efectos tóxicos o enfermedades, su acción es neutralizar, contrarrestar, pero definitivamente no es hacer desaparecer una intoxicación.

Esta metáfora sirve para enlazar los apartados anteriores y pensar cómo la educación se presenta como un antídoto frente al dolor que define al espacio carcelario. Esta neutraliza o contrarresta las

intoxicaciones de violencia, opresión y (des)subjetivación que sufren los sujetos al ingresar al entorno totalitario.

Uso la palabra antídoto a fin de representar las prácticas restaurativas y de resistencia, al fin y al cabo, estas prácticas buscan compensar y disminuir los conflictos dentro y fuera de la cárcel. Watchel retoma su trabajo de 2005 y nos dice la hipótesis unificadora fundamental de las prácticas restaurativas es que:

Los seres humanos son más felices [...] y tienen mayores probabilidades de hacer cambios positivos en su conducta cuando quienes están en una posición de autoridad hacen las cosas con ellos, en lugar de hacerlas contra ellos o hacerlas para ellos. Esta hipótesis sostiene que el modo punitivista y autoritario de hacerlo contra y el modo permisivo y paternalismo de hacerlo para no son tan efectivos como el modo restaurativo, participativo, de involucrarse con (Watchel, 2015).

A su vez, un enfoque restaurativo no estigmatiza a las personas que cometieron un delito, sino que busca que se reintegren a su comunidad y puedan evitar caer nuevamente en el mismo conflicto. Por consiguiente y a partir de los dichos del estudiantado del CUD, la educación es una práctica restaurativa y de resistencia en tanto “te ofrece herramientas al momento de reinsertarse en la sociedad, te da la posibilidad de pensar, de adquirir herramientas para un posible trabajo a la salida, y te otorga libertad” (Anexo II).

Además de restaurar un conflicto, la educación es un antídoto frente al dolor que significa estar preso, perder la libertad y la autonomía, no ver a la familia, sufrir violencia, vivir entre rejas, pasar frío. El espacio del CUD contrarresta, en alguna medida, ese dolor y se convierte en un espacio de resignificación, un “repelente a la lógica carcelaria” (Anexo II).

Baratta nos dice que:

Los centros de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorables a su estable integración en la población criminal. La cárcel es contraria a todo moderno

ideal educativo, porque este estimula la individualidad, el autorrespeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador. Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención, con las cuales se despoja al encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía [...] constituyen lo opuesto a todo eso. La educación alienta el sentimiento de libertad y espontaneidad del individuo; la vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante (2004: 194).

Me parece interesante esta cita para pensar la paradoja que es el Centro Universitario de Devoto.

Tal vez lo que más surgió durante el registro de campo fue la palabra libertad al momento de describir la experiencia en ese espacio educativo. E me dijo “acá somos libres, no somos presos” (Anexo II). En relación con este tema, Ramiro Gual menciona en su entrevista que no solo es relevante el espacio sino también es el rol que ocupa. Explica que el hecho de ser estudiante impacta en las relaciones con las personas y con los espacios, y esto no es exclusivo de las horas en las que se pasa dentro del Centro (Anexo I).

En consecuencia, el CUD se presenta como paradoja, en la medida en que es un espacio de libertad y de autonomía dentro de un contexto de represión y privación, que logra producir efectos positivos durante el tiempo carcelario y una vez alcanzado el tiempo libre.

Tanto en la entrevista con Ramiro como en el registro de campo surgió que la universidad en la cárcel “es sumamente potente para cambiar esos días de prisión aunque no se cambien la cantidad de días” (Anexo I), la experiencia del CUD hace que los días sean más cortos, que el tiempo pase más rápido. La pena oculta todo esto, se ocultan todas las “incalculables posibilidades de experiencias de vida que se cierran durante ese tiempo en la medida en que se cierran las relaciones intersubjetivas que constituyen la vida social que definen la existencia humana” (Mesutti, 2008), y les inserta en el mundo abstracto del derecho. En ese mundo, el derecho penal ha creado su propio sujeto, pero también ha creado su propio tiempo para separarlo de sí y olvidarse de la condición más propia de los seres con

los que tiene que ver: la finitud del ser humano porque el humano es tiempo (Mesutti, 2008). El tiempo en la cárcel aparece como uno de los sufrimientos del encarcelamiento y como pieza fundamental del castigo, y por ello siempre la pena es desmesurada: la vida en prisión se convierte en una vida que quiero que pase lo más rápido posible y que, además, quiero olvidar una vez pasada” (Mesutti, 2008: 151). Tal vez aliviar el tiempo carcelario sea uno de los efectos más importantes del espacio educativo ya que habitar la corporalidad que les exige estar en el Centro los conecta, inevitablemente, con una sensación distinta que intuyo querrán recordar una vez afuera de los barrotes.

En concordancia con lo mencionado, otro impacto que produce la educación en la cárcel es “la revalorización que permite a la persona percibir su trayectoria posterior de una manera muy diversa a la que hubiera percibido si no hubiera estado la universidad de por medio” (Anexo I). La educación devuelve a las personas detenida el valor que tienen como sujetos, el aula se vuelve el marco perfecto para ejercer la autonomía que la persona dejó en las primeras rejas de la cárcel. Ese ejercicio produce que el estigma se mitigue y que la persona pueda pensar su vida y pensarse a sí mismo de manera diferente.

También, la disminución de la violencia y de los conflictos se presenta como otra de las consecuencias que nace del espacio educativo. El Centro está coordinado por personas detenidas y docentes, el servicio penitenciario no entra. Eso significa aún más ausencia de las lógicas penitenciarias dentro del espacio educativo y la creación de nuevas interacciones entre detenidos que “produce otro clima dentro de la cárcel” (Anexo I). En palabras de Ramiro:

Los sectores de la cárcel donde las personas habitan la universidad mientras habitan la cárcel generan todo un entramado de interacciones, a veces porque reduce niveles de tensión, a veces porque reduce la necesidad de mostrar unos valores vinculados con la coerción y la violencia. En un lugar que está construido para romper lazos sociales, construye lazos de solidaridad en algunas situaciones. En algunos momentos, lazos de solidaridad que son resistencia frente a la administración penitenciaria (Anexo I).

Esto está vinculado con lo que Ramiro también mencionó en la entrevista y los estudiantes me contaron en la clase: la persona accede a la universidad pese a la prisión que hace todo lo posible para reducir esa práctica al punto de eliminarla. Por lo tanto, la resistencia de los sujetos que siguen asistiendo a las clases, que siguen soportando levantarse a las dos de la mañana para que los trasladen recién a las ocho, que siguen padeciendo que los tengan atados en el piso al lado del camión, le otorga a ese espacio la fuerza necesaria para seguir consolidándose como lugar revolucionario.

El impacto de la recuperación de la subjetividad “produce cosas en esa persona para el día de mañana” (Anexo I), es decir, el aula es la cuna de herramientas para poder tener otra vida al salir. Esto, que parece ser intrínseco a la acción de recordar el valor que tienen como sujetos, podría plantearse como un efecto, pero también como una consecuencia de todos los demás efectos positivos de las prácticas educativas.

La interiorización del valor como fin en sí mismo, la reducción de la violencia, el aprendizaje de nuevos recursos para sobrellevar la existencia intramuros y extramuros, la práctica de dialécticas que construyen, la recuperación de la autonomía, la reconstrucción de lazos sociales, el alivio ante el tiempo carcelario, entre algunos de los muchos efectos positivos que produce la educación, pueden pensarse como antídotos al dolor y como restauradores de conflictos presentes y futuros.

Reflexión final

Lo que intenté hacer aquí fue esbozar algunos lineamientos a fin de responder si la educación es una práctica restaurativa y de resistencia dentro del contexto carcelario. Los temas que se ubican en los márgenes de esta problemática son infinitos, y por eso utilicé la palabra esbozar. Creo que es posible profundizar sobre cada efecto,

subtema, palabras, conceptos, ideas, que fui mencionando a lo largo de estas páginas. En esta oportunidad aspiré a plantear la pregunta y perfilar una humilde respuesta. Sin embargo, hay un deseo de seguir investigando y embarrándome para que este pequeño proyecto se haga aún más grande.

Quiero finalizar esta modesta investigación compartiéndole al lector aquello que escribí cuando volví a mi casa luego de la clase en el Centro Universitario de Devoto. Aquí va:

Uno puede tener convicciones y principios, haber leído mucha teoría, trabajar en ámbitos del derecho penal y, sobre todo, tener empatía y sensibilidad. Sin embargo, creo que el ingrediente secreto para que todo eso se afirme en uno es ponerle corporalidad y destinar tiempo. Escuchar, percibir, sentir, observar, oler, todo eso que sucede cuando nuestro cuerpo ocupa espacios y todo eso que transcurre en un tiempo determinado. Creo que ahí está la diferencia. No desde un lado caritativo, por el contrario, de un lado de iguales, de sujetos libres que se encuentran a debatir por qué existen injusticias y cómo se pueden revertir.

El poner el cuerpo, insisto, y destinar tiempo, hizo que me afirme aún más sobre una posición que creía ya tenía tomada en base a valores que me enseñaron de pequeña, en base a lo poco que he leído sobre derecho penal y criminología, a experiencias familiares propias y, en base a un sentimiento inexplicable de vergüenza por la sociedad en la que estamos inmersos. Ahora pienso que, tal vez, la única manera de tomar posición es ponerle cara, ponerle voz, ponerle cuerpo, conocer el barro. No obstante, sé que esa posición, aunque esté más afirmada, sigue siendo una experiencia subjetiva lejana a la verdad y que necesita depurarse, corregirse y completarse.

En fin, se trata de la convicción de que no deberían existir espacios totalitarios a esta altura de la historia y quienes estudiamos derecho, en vez de limitarnos a la facultad que luego nos expulsa como máquina operadores judiciales que encierran personas, deberíamos estar pensando y discutiendo otras opciones alternativas a la prisión. La facultad de Derecho no puede seguir perpetrando,

en la mayoría de los casos, el no cuestionamiento frente a la imposición consciente de dolor. Tal vez suena exagerado porque sé que hay, y yo tuve la suerte de encontrar, muchas lucecitas en medio de tanta oscuridad. Sin embargo, pienso que la luz debería ser aún más fuerte. Considero que no deberían ser excepciones las aulas donde se deliberan estos temas sino que, por el contrario, debería transformarse en una temática corriente en las aulas donde se enseña derecho penal.

Creo que los espacios educativos deben ser universos de resistencia, de conexión con la realidad que usualmente tenemos muy cerca, de creación de utopías que hagan frente a las extremas desigualdades que caracterizan esta época de la historia. A su vez, deben ser espacios de encuentro, de discusión. Espacios donde se planten las semillas de pensamientos revolucionarios que transformen aquello que queremos que cambie. Lugares donde se enseñe a pensar críticamente y a no ser sujetos dóciles a un sistema que nos quiere dóciles. La universidad debe enseñarnos al estudiantado a reconocer nuestro valor como seres humanos, autónomos y libres.

Esto sucede en Devoto. Sin embargo, debería suceder en todas y cada una de las aulas donde estudiamos derecho.

Anexo I

Entrevista a Ramiro Gual, docente del Centro Universitario de Devoto e investigador de cárceles

Clara: ¿Hace cuánto que das clases en el Centro Universitario de Devoto?

Ramiro: Mi vínculo con el programa empezó en el segundo semestre de 2015.

Clara: ¿Cuál es la materia de la que sos docente?

Ramiro: Cómo está organizada la carrera de Derecho, yo soy profesor del departamento de derecho penal y principalmente somos dos docentes los que estamos dando materias de penal dentro de la carrera. Por lo cual, hay una profesora que da elementos y yo voy rotando y doy las materias de puntos del Ciclo Profesional Orientado (CPO), que necesiten en ese cuatrimestre. Vamos rotando de acuerdo a las materias que necesiten los estudiantes. La carrera de Derecho en el CUD tiene aproximadamente unos 40 estudiantes regulares, de los cuales, algo menos de la mitad están haciendo materias de puntos. Entonces, el cuatrimestre que hace falta régimen luego no va a hacer falta durante dos o tres cuatrimestres. Entonces, un cuatrimestre se da régimen, otra teoría del delito y se van organizando las materias de acuerdo a lo que necesitan los estudiantes.

Clara: ¿Existe algo así como una falta de docentes?

Ramiro: No sé si necesariamente faltan docentes. No estoy seguro de que haya falta de profesores porque me parece que esta organización es también una manera de alojar a profesores que van, que ya están habituados y tienen un compromiso con el espacio, garantizarles algún tipo de continuidad y evita que una o un docente al que le gusta hacer eso de clases una vez cada tres años. Es más un acuerdo mutuo: a mí me gusta ir todos los cuatrimestres, a ellos les

sirve que vaya un docente que ya entiende el sistema y que lo va a poder llevar adelante, que no va a sentir ninguna situación de incomodidad o de sorpresa frente a algo vinculado con la cárcel y vaya a colgar el cuatrimestre por la mitad. Esas cosas que funcionan y, entonces, a la organización también le sirve. Básicamente la situación es que cuando arranca el cuatrimestre, calculo que todos los departamentos deben hacer lo mismo, pero no lo sé, los estudiantes ya han informado cuáles son las materias que necesitan; eso pasó por una aprobación inicial dentro de la facultad, llega al departamento de derecho penal y el departamento, primero consulta al equipo de docentes que están habituados a dar clase en el CUD si les interesa tomar tal o cual curso. Yo estoy seguro de que si en algún cuatrimestre yo no puedo dar, aparecería algún docente en condiciones. No ha ocurrido, pero yo creo que aparecería.

Clara: ¿Qué crees que implica la educación?

Ramiro: La educación la concibo como un espacio. Un espacio que se construye entre personas que llegan desde distintos lugares, con distintas trayectorias y que tienen distintas cosas para aportar. Es un espacio de creatividad para la o el docente a la hora de pensar cómo encarar el curso. Es un espacio de muchísima creatividad porque el curso necesariamente se transforma de acuerdo a los estudiantes y las estudiantes que están participando en ese momento y, entonces, necesariamente, aun dando los mismos temas y los mismos textos, la clase varía encuentro a encuentro porque como se construye entre muchas personas es imposible que, inclusive quien tiene que moderar ese espacio, que es el docente, tenga la capacidad de prever con anticipación hacia dónde va a ir esa clase. Es un ejercicio de improvisación constante y eso me parece que es atrapante para todas las personas que participan, para quienes deciden a participar activamente. Por supuesto hay gente que no participa activamente, pero para aquellos que sí, me parece que es un espacio de creatividad y de muchísimo aprendizaje; porque precisamente la emergencia de cosas que no pueden ser previstas necesariamente por anticipado es una de las maneras más ricas de crecer para todos los que participan de esa experiencia.

Clara: ¿Qué crees que es la educación en la cárcel o cuáles crees que son sus efectos?

Ramiro: A mí me parece, primero, que produce muchísimos efectos en la autopercepción de la persona que pasa por ese espacio. La cárcel es un lugar que denigra, la cárcel es un lugar que (des)subjetiviza. La cárcel es un dispositivo que señala a las personas que están ahí adentro como falladas, como inferiores, como incapaces, como culpables, como indignas, y sin duda que la educación, no solo la educación universitaria, pero principalmente, es un momento donde todo eso se pone patas para arriba. De repente, la persona se autopercibe con otro nivel de valor, se valoriza a sí misma de una manera totalmente diferente, se encuentra haciendo cosas que en nunca iba a poder hacer. No hay estadísticas sobre esto, pero en mi experiencia personal, en estos ocho años de docencia solamente me ocurrió dos veces que la persona tuviera el secundario completo antes de entrar a la cárcel.

Entonces, claramente la universidad no estaba ni cerca del horizonte de posibilidades de la trayectoria vital de esa persona hasta que, a pesar de la detención, se la encuentra en la prisión. Esto es recontra interesante de pensarlo siempre, digo, no es que la prisión le permite a la persona acceder a la universidad, sino que la persona accede a la universidad pese a la prisión que hace todo lo posible para que la persona no acceda, pero, sí que accede en ese lugar y es una persona que nunca se hubiera cruzado con la universidad en su trayectoria vital hasta que se encuentra en ese momento. En el peor momento de su vida, se encuentra con una oportunidad increíble y, digo, más allá de lo que produce en la persona en sí, produce cosas para el día de mañana porque esa revalorización le da alguna herramienta para percibir su trayectoria posterior de una manera muy diversa a las que hubiera percibido si no hubiera estado la universidad de por medio. Esto no significa que la universidad resocialice, esto no significa que la universidad garantice ningún tipo de evitación de la reincidencia posterior, pero, sí que la universidad funciona como antídoto frente al estigma que la cárcel es.

Frente a eso le permite a la persona pensarse de maneras diferentes, y luego hará con su vida lo que decida hacer con su vida, lo que pueda hacer con su vida, lo que logre hacer con su vida, pero parte de un lugar distinto, uno menos estigmatizado, no solo por lo que los demás sino también por cómo se autopercibe. Y luego, finalmente, produce interacciones diferentes entre las personas detenidas, donde se encuentran compartiendo, vinculándose de diversas maneras. Produce otro clima dentro de la cárcel, definitivamente. Claramente los sectores de la cárcel donde las personas habitan la universidad mientras habitan la cárcel generan todo un entramado de interacciones, a veces porque reduce niveles de tensión, a veces porque reduce la necesidad de mostrar unos valores vinculados con la coerción y la violencia. En un lugar que está construido para romper lazos sociales, construye lazos de solidaridad en algunas situaciones. En algunos momentos, lazos de solidaridad que son resistencia frente a la administración penitenciaria. Por supuesto, esto varía muchísimo en un espacio y el otro, como vos sabes, en Argentina hay 70 universidades públicas de las cuales 34 van a la cárcel. Y esas 34 actividades universitarias que se llevan a cabo dentro de las cárceles varían muchísimo, son muy heterogéneas, pero algunas de ellas consiguen construir lazos de interacciones entre detenidos, de autonomía respecto a la administración penitenciaria y de confrontación a las políticas penitenciarias sumamente potentes. Varía según la experiencia, varía en el tiempo cada experiencia, no son lineales, pero en algunos casos lo logran, y eso es una cosa interesante que se produce con la educación universitaria dentro de la cárcel.

Clara: Quería saber qué opinabas sobre algo que debatimos con los estudiantes del CUD el otro día: la paradoja del CUD como espacio de libertad y de autonomía dentro de un contexto de no libertad. A su vez, cómo esa libertad puede alargarse en la medida en que siguen estudiando dentro del pabellón.

Ramiro: Totalmente, no es solo el espacio sino también es el rol. Hay algo de soy estudiante y como soy estudiante eso impacta en mis relaciones con las personas y los espacios, y no es algo exclusivo de las horas en las que estoy adentro del centro universitario.

Comparto esa mirada algo paradójica. Cuando intentamos comprender cómo sigue esa paradoja, me parece que es importante pensar en la necesidad de los programas universitarios se construye desde abajo y desde afuera; en gran medida, a pesar de la prisión y no como parte del programa penitenciario. Cuando uno se acerca a mirar las historias mínimas que hicieron posible estos programas, desde el programa de la UBA de 1985, pero también los programas creados a lo largo de los 20 años del siglo XXI, uno lo que encuentra es que hay tres actores que fueron centrales para que esos programas puedan ocurrir inicialmente y luego pudieran consolidarse.

El primer actor central fueron las personas detenidas, futuros estudiantes empoderándose para exigir su derecho a la educación. Yo soy un sujeto con derechos, entre esos derechos está mi derecho a la educación universitaria, y lo quiero ejercer. El segundo actor central fueron distintos actores que integran las comunidades universitarias que vieron esas disputas al interior de sus comunidades universitarias y lograron llevar la universidad a la cárcel. No como una posición monolítica, seguro que había actores dentro de esas universidades que estaban menos convencidos, que que no les interesaba especialmente ese paso adelante, pero había algunas personas que se decidieron a darlo. En la conjugación de estos dos actores es que se crearon esos programas. El tercer actor es la administración penitenciaria, que no podemos negar que han tolerado esas situaciones. En esta frase tan remanida dentro de la cárcel de que “los dueños de la casa son los agentes penitenciarios y son los dueños de la llave”, claramente en algún momento decidieron abrir esa reja y permitir que la universidad ingresara y se encontraran con esas personas detenidas a realizar actividades que, inicialmente, suelen ocurrir de una manera sumamente informal.

Generalmente se inician las prácticas universitarias dentro de la cárcel, y con el tiempo eso se vuelve un convenio firmado entre la universidad y el ministerio de justicia, el servicio penitenciario, quien fuere, pero es ese el proceso, primero alguien toleró. Entonces, bueno, esa capacidad de tolerancia que a veces se vuelve restricción o confrontación, no es igual en todos los programas, ni a lo largo del tiempo. Por supuesto que tiene marchas y contramarchas,

pero, en algún momento esa tercera pata aparece presente al menos en todos los programas que he investigado, lo que no significa que el programa sea del servicio ni que el servicio integre la comunidad universitaria. Esta se conforma por docentes, personal administrativo, gestores de la universidad y estudiantes. Son quienes conforman esa comunidad. Por eso insisto que es una actividad que fue creada desde abajo: fueron los primeros detenidos aquellos que empezaron a reclamar y se encontraron con ciertos docentes, que no necesariamente eran tampoco las autoridades máximas de las universidades. Y desde afuera, ese encuentro entre la universidad y los detenidos antes que una pata del programa penitenciario.

Clara: ¿Qué es lo que crees que más valoran los estudiantes de asistir al CUD?

Ramiro: Yo creo que lo que más valoran es la dedicación personal. Al menos en mis percepciones, y generalmente en la palabra de las personas detenidas, y en lo que me parece que es su percepción, lo que más valoran es que personas del afuera dediquen parte de su día a estar ahí adentro. Creo que lo segundo que más valoran es cuando identifican que esa persona que va desde afuera a compartir un momento con ellos, lo hace desde un lugar lo más alejado posible a la caridad. Digamos, cuando detectan que ahí hay una relación lo más similar posible a una relación educativa en el afuera, cuando detectan que no estás haciendo una obra de beneficencia con ellos, sino que les estas exigiendo lo mismo que le exiges a un estudiante afuera porque, en definitiva, el tiempo lo vale y ya que vengo acá vamos a hacer las cosas en serio, ahí también hay como una valoración especial. Me parece que eso es lo que más valoran: la dedicación de tiempo genuino y productivo con la sensación, una frase otra vez muy remitida dentro de la cárcel, de “la verdad que podrían estar haciendo otra cosa y están acá”. Ahí hay algo de la valoración que es sumamente sentida.

Clara: Respecto al tiempo de la pandemia, ¿crees que hubo un antes y un después en términos educativos? ¿Cómo fue ese periodo?

Ramiro: La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, porque esto estimo que debe haber dependido de cada facultad

y definitivamente no fue igual en todos los programas, rápidamente pasó a un sistema que fue presentado como virtual pero que, en realidad, se parecía más a una evaluación por correspondencia. El personal docente producía materiales que tenían que ser escritos y que incluían textos, guías de preguntas y evaluaciones. Viajaban a través de una mediación que era, primero las autoridades de la universidad, luego el equipo de la agencia penitenciaria pensado para los centros universitarios, y finalmente, sí llegaba a las personas detenidas. Eso se mantuvo durante tres cuatrimestres. Cuando en la educación universitaria afuera, que creo fue en el segundo semestre de 2021, también apareció la opción de que los cursos volvieran a la presencialidad, esa opción estaba disponible para los docentes de la Facultad de Derecho que dábamos clases dentro del encierro. En agosto de 2021 tuvimos la posibilidad de volver. Algunos docentes decidimos volver, otros, al igual que afuera lo hicieron más paulatinamente por decisiones personales, por riesgos más de salud de personas concretas, etcétera. Mi mirada es que en algunos programas estaban interesados en avanzar hacia la hibridez de estrategias virtuales y presenciales combinadamente, pienso en la Provincia de Buenos Aires donde además las personas detenidas disponen de celular dentro de sus pabellones.

Cuando hablabas con las personas privadas de la libertad que estaban cursando materias para la carrera de Derecho en el Centro Universitario de Olmos del servicio penitenciario bonaerense, en la Universidad Nacional de La Plata, lo que te dicen es “nunca en mis años de detención pude aprobar tantas materias en un cuatrimestre”. Esto porque claro, cursaba a la par con las mismas posibilidades que cursa una persona en el medio libre, porque todos cursamos con el celular desde nuestras casas. Pero, en el caso de la UBA, que siempre tuvo a la presencialidad como un hito fundante de la organización del programa, porque precisamente es en este encuentro de personas de adentro y de afuera es donde se funda el sentido de pertenencia al programa, desde el principio hubo algunos actores que pusieron reparos a la virtualización del programa transitoriamente durante la pandemia, con el riesgo cierto de que luego se

empezara a proponer de que, si había funcionado tan bien durante la pandemia, podría mantenerse una importante virtualidad en la post pandemia. Hubo ciertos frenos desde distintos actores, que integran esa comunidad académica de la que hablábamos al principio, para no dar rienda suelta a la fuerte virtualización del programa. Con lo cual, el impacto en el caso de UBA 22 fue mucho menor.

Si bien es cierto que ahora hay cableado, hay algunos espacios dentro del CUD que empiezan a tener conectividad y, que podrían participar de un congreso virtual que se haga sobre la materia, sobre lo que sea que estén estudiando o lo que les interese en ese momento lo cierto es que la virtualidad avanzó menos que en otros espacios. En gran medida, tuvo que ver con cierto recelo, tal vez justificado, o cierto miedo de perder lo que es la piedra fundante del programa que es que todo el personal docente ingrese una vez por semana a la cárcel, a tener clases presenciales en la misma cantidad de horas que tienen el estudiantado en el medio libre. En la carrera de Derecho, una materia tiene 3 horas de cursada semanales, y esa es la cursada dentro del CUD. En este semestre, 28 profesores entraron a dar materias en el CUD. Un semestre, con 5 días hábiles, significa en promedio cinco docentes entrando cada día a la cárcel a dar clases. Perder esa potencia era identificado, por algunos actores, como un riesgo mucho más grande que transitar ese semestre, dos semestres, tres semestres, nadie sabía en principio cuánto iba a ser, en condiciones mucho más precarias de las que hubieran podido cursar si hubieran tenido una virtualidad plena.

Clara: ¿Te acordas de tener charlas posteriores a la pandemia en la que los estudiantes expresaran cómo fue no haber podido asistir al CUD?

Ramiro: Sí, claro. Además, no fue solo no bajar más a educación, sino no bajar más a visitas, no salir más a trabajo. Los primeros meses fueron complejos. De hecho, al mes de que esas decisiones se tomaron fue el momento de mayor tensión dentro de la cárcel de Devoto, de tal vez, los últimos 10 años. El famoso 24 de abril de 2020 con los presos subiendo a los techos. Luego, como siempre ocurre con estas cosas en la cárcel, frente a la narrativa pública de nadie sale a ningún lado, algunas cosas se empezaron a quebrar.

Si bien el equipo docente no ingresaba, el estudiantado que participaba activamente en el centro universitario comenzó a bajar precisamente para garantizar la parte administrativa, que cada estudiante pudiera tener acceso a los materiales, a mandar sus trabajos prácticos, y después una vez por semana cada pabellón tenía acceso al Centro Universitario para tener acceso a esos materiales y a las computadoras. Con lo cual, como siempre ocurre en la cárcel, esto funcionó en dos velocidades: una de la narrativa oficial, en la que nadie salía; y una más informal, en la que se empezaron a conseguir algunos espacios. A medida que esos espacios fueron consiguiéndose, también los niveles de tensión fueron descendiendo. Pero seguro que al principio, sobre todo el primer semestre, la situación fue especialmente fuerte.

Clara: Teniendo en cuenta el contenido de la reforma del 2017 de la ley de ejecución penal, ¿cómo ves el futuro de la educación en contexto de encierro?

Ramiro: Yo no creo que la reforma del 2017 ponga en crisis los programas universitarios, y lo digo al menos desde dos o tres lugares. El primero es que precisamente los programas, sobre todo cuando se crearon, adquirieron su fortaleza a partir de presos que iban a estar muchos años dentro de la cárcel. La columna vertebral de los programas son los estudiantes universitarios, pero además son estudiantes universitarios que van a estar el suficiente tiempo presos como para poder identificar que necesitan hacer algo con su vida en todos esos años. Con lo cual, no necesariamente, aunque tristemente lo digo, el hecho de que los presos permanezcan más años en prisión no significa que debilitarán los programas, sino al revés, podría incluso fortalecerlos. Ojalá se hubiese sido con una medida mucho menos regresiva en derechos humanos, no estoy festejando la reforma del 2017 pero, no me parece que esta tenga un impacto negativo en los programas.

La segunda razón es que cuando se mira con la lupa, bien de cerquita, el estímulo educativo, o mejor dicho, la posibilidad de egresar antes de la cárcel como un derecho adquirido o un incentivo para acercarse al estudio, la verdad es que no solo en la letra de la ley

sino sobretudo en las prácticas judiciales se ha valorado mucho más terminar la primaria, terminar la secundaria y hacer cursos extracurriculares que aprobar materias de la universidad. Por lo cual, para una persona que quiera egresar antes de la cárcel es una muy mala estrategia estudiar en la universidad, es mucho mejor hacer cursos de computación, si vos conjuntabas cinco diplomas de computación te daban más puntos que si terminabas una carrera universitaria. No digo que todo el mundo piense estratégicamente, pero si alguien estaba pensando estudiar en la universidad como una estrategia para irse antes, no sé si es la mejor, le convenía hacer cursos de repostaría y de arreglado de motores, de electricidad, que se iba a ir mucho antes que si estudiaba filosofía en la cárcel.

La tercera razón por la que no creo que necesariamente vaya a impactar negativamente la reforma en los programas tiene que ver con que la cárcel funciona por un lado por una progresividad externa, es decir con hacer cosas para irme lo antes posible, pero también funciona con una suerte de progresividad interna, es decir, yo hago cosas para que los días que vaya a pasar acá, aunque no vayan a ser menos, sean menos dolorosos. Algo así como no hago esto para irme antes, sino que lo hago para que mi vida acá adentro sea lo menos dolorosa, lo menos angustiante, lo menos (des) subjetivante posible. Me parece que la universidad en la cárcel es sumamente potente para cambiar esos días de prisión, aunque no se altere la cantidad sigue siendo una herramienta sumamente potente para hacer eso, y lo va a seguir haciendo, y lo va a hacer aún más, me parece, cuando los años se acumulen. Ojalá los programas se hubieran fortalecido por otras razones pero, me parece, que la reforma puede incluso, como un efecto no buscado, terminar fortaleciendo a los programas antes que debilitándolos.

Anexo II

Registro de campo

Le comenté a un compañero, amigo y mentor, que además es docente e investigador, sobre la experiencia en el CUD y le mencioné que sería mi registro de campo en un trabajo de investigación. Me respondió que incluya todo lo que le estaba contando, los nerviosismos, las emociones, las percepciones. Por eso tal vez este registro de campo parezca subjetivo, sin embargo, intenté registrar objetivamente una experiencia sumamente subjetiva.

El día 14 de junio de 2023 fui a dar clases al Centro Universitario de Devoto en el marco de la materia Derechos humanos y garantías de la carrera de Abogacía del programa UBA22 coordinada por el Adjunto Lautaro Silva. La clase programada era sobre derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, sobre el derecho a la educación.

La preparación

En mi humilde experiencia docente, siempre se llega a la fecha de las clases ajustado de tiempo y de materiales. Esos días u horas antes, piensa ¿por qué no preparé este texto, esta consigna, esta idea? Aun así, creo que eso termina siendo lo mágico de la clase: lo espontáneo, aquello que no fue preparado con tanta antelación.

Aun así, estaba muy nerviosa. No por ir a la cárcel sino porque me asustaba que los estudiantes no participaran y por las inseguridades, creo que normales, que tiene un estudiante-docente. Yo quería

escucharlos. Tenía muy claro que la clase no se trataba de enseñarles, sino de que compartiéramos saberes sobre la educación. Por eso mi preparación fue más de disparadores que de conceptos teóricos o normativos. Vuelvo a decir, quería escucharles.

Aunque no me daba nervios la cárcel, sí fue la primera vez que fui a una. Creo necesaria la aclaración.

También me parece necesario aclarar que, aunque la clase ya estaba programada desde principios del cuatrimestre, yo sabía de antemano que iba en clave del tema de mi proyecto de investigación. Lo había hablado con el docente y le había dicho que tenía la idea de hacer entrevistas, o al menos registrar la clase como una de las metodologías de este trabajo. Al tener su visto bueno, el enfoque de la clase giró hacia ese lado.

La cárcel y el aula

En la entrada de la cárcel de Devoto hay un grupo de agentes penitenciarios quienes se encargan de registrar la entrada y la salida de personas. En ese cuadrado pequeño hay lockers para dejar todas las pertenencias, salvo papel y lápiz. También hay un detector de metales por el que hay que pasar para trasladarse hacia el pasillo y luego hacia el patio que da al primer edificio con pabellones. En cada puerta, hay varios agentes penitenciarios quienes te abren para pasar al próximo espacio.

Desde un primer momento, es posible observar lo vieja que es la cárcel de Devoto y el frío que alojan sus paredes en esta época del año.

Luego de pasar varias rejas y un pabellón, llegamos finalmente al Centro Universitario de Devoto al cual los penitenciarios no entran. Es un espacio manejado y coordinado exclusivamente por personas privadas de la libertad.

Una vez que entramos, nos cruzamos varios estudiantes a quienes saludamos. A aquellos que Lautaro conocía les dimos un abrazo.

Recorrimos un pasillo corto y luego un pasillo más largo hasta que llegamos al aula de Derecho. Un lugar pequeño, cerrado, con un pizarrón para tizas, con una mesa, varios pupitres y con una biblioteca hasta el techo llena de libros sobre distintas ramas del derecho. Hacía frío así que los chicos trajeron una estufa eléctrica.

Entramos y al segundo empezaron a llegar los estudiantes. En ese momento había cinco alumnos a quienes llamaré por sus iniciales Ez, L, J, H y R. Un rato más tarde llegó E. Todos estaban muy contentos porque les había ido muy bien en el examen.

Comenzamos la clase con un mate de J en la mano.

La clase

En primer término, quiero aclarar que me referiré a aquellos registros que resultan relevantes para este trabajo ya que la clase duró tres horas y, como todos sabemos, la memoria humana tiene sus falencias. A eso quiero sumar que algunos diálogos con los estudiantes son exactos porque me quedaron muy grabados, pero la mayoría está reescritos con mis palabras. También debo mencionar que no llevé grabadora y tomé muy pocas notas porque solo había llevado las fotocopias de los textos de los que íbamos a hablar. Por lo tanto, intentaré reproducir lo más fielmente posible lo que sucedió en el aula.

Una de las cosas que me llamó la atención fue la notoria felicidad de las caras cuando Lautaro les entregó los exámenes. A todos les había ido muy bien. Tuvieron una muy buena devolución por parte del docente adjunto quien les ofreció evacuar dudas particulares al final.

Comenzó a transcurrir la clase, con mates de J de por medio. Lautaro les dio un pantallazo de los derechos económicos, sociales y culturales. Sus características, las obligaciones de los Estados, la importancia de adoptar medidas. Me quedo con un comentario de L quien trajo a colación el caso en que una familia reclamaba por vía judicial una vivienda digna; y sobre ese caso, mencionó que con su familia

habían tenido ese tipo de problemas y él no sabía, hasta ahora, que eso podía reclamarse. También charlamos sobre qué medidas puede y debe adoptar el Estado, en qué grupos debe poner foco cuando faltan recursos, y cómo todo ello está dirigido hacia lograr la plena realización de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Asimismo, Lautaro les explicó que el Estado tiene una obligación anterior de garantizar esos derechos, aunque luego se pueda reclamar su falta.

A mí me tocaba la parte del derecho a la educación y, como ya dije, mi preparación se había tratado más que nada en buscar disparadores para poder charlar qué es la educación, qué implica, cuáles son sus alcances, y cuáles son sus efectos en el contexto de encierro.

Comencé por la pregunta “¿qué creen qué es el derecho a la educación?”. Los escuché y me di cuenta de que los disparadores no hacían falta. Aun así, en la charla deslicé algunos de esos conceptos que había llevado como autonomía, libertad, pensamiento crítico, el sujeto como fin en sí mismo.

L me dijo que era adquirir herramientas para un posible trabajo a la salida de la prisión, J me dijo que era libertad, Ez mencionó que es la posibilidad de pensar, R expresó que la educación le ofrecía herramientas al momento de reinsertarse en la sociedad. E me dijo “acá somos libres, no somos presos” y remarcó cómo uno puede estirar esa libertad cuando tiene que estudiar o lee en el pabellón y como ese espacio educativo te libera de las lógicas carcelarias. Sus respuestas no me sorprendieron, pero debo decir que me emocionaron. Todos en esa aula estábamos de acuerdo en que la educación nos forma como sujetos críticos, pensantes, autónomos y libres. Aunque este último rasgo devenga en una paradoja respecto al contexto de encierro.

También les hablé sobre un texto que propone pensar la universidad como inventora y reproductora de utopías, de cómo esa universidad al mismo tiempo reproduce valores y por lo tanto es necesario que repense los valores que reproduce.

A partir de lo que dijo E, hablamos mucho sobre la libertad que les otorga ese espacio y, a su vez, la libertad que deviene de sujetos

que se piensan como fines en sí mismos y pueden criticar la realidad con la que no están de acuerdo. Eso nos llevó a hablar de que el CUD también es un espacio de resistencia.

El concepto de resistir dio lugar a que hablemos sobre las lógicas penitenciarias. Ez y R venían ese día de Ezeiza, los habían despertado a las dos de la mañana para traerlos recién a las ocho. Nos contaron que muchas veces los tenían esperando afuera del camión, atados al piso, y por eso unas semanas antes “había habido un quilombo”. Expresaron muy claramente que los agentes penitenciarios “no quieren que estudiemos”, por lo que se vuelve difícil. Al mismo tiempo, destacaron que la ausencia de estas lógicas en el CUD porque “los penitenciarios no entran” hace la diferencia. En este momento, E deslizó algo así como que los penitenciarios eran presos por elección.

Como contraposición a esa sensación de libertad, charlamos sobre el periodo de pandemia y cómo les afectó no poder asistir al CUD. E dijo “entramos al pabellón y no salimos más”. E, R y Ez perdieron los traslados desde Ezeiza. Era estar en el pabellón todo el día. El recuerdo de ese entonces se percibía como un sentimiento de pérdida y angustia. Sí, habían perdido el poder salir del pabellón, el poder encontrarse entre ellos y con docentes, tener su espacio propio y habitar con corporalidad esa libertad latente en los pasillos del CUD. Además, en esa época que no podían bajar al Centro, nos contaron que los agentes penitenciarios quisieron tomar una parte y levantaron una pared. Eso fue motivo de conflicto.

Debatimos sobre la reforma de la ley de ejecución de 2017. Ez dijo que ahí todos odian a Petri. E dijo que fue un desincentivo a estudiar debido a que ahora la educación no influye en el legajo para “el 90% de los delitos”. Sobre eso, destacaron la actitud de los medios de comunicación como factores esenciales para generar miedo en la sociedad.

Finalmente, les pregunté si podían decirme algo sobre su experiencia en el CUD. Ez me dijo que le salvó la vida, E dijo que había sido un repelente a la lógica carcelaria, J mencionó nuevamente el sentimiento de libertad. Los demás hicieron referencia a que los días se hacen más cortos, el tiempo pasa más rápido y, de alguna forma, es la cuna de herramientas para poder tener otra vida distinta al salir.

El recreo

H me llevó a recorrer el CUD.

Me mostró la biblioteca donde otra profesora estaba dando clases. Nos invitaron a pasar. H les contó que era una profesora de derechos humanos. La docente hizo el chiste de “justo nos viene bien para lo que estábamos hablando, la clase es toda tuya”. Hubo risas. Saludamos y salimos. Le pregunté a H donde conseguían los libros y me dijo que de donaciones.

Conocí la cocina, la sala de computación y laboratorio donde H me comentó que se están realizando talleres de informática. En esa sala hay varias computadoras que, por lo que entendí, están hace relativamente poco.

Nos cruzamos con J quien me preguntó si quería café, a lo que asentí.

H me mostró de afuera las oficinas de las demás facultades. Fuimos al patio y pasamos por los baños.

Volvimos al aula.

El final

Nos fuimos. Volvimos a pasar por todas esas rejas y esperar en cada una que los penitenciarios nos abrieran. Eran las seis de la tarde y el frío empezaba a sentirse cada vez más fuerte. Ya era de noche.

La experiencia me pareció increíble. Principalmente por la transferencia que hubo entre estudiantes y nosotros, por ese encuentro que pudo darse. Y también porque me di cuenta lo importante que es ponerle el cuerpo a lo que uno cree.

Derecho, conflicto y lazos sociales

Aportes para efectivizar los derechos humanos
desde el paradigma de la justicia restaurativa

Silvana Sandra Paz y Silvana Marcela Paz

El punto de partida

Desde el seminario de *Justicia restaurativa* reflexionamos sobre la importancia de problematizar la respuesta del sistema penal que, en las últimas décadas se ha vuelto monolítica, aglutinándose en torno al axioma *ante un delito, se habilita una sanción*. La decisión de incorporar este seminario a la carrera de Abogacía permite,

desde las lentes restaurativas, un análisis en contexto y en ese sentido, proponemos un marco de referencia teórico que nos ayude a colocar en crisis aquella repuesta, al postular que el tratamiento adecuado de un conflicto permitirá el aprendizaje social.

El seminario apunta a traer otra forma de pensar al derecho y a promover la construcción de una justicia basada en prácticas restaurativas que humanizan el proceso penal, dando densidad a la reparación, la reinserción y la responsabilidad subjetiva de las personas. No se trata de un lavado de cara del derecho penal, sino de instalar otra lógica que permita abordar una dimensión cualificada ante las situaciones que, ante la falta de toda gestión, devienen en escaladas de conflictos y, en última instancia, terminan en el delito penal.

Una educación para la paz debe promover un nuevo tipo de enseñanza-aprendizaje, entonces su metodología exige una estructura distinta de las conocidas. Los retos que implican esa transformación son grandes, pues los contenidos de la enseñanza de las Ciencias Sociales deben ampliarse. Es necesario buscar gestiones interdisciplinarias que permitan la transformación del dispositivo, que estimulen estudiantes con pensamiento crítico ante la realidad, que puedan discernir los factores que propician los conflictos, pues la educación para la paz requiere de personas expertas en conflictología, constructoras de paz, y ese es parte del entrenamiento que se hace en el *Seminario II*.

Las instituciones deben estar comprometidas en la finalidad que se persigue y arbitrar los medios necesarios y adecuados para la formación en términos de educación para la paz.

La dependencia entre derecho y paz se afirma con el hecho de que la última es un presupuesto necesario para garantizar la realización del resto de derechos. Una de sus características especiales es la de ser integradora, es decir, que sintetiza al resto de derechos humanos (DD. HH.) y se presenta como garante para la realización del resto de los DD. HH. existentes.

**En las prácticas restaurativas
los procesos no buscan probar un hecho,
sino comprender qué sucedió.**

Se pretende analizar si es posible, en el marco de la gestión del conflicto, lograr procesos constructores de agencia y responsabilidad que permitan a las partes, de acuerdo con su rol de víctima o parte ofensora y población afectada por el evento, trascender el hecho dañoso y volver más fuertes a sus comunidades.

En este sentido, es pertinente comprender el origen de la justicia restaurativa. Algunas personas la sitúan en el surgimiento de las corrientes abolicionistas, en tanto se orientaron desde su origen hacia una posición de crítica radical al sistema penal. En particular el abolicionismo, liderado por Louck Hulsman y Bernat De Celis (1984), se orientó hacia la abolición de la prisión en 1960. Pero a diferencia de lo que habitualmente se cree, el foco no está en la prisión sino en la civilización de los conflictos. Una década más tarde, el movimiento llega a Inglaterra, luego a Francia y Alemania occidental. Siguiendo a Osvaldo Tieghi (1995), vemos que se profundizaron estudios enfocados en la resolución de los conflictos que subyacen a los delitos y metodologías dialógicas alternativas al sistema penal, de base comunitaria y composicional. A este andamiaje se suma un nuevo aparato conceptual que facilita la comprensión de todas las dimensiones de la situación conflictiva en sus diversos planos, de manera contrastante con la narrativa usada en el sistema judicial. Para ello propone que la gestión sea por medio de personas que apoyen a quienes se encuentran implicadas en su proceso de análisis y comprensión de lo sucedido. El punto de partida era dejar de llamar al hecho *delito*, para comenzar a nominarlo como *situación problemática*.

Las nuevas ideas exigían un cambio de eje, en el que fueran las personas, las partes, quienes pudieran encauzar una solución. Mediante el diseño cercano, comunitario, con un lenguaje adecuado, flexible, y favorecedor para las víctimas. Se abría así camino a nuevas narrativas y se proponía el cierre de la situación de conflicto a

partir de ese hacer colectivo, con plena participación de los propios sujetos involucrados. Hulsman pretende quitar la estructura del sistema penal del centro, generar un diseño comunitario, un modelo con la menor interferencia posible.

Este modelo, desde una perspectiva presente, parece tener mucho de restaurativo, ya que fortalece las posibilidades de producir responsabilidad subjetiva, reparación del daño por medio de la interacción social. Diseñado para devolver la palabra a las partes, cambiaba el modo de pensar la gestión de los conflictos y al mismo tiempo generaba un desplazamiento del poder estatal que, en sus respuestas tradicionales, lo expropiaba. En esta propuesta se registra una oportunidad para las personas implicadas de tener una participación directa en un espacio relacional seguro, no burocratizado ni ritualizado.

La pena, entendida como castigo, estaba en el centro de la respuesta penal. Además, era selectiva, estigmatizadora y causaba perjuicios a las personas. La propuesta de Hulsman, buscaba ser superadora y se basaba en que las evidencias dejaban al descubierto que la sanción no respondía en forma adecuada al problema (Miller, 1985). Postula un trabajo basado en el análisis de los componentes que pudieron existir en la escena donde sucedió el evento dañoso e incorpora lo que pudo haber influenciado en los comportamientos. En ese sentido, se diferencia del análisis penal que transita solo la capa jurídica, se concentra en el incumplimiento a la norma y se proyecta hacia el aislamiento y la exclusión del sujeto ofensor. En palabras de Alberto Binder, diríamos en nuestros días, *al incendio lo apaga con otro incendio*.

Roberto Gargarella, a propósito del fallecimiento del profesor noruego Nils Christie, en una nota del Diario La Nación, repara en una anécdota digna de mención. Así narra que:

[Siendo] apenas un veinteañero, y Noruega buscaba superar el trauma del nazismo, el joven Christie, a contramano de lo que hacían y pensaban la mayoría de sus conciudadanos, decidió finalizar sus estudios en derecho yendo a escuchar a los colaboracionistas nazis,

esto es, a aquellos a los que la sociedad señalaba como los peores criminales jamás habidos en el país. Entrevistó entonces a una cuarentena de carceleros alineados con el nazismo durante la guerra y acusados de muertes y maltratos físicos sobre sus detenidos en el extremo norte de su país. Y fue allí donde Christie aprendió la lección de su vida. Luego de recorrer las cárceles más peligrosas del mundo, dijo entonces (y lo repetiría una y otra vez): “Hablé con todos aquellos que eran descriptos como los peores monstruos que había creado el país, pero lo cierto es que no encontré a ningún monstruo, sino a gente común y corriente”.

[...] Christie no nos dice “el crimen no importa”, “el dolor no existe”, “la cárcel debe ser ya mismo abolida”. Más que “abolicionistas”, sus enseñanzas se inscriben dentro de lo que se conoce como la “justicia restaurativa”. De lo que se trata (y a ello nos remite el término “restaurar,” con raíces nórdicas) es de “volver a reconstruir la casa” o, más poéticamente, “levantar los leños caídos”. En ocasiones, lo más importante (no lo único que se debe hacer, por supuesto) es reparar el vidrio roto, conocer la verdad, restaurar el dinero robado. (2015)

Tal como lo señala Cohen Stanley (1988), en sus estudios sobre el castigo, Christie llama la atención sobre imposición intencional de dolor, un dolor deliberado, en el marco de la justicia instituida. Por ese motivo, el autor buscó alternativas al castigo y no castigos alternativos.

El paradigma de la justicia restaurativa

Cuando en el seminario se habla de *Justicia restaurativa en el sistema penal* se está pensando en gestionar desde una política criminal guiada para el tratamiento del conflicto. Para ello es importante propiciar una resignificación de otras normas del sistema social e institucional, más allá del sistema penal.

Porque ¿qué sucede cuando el conflicto ingresa al sistema penal? Este desaparece del análisis técnico, se transforma en un tipo delictivo.

En ese proceso la visión se acorta, se deja de ver el conflicto de base y solo se trabaja en el plano de la reacción automática a la violación normativa. En el año 1999, por ejemplo, el Código Procesal Penal (CPP) de Buenos Aires, incorporó la mediación como herramienta. A poco de andar se la homologó a justicia restaurativa. Sin embargo, es un error. Más confuso aún fue llamarla *mediación penal*, cuando ese mecanismo fue pensado, justamente, para sacar al proceso del sistema penal, es decir que se trata de una mediación para que el conflicto no sea criminalizado.

Lo cierto es que las prácticas restaurativas permiten cambios individuales y también a nivel organizacional o general en las instituciones, siendo un vector de cambio cultural. Establecer esto último requiere de un nuevo posicionamiento que implica saberes, información, una ingeniería de propósito, un entendimiento de los nuevos sentidos que se consideran para integrar la gestión de los derechos. Demanda solvencia en el conocimiento del derecho, acuerdos institucionales para lograr la implementación, priorizar a las personas. Esta es la forma en que la práctica restaurativa puede ser clara y efectiva.

El sistema formal actual puede incorporar la justicia restaurativa como cambio cultural. El principio de oportunidad abre el acceso al fortalecimiento en la gestión de derechos mediante la metodología restaurativa de base compositiva. En ocasiones, cuando se piensa en esta combinación, la justicia restaurativa es aplicada en casos de menor cuantía, bagatela, de archivo, en síntesis, lo que el sistema clasifica como no interesante de procesar. El desafío está en pensar su aplicación práctica para hacer operativos los derechos humanos.

Siguiendo a Howard Zehr (2015) las prácticas nos llevan a implementar procesos que vinculan los principios relacionados con los efectos del delito en las víctimas:

- Quién fue dañado
- Cuáles son sus necesidades
- Quién es el obligado
- Cómo gestionamos el proceso

- Qué hacemos las personas para la reconstrucción de los lazos rotos
- Cómo se facilita esa participación tan dinámica y profunda, en la que son protagonistas activamente víctimas, ofensores y comunidades.

Otro eje fundamental de las prácticas restaurativas es el abordaje de las violencias, que fueron las que el sistema judicial advirtió en su radar y calificó como *hecho delictivo*. Pero también las derivadas de la privación de libertad así como las vulnerabilidades de la persona ofensora en su dinámica relacional. Sin embargo, esas violencias emergentes no encuentran en el tratamiento de ejecución de la pena, medios idóneos para deconstruirse, mientras que, en los procesos restaurativos son plenamente trabajadas.

Como se advierte, la práctica restaurativa imprime un pasaje de sentidos que se basa en quién es el que lleva el timón de esta travesía. Ese cambio tan significativo de rol le permite al ofensor asumir un nuevo posicionamiento que lo ubica en primera persona, para que en el proceso despliegue su derecho de desarrollo personal y egrese de su condición de delincuente.

La praxis se centra en las personas y sus necesidades. Las partes asumen un rol siempre activo. Ponen en juego sus pensamiento, sus análisis, reflexión o expresión de sus emociones, por eso se trata de una práctica profundamente humana.

El hacer restaurativo generalmente está encargado a un equipo de facilitación o de círculos restaurativos donde quienes lo integran, en su rol restaurador desde los campos de la abogacía, la psicología, o el trabajo social, escuchan atentamente a cada persona, analizan el hecho y el contexto donde se desarrolla, su devenir individual y de esa manera habilitan otro nivel de comprensión de las cuestiones que hacen al conflicto de base. Estas circunstancias son, justamente, las que no fueron abordadas por el sistema tradicional y, de mantenerse inmutables, portan el gen de la recaída. Por lo tanto, las acciones restaurativas dan pie a una potencial incidencia, que muchas veces es decisiva en grupos de adolescentes y jóvenes.

Se trabaja teniendo en consideración no solo el emergente delito, el hecho en sí, sino el contexto que fue construyendo los valores, la toma de decisiones.

La praxis lleva un proceso que se desarrolla a partir de un marco teórico determinado. Se trata de contar con un encuadre que permita dirigir la atención, generar concentración y al mismo tiempo fluir en un espacio relacional seguro. La metodología incluye en su hacer el enfoque interseccional, interinstitucional e interdisciplinar para generar sistemas de apoyo.

La práctica restaurativa es un hacer amplio y evolutivo, pensado para la gestión y resolución de conflictos que se logra por medio de diferentes modelos, en los que participan la parte víctima, la parte ofensora y la comunidad, instituciones, fuerzas vivas. Postula que será plenamente restaurador si se cuenta con todas las piezas y parcialmente restaurativo cuando falte alguna de las partes, aunque se logre la transformación de conductas, como fin del proceso.

Los desarrollos restaurativos se enfocan en el comportamiento de las personas y el daño que sus acciones causan en otras y en su contexto. La comunidad se caracteriza por ser, en este ensamble, un sólido punto de apoyo, basado en ayudas técnicas, que dan soporte a derechos como educación, salud, tratamiento de adicciones, lo que permite avanzar en el proceso y lograr un alto control para generar hábitos. Se trata de generar plafones de bienestar e inclusión.

En su desarrollo, el proceso restaurador, genera nuevas comprensiones de cada cual y su contexto, incipientes reflexiones que transforman y traccionan un despegue del lugar en el que estaban al momento del hecho. Despegue en dos sentidos, uno es el sentido de aquello que hay que cambiar, este primer paso requiere voluntad, auto confianza, un despliegue seguro, un hacer creando un espacio relacional habilitante, un ambiente de potencialidad de fortalezas redescubiertas en cada sujeto. El segundo sentido es el de despegar a lo nuevo y proyectarse a lo que quiere cada quien. El proceso restaurativo, con apoyos y cuidados será, en este sentido, plataforma para el desarrollo. Este encuadre hace crecer a las personas en autonomía, poder de agencia, nuevos horizontes, al tiempo que inicia

una dinámica de procesos de subjetivación en el que las personas que se encuentran en la situación de conflicto pueden atreverse a salir de los roles asignados por el sistema.

El enfoque implica también una solvente especialidad, para hacer operativos los derechos, además de un hacer interdisciplinar, un accionar conjunto, en los que nos reconocemos desde nuestro conocimiento para poder visualizar la trama a partir de la cual se percibe la realidad. El dispositivo evidencia la necesidad de contar con un equipo plural que se escuche atentamente y cuyos saberes permitan visibilizar a la persona en el entramado a partir de sus potencialidades en el espacio relacional de ese encuentro.

La paz como horizonte

La base conceptual de la justicia restaurativa se vincula con el derecho a la paz. Esta, entendida como valor jurídico, en el trabajo restaurativo se desarrolla a través de dos grandes procesos. El primero de deconstrucción de las violencias, esas que en los *tipos penales* son consideradas al momento de hacer las sentencias para privar de libertad. Un segundo proceso, que se realiza concomitantemente con el primero, está dado por la gestión operativa de los DD. HH., con el objetivo ideal de alcanzar sociedades inclusivas y pacíficas.

En la decimoctava Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por su sigla en inglés) realizada en París, se aprobó una resolución que contiene una definición de paz:

La paz no puede consistir únicamente en la ausencia de conflictos armados, sino que entraña principalmente un proceso de progreso, de justicia y respeto mutuo, destinado a garantizar la edificación de una sociedad en la que cada cual pueda encontrar su verdadero lugar y gozar de la parte de los recursos intelectuales y materiales del mundo que le corresponde (1974).

Una segunda corriente se orienta a una noción operativa del derecho a la paz. En este encuadre es el Estado el encargado de garantizar la paz en su dimensión positiva, que debe tratar de definir las estructuras sociales en las que esté ausente toda violencia estructural, es decir asegurar una justicia social, y procurar los medios para realizar esas estructuras.

Johan Galtung, por ejemplo, investiga sobre las condiciones necesarias para evitar que la paz sea desplazada. Así desarrolla el concepto de *violencia estructural*, en particular investiga sobre el tipo de violencia que mata y aquella, que si bien no mata, “empequeñece a las personas en relación con lo que pudieran ser”(2003). En el mismo sentido y parafraseando a Galtung, Geovani Salguero Salvador señala que:

Para que haya paz en un país o región, se requiere de condiciones estructurales que permitan el desarrollo. La falta de desarrollo es fuente de violencia, en sentido contrario, la presencia del desarrollo puede concebirse como fuente de paz. No puede haber desarrollo sostenido sin paz, ni paz duradera sin desarrollo (1998: 31-32).

Ambos conceptos paz y desarrollo, son interdependientes e inseparables. Siempre siguiendo a Salguero Salvador, encontramos que:

La construcción de una paz (es decir, el proceso para obtener como producto a la paz) requiere de una visión amplia de los conflictos, debiéndose ser enfático en las raíces y contenidos de los mismos, de tal forma que no pueden existir recetas uniformes para resolverlos. Sin embargo, para que la paz se consolide dentro de un orden social, los mecanismos de construcción de una paz firme deben tener como contenido: que persigan la efectivización plena de los derechos humanos, ya que sin ellos no puede haber paz(1998: 29).

Así, una paz sólida necesita la creación de condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales. La paz se consolida cuando hay una plena vigencia, normativa y sociológica, de los DD. HH.

La sostenibilidad de la paz será perdurable cuando haya una lectura adecuada de cada conflicto, entendiendo que debe ser controlado y resuelto, debiendo ser trabajado en dirección hacia a la paz, desde una perspectiva creativa. En palabras de John W. Burton:

[...] precisamos de remedios para problemas de conflicto, basados en una adecuada explicación, no simplemente remedios intuitivos o ideológicos dictados por una utilidad inmediata. La resolución de conflicto como solución de problema está basado en una teoría analítico-explicativa que sugiere muy diferentes explicaciones del comportamiento, y por lo tanto medios muy diferentes de tratar el conflicto (1988).

Estas definiciones nos llevan a la idea de prácticas focalizadas, adaptadas, pertinentes a cada uno de los problemas que generaron el conflicto, tendientes a establecer mecanismos que anulen la mayor posibilidad de rebrote. En ese entendimiento, los sujetos que se hallaban en pugna pueden transformarse en constructores individuales de la paz. Acá es donde el desarrollo de una cultura de paz y respeto a los DD. HH. reviste especial utilidad.

Dentro de la cultura de paz encontramos el sustento a la idea de un derecho a la restauración en la gestión y acceso a los DD. HH. como presupuesto de una cultura de paz con el fin último de alcanzar la dignificación y el desarrollo pleno.

La inclusión: justicia restaurativa como reconocimiento recíproco

El objetivo de las prácticas restaurativas será incidir cualitativamente en los procesos de inclusión ciudadana, mediante desarrollos restaurativos que por sus características faciliten espacios relacionales humanizantes.

Binder (2001), al analizar el *problema político criminal del sistema penal*, refiere que estamos pensando mal las relaciones entre pena y reparación, la dogmática penal piensa en los problemas de la pena de

un modo que ya no es sustentable. Se necesita tratar de encontrar los vínculos que hay en la lógica reparatoria que tiene que acompañar a toda respuesta del sistema penal. La vinculación entre la reparación y la pena, que en los años 1930 obligaba al juez a tomar siempre medidas de reparación junto con la pena inclusive de oficio, y que luego se fue perdiendo totalmente a lo largo de los años, se hacía en base a lo que establece el 29 del Código Penal.

La situación delictiva cuando la pensamos como conflicto escalado nos permite registrar que tiene un costo social (Paz, S. [Silvana], 2018) para todas las personas involucradas, la víctima, la comunidad y la parte ofensora. En particular el delito en jóvenes ingresa por la vía de fallas en los procesos de socialización y es el resultado de múltiples atravesamientos, inscripciones sociales, culturales, creencias, ideologías, valores que van ampliando su incidencia como una ola en la vida de las comunidades. Este proceso da una imagen de secuencias que desdibuja la idea de delito isla, delito foto instantánea, basado en el supuesto de que se trata de un problema de alguien más, que ya pasó y hay que seguir sin analizar el motivo de su construcción y su emergencia, es decir continuar por los caminos naturalmente normalizados, sesgados y centrados en lo penal.

La actualidad requiere dar lugar a un análisis más profundo que cale en un proceso humano (Paz, S. [Silvina] y Paz, S. [Silvana], 2020) que, partiendo de la trasgresión a las normas, reconozca la necesidad de habilitar mecanismos restaurativos, interinstitucionales, instalando el diálogo de saberes entre instituciones para generar mayor incidencia y una labor sistémica, es decir, poder poner en marcha sistemas de acción y apoyo para transformar los conflictos en oportunidades de inclusión ciudadana. Saberes de múltiples disciplinas que permitan la formulación de recursos que puedan ampliar el poder de respuesta.

En estos mecanismos restaurativos es imprescindible poder trabajar ejes que aborden la responsabilidad subjetiva ante el accionar delictivo, reparación de los daños causados, restauración de los vínculos sociales dañados. Lo dicho busca darle sentido al concepto de dignidad humana que supone la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. Que la persona tenga el

reconocimiento de la total auto disponibilidad en cuanto a de las posibilidades de actuación propias, sin interferencias o impedimentos externos.

La dignidad humana, en este sentido, no es un concepto etéreo, por el contrario, sirve tanto para fundamentar, en momentos históricos diferentes, los distintos alcances de los DD. HH. y su protección amplia y efectiva como para apelar, en su nombre, al pleno desarrollo de la persona mediante la consolidación de un Estado Social de Derecho, donde las garantías individuales no resultan suficientes, sino en su correlación con la comunidad en una dialéctica entre derechos y deberes y el interés común que propicia lazos de solidaridad.

La importancia del enfoque restaurativo a la hora de tratar con infancias, adolescente y jóvenes

En el marco del seminario, compartimos los aprendizajes de la experiencia territorial desarrollada en prácticas restaurativas con más de 500 personas adolescentes y jóvenes afectadas por la situación que desata el delito. Así por ejemplo, relevamos que la mayoría había sido víctima antes de verse ellas mismas señaladas como delincuentes. Esa inquietud fue el móvil que nos llevó a indagar cómo interpretan las personas en desarrollo lo que toman del medio que los rodea, es decir ¿qué sucede entre un individuo y el medio? La pregunta es relevante porque consideramos que es ahí donde se configuran sus legalidades, en esa influencia social es donde adquirirán hábitos, darán sentido a sus actos y aceptarán valores que lo llevarán a identificarse en su proceso de configuración hacia la adultez. Estas elecciones serán incorporadas en una legalidad interna que luego impactará en su forma de desarrollarse en la vida. Son estas matrices las que van incidir en su apego o desapego por las normas, en su mayor o menor tolerancia al fracaso, en su mayor o menor violencia, en su mayor o menor seguridad, por citar ejemplos.

Estas coordenadas nos llevan al plano en el que tenemos que operar para reducir las oportunidades en que infancias, adolescencias o juventudes tengan la mala experiencia de caer en la tragedia que implica el delito juvenil en su proceso de desarrollo personal. Al respecto, Sanguino Cuellar y Baene Angarita (2016) apuntan que el fundamento de la sanción en penal juvenil, su finalidad, es la prevención especial positiva, lo que en términos penales tiene que ver con la resocialización y reeducación. Sin embargo, tal como lo advierte Mary Beloff (2000), educar es una asignatura que, como concepto en el ámbito del derecho, aún tenemos pendiente.

Los y las adolescentes en conflicto con su contexto social suelen actuar en bandas en las que hay alguien que actúa con el rol de líder. Si nadie del mundo adulto advierte e interviene en esa construcción identitaria, se impregna y no sale de ese estado, continuando hacia un proceso de desintegración social. Esto sucede cuando las personas infantiles o adolescentes son reducidas al rol de informante, a la manera de los niños halcones en México o mulas en el transporte de sustancias en el negocio ilegal de las drogas y armas, sin mecanismos efectivos de intervención en esos conflictos.

El enfoque restaurador se propone superar el dilema de trabajar en una sola dimensión ante el delito aplicando solo política criminal. Consideramos que el delito juvenil es un hecho social, que requiere fortalecer procesos sociales inclusivos que la mayoría de los adolescentes y jóvenes privados de libertad no obtuvieron en su vida de relación previa. Sabido es que el Estado tiene obligaciones de gobernanza establecida en normas internacionales que incorpora el imperativo de la *protección especial* para la infancia y hasta los 18 años, junto a una *justicia juvenil especializada*, de la mano de los principios que inspira la Convención Internacional de los Derechos del Niño, puntualmente en *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos*. Otra de las claves del enfoque restaurador será establecer una red de diálogo entre la justicia y las otras políticas de Estado.

Según el *Manual de justicia restaurativa* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006), las prácticas restaurativas también

permiten trabajar las vulnerabilidades, tal como se definen en el capítulo *Derechos Humanos y vulnerabilidad* de las Reglas de la Habana adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Estas vulnerabilidades habitan a esa persona adolescente y abren un espacio para gestionar nuevas legalidades, nuevos accesos sociales, culturales, mediante el enfoque sistémico y comunitario, en el que las políticas educativas, sanitarias y de desarrollo humano, también formen parte de la acción restauradora.

Los encuadres restaurativos permiten una deconstrucción de violencias y según Jhon Braithwaite (2006), en ese proceso el diálogo y el hacer comprometido por la persona da lugar a ideas de cambio y transformación que, con el apoyo de la sociedad civil, clubes, universidades, etcétera, le permiten evolucionar en el proceso de egreso de la situación de delito con mayores niveles de cohesión social.

Los delitos que tienen por protagonistas a infancias, adolescencias y juventudes, nos remiten a conocer y analizar la posibilidad real que tiene o tuvo ese colectivo, en su línea histórica, de acceder a derechos de tal forma que con mayores resguardos les hubieran permitido mejores niveles de desarrollo, evitando el vínculo con el sistema penal. En ese camino, el déficit encontrado en particular en los organismos encargados de garantizar los derechos, pone en tensión un análisis sobre la gestión de respuestas y de procesos ante el delito juvenil. Advirtiendo que, con las intervenciones exclusivas desde el sistema jurídico penal sin un trabajo con la persona, no se logran cambios perdurables de las conductas en adolescentes, desperdiciando una oportunidad que requieren.

En ese marco, las evidencias encontradas en el marco del programa restaurativo *Más seguro de mí*, desarrollado por la Fundación Acción Restaurativa Argentina (FARA) con jóvenes privados de libertad, dan cuenta de que la gestión del tratamiento no supe gran parte de las necesidades que, a manera de respuestas, debería dar el Estado, al considerar la idea de responder a la violencia delictual con más violencia Estatal, por caso, el delito cometido con arma, que se pena con la privación de libertad en espacios cerrados con accesos limitados a la gestión de sus derechos. En ambos espacios, libre y

cerrado, no lograron acceder a respuestas integrales ni reforzadas. Por ese motivo es significativo considerar las dificultades que atraviesan antes, durante y después del proceso judicial las personas adolescentes, sumado a ello el peso propio que el encierro acarrea.

A priori, las calles, las cárceles, las escuelas y los lugares donde la violencia no permite una vida que asegure el desarrollo de las personas ni una vida digna, requieren de la presencia del Estado en forma integral, y de la comunidad que les haga saber que nos importan, ya que el recorte que se produce cuando el conflicto es leído desde el Estado solo como delito, obtura la posibilidad de otros abordajes imprescindibles para egresar de la condición de delincuente. Postulamos que en etapa evolutiva las adolescencias están en un momento de recalcado de sus referentes y de suscripciones.

Mientras que a fines del siglo pasado se crearon sistemas procesales de garantías de derechos, con foco en la persona del imputado, hoy, en cambio, se privilegia garantizar los derechos de las víctimas. En el seminario compartimos la vivencia de una víctima, en un proceso penal de adultos, que desaprobaba la libertad que le habían dado a la persona ofensora. Se trataba de un caso de torturas seguidas de muerte provocadas por una persona perteneciente a las fuerzas de seguridad que atravesó el proceso en arresto domiciliario. Pero su mayor dolor estaba en que nunca, la única persona que podía darle respuestas, se las había dado. La víctima estaba acompañada por muchos organismos nacionales y provinciales gubernamentales y no gubernamentales, sin embargo, ninguno de ellos, pasado 20 años desde el hecho, había podido explicarle, la razón, el móvil de la muerte de su hermana, ¿por qué a ella?, ¿porque esa saña? En forma muy clara expresó “Yo necesito para cerrar esto la punición, pero, no me alcanza, yo necesito tener derecho a la reparación”. Ejercer su derecho a la reparación integral, es posible hoy en el marco de procesos restaurativos que complementan la respuesta estatal de la mano de una construcción asertiva, no violenta, adecuada, sanadora, que da sentido a la respuesta que se brinda.

La práctica restaurativa puede darle a la víctima también la posibilidad de dejar de ser un sujeto pasivo y externo del proceso para pasar a ser un sujeto activo, protagonista.

Se fortalece en ese camino también la institucionalidad, que el sistema de justicia no solamente procese el hecho en un tiempo razonable con garantías procesales, sino que, sumado a ello, habilite a las víctimas ya que muchas han quedado nulificadas por los efectos del delito, se sienten impotentes y no pesan en términos de registro en el proceso.

La diferencia entre la justicia restaurativa y los institutos catalogados como de resolución alternativa

En el seminario, además, volvemos sobre los procesos especiales que incorporaron los CPP, en diferentes institutos, como la figura de la suspensión de procedimiento a prueba (*probation*) o el mismo juicio abreviado. También se pone el foco en el progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas a través de leyes especiales, pues entre otras exigencias comienza a operar la obligación de informar a las víctimas de las posibles decisiones judiciales, de manera que pueda la víctima manifestar su disidencia. En todos estos escenarios se trabaja analizando sus limitaciones y fortalezas. Asimismo, se abren oportunidades para un desarrollo restaurativo.

Ahora bien, el proceso penal juvenil en ocasiones confunde a las y los jóvenes, porque carecen de la escena del juicio, esa escenografía también es parte de lo que entienden como justicia. Entonces cuando no se da, cuando está ausente, y además nunca han tenido un rol protagónico de acción en el proceso, el sistema de justicia parece no tener contenido. Entienden que no pasó nada, percibiendo estos encuadres como livianos, no integrándolos como límites.

Por eso, la diferencia estará en la posibilidad de abrir a la desjudicialización, no solo los módulos judiciales restauradores, sino también los comunitarios, en los que la autonomía cobra espesor propio y las partes construyen las formas de resolver los conflictos desde sus barrios.

También es importante reflexionar sobre el estado actual de las estructuras que, vale decirlo, son las mismas del siglo pasado para los distintos conflictos, pero ahora atraviesan un colapso por exceso de casos. Esto afecta a las respuestas y hace caer la efectividad de estos institutos. En particular la persona adolescente reitera los hechos, aparece también en la evaluación judicial ese temor de desapego a las normas sociales y, contrabalanceando, la báscula de las penas sube.

Por ello es muy importante dar lugar a los programas diseñados desde las prácticas restaurativas para ampliar el resguardo de las garantías de las personas víctimas y ofensoras.

Si hablamos de las personas ofensoras en el proceso restaurativo, está claro que no se trata de un ente pasivo a la manera de la justicia tradicional, que, en virtud de su derecho, puede participar de todo el procedimiento sin hablar. En el marco de una práctica restaurativa, voluntaria y confidencial, se le habilita la oportunidad de egresar del lugar de ofensor. Es decir, superar esa suerte de responsabilidad objetiva que aplica el Estado por medio de una pena. El desafío es trabajar la responsabilidad subjetiva con la persona de manera que le posibilite pensarse y egresar de su condición ofensora. Por ello es fundamental contar con estructuras y gestiones restaurativas que le permitan administrar también sus emociones, y que no se confirme en la ilegalidad.

El proceso restaurador como marco de un proceso personal sustantivo

Si hacemos un esquema del sistema retributivo, tanto la parte víctima como la ofensora, aparecen como sujetos de los que se pretende información útil para la averiguación de la verdad. Acá se sostiene que hay una intervención porque hay que estudiar la verdad real, en clave del recorte hecho en un plano, el delictual. Ese recorte es el constitutivo de lo que comenzará a ser la verdad formal por medio de la prueba que abasteca el caso. El Estado dota a la parte ofensora

de garantías constitucionales, que tienen que ver con que no participe, que no diga, pero ese hacer dispensa, saca del lugar de persona que puede dar una respuesta digna, que también le ayude a llevar el peso que significa el delito.

La persona víctima también, en el sistema penal, fue testigo privilegiado, y siempre puede padecer victimización secundaria. En rigor la revictimización puede venir por forzarla a declarar, pero también por su olvido, por la falta de reconocimiento como parte ofendida.

Centrándonos en las necesidades de las partes protagonistas: tanto para la persona víctima como ofensora la praxis restauradora trae una buena nueva, y es que, siendo protagonistas, con apoyos y cuidados, pueda la persona ofensora mostrar una capacidad de abordar un conflicto, de analizar su contribución, de procesar los daños que provocó en las víctimas, en sus familias, en su familia propia, en su comunidad, en sí, en su pasado, en su presente y en su futuro. La víctima, por su parte, es empoderada porque se la reconoce y es ella, no la burocracia penal, la que pondera la magnitud del daño, la necesidad o no de determinada respuesta. Se entabla un llamado a responder, una respuesta y una reacción a esta.

Eso es una acción restaurativa de resignificación de las relaciones y de construcción de dignidad. Esta última nos humaniza, es ese bien intangible que da base al desarrollo humano, a la seguridad personal. Y esto sucede porque en este proceso se operativizan los DD. HH..

Algunos aprendizajes con anclaje en las experiencias

El seminario nos permite compartir el trabajo en cárceles y en centros de contención en los programas restaurativos desplegados desde FARA, en particular con *Más seguro de mí 2.0*. Su desarrollo en el encierro y en el medio comunitario permite analizar si la detención en el sistema de justicia penal juvenil apunta a la *resocialización* o es *pura pena que obtura*

posibilidades de desarrollo humano. Interrogar sobre cuál es el sentido real de las sanciones en el fuero penal juvenil y qué aporte puede traer abordar la cuestión penal juvenil con apoyo en prácticas restauradoras.

El encierro se incorpora en los imaginarios sociales cotidianos como la única pena legítima en nombre de la seguridad, y se constituye en eje de la sanción, aun en infancia. La seguridad ciudadana del mundo adulto céntrico no concibe abordajes especiales para las adolescencias, generando prácticas que pivotean entre la idea de la supuesta minoridad en tanto objeto o sujeto de intervención. Parecería que la justicia penal juvenil no ha logrado escalar en más y mejores derechos, pues aún trabaja anclada en el Complejo Tutelar y esto se hace evidente en los espacios de encierro analizando las prácticas diarias a la luz de los paradigmas de promoción y protección pntegral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Alcira Daroqui y Silvia Guemureman (2000) en su texto titulado *Los menores de ayer, de hoy y de siempre: un recorrido histórico desde una perspectiva crítica*, plantean que el *sujeto menor* se ha ido construyendo por más de un siglo de la mano del complejo tutelar para menores y el sistema correccional para el tratamiento del delincuente. Ellas parten de dos conceptos significativos:

Lo *tutelar*, en sentido de protección y lo *correccional*, en sentido de curación. Así constituían una suerte de andamiaje sobre el que se montarían todas las políticas dirigidas *contra* aquellos que se identificarían y clasificarían como *desviados, delincuentes, abandonados, desamparados, maltratados*, es decir, aquellos sujetos que sea por una vida desgraciada o por una maldad natural, eran *los peligrosos*, es decir, que representaban una amenaza hacia el resto de la sociedad. (Daroqui & Guemureman, 2000). No se trata de otras cosas que de la doctrina de la situación irregular contenida en la Ley Nacional de Patronato de Menores N° 10.903¹, sancionada en 1919.

¹ En esta se define *situación de peligro moral y/o material* y para ello identifica a su destinatario: *niño abandonado* y *niño delincuente*, a quienes iba destinado la tutela y corrección. Esos niños *minorizados*, sin infancias deseadas, fueron objeto de intervención y control estatal.

En 1990 se produce la incorporación de la Doctrina de la Protección Integral con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)², que establece que el *menor* sería desde entonces y para siempre sujeto de derecho, en oposición al patronato que lo ubicaba como objeto de tutela.

El modelo los llama a partir de ese momento *niños, niñas y adolescentes*, concebidos como personas en desarrollo, con determinadas capacidades y fundamentalmente, sujetos de derecho con accesos privilegiados a partir del principio y garantía llamado *Interés superior del niño*, desde allí no habrá acciones estatales coactivas para garantizar derechos sociales sino medidas de protección de esos derechos, tomadas por el lapso que resulte necesario hasta su restablecimiento.

La Ley n° 26.061 crea el Sistema de Protección Integral de Derechos que establece una organización mediante la cual las instituciones administrativas o judiciales se encuentran dotadas de dispositivos que se activarán ante la violación o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, como institución rectora cuyo fin será establecer los lineamientos y parámetros de las políticas públicas de infancia, teniendo como meta efectivizar los derechos y garantías reconocidos a esa parte de la población. En el ámbito provincial de Buenos Aires, la Secretaría de Desarrollo social mediante el Organismo Provincial de Infancia y la Secretaría de Responsabilidad Penal Juvenil.

Sin embargo, lejos del objetivo planeado, la nueva legalidad sin estructuras y gestión adecuada que permitiera mayor acceso a derechos, generó cambios menores, desde el proceso penal garantías procesales y desde lo social se provocó una reducción de intervenciones

² Como parte del cambio en el año 2005, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes da lineamientos generales para la planificación de políticas públicas que hagan efectivo los derechos.

atento que los niños, niñas y adolescentes no pueden pedir por sí mismos, si no hay un adulto que les acompañe responsablemente. La ley en suma no desbordó un bagaje de conocimiento que avalara nuevas prácticas y los recursos humanos no fueron formados en el nuevo estándar. La falta de una ingeniería institucional adecuada se hizo evidente. Otra vez efectos nocivos de las prácticas afectan el desarrollo social de estas personas.

La reintegración social fallida no es inocua, es una mala praxis, lleva a instalar a la persona en un proceso de recaimiento, que implica pérdida de identidad ciudadana, sentimiento de fracaso y comienza a configurarse la idea de formar parte de un bando que quedó al margen, que al recaer, al fracasar en el cambio que se espera de sí, termina por confirmar a la persona adolescente o joven en el proceso de desafiliación y en el delito. Se registra en las prácticas realizadas, que pierden derechos cuando las gestiones no los implican desde lo humano y en esa vía se hace líquida la enorme oportunidad de restaurar. Las personas adolescentes y jóvenes que han formado parte de los procesos restaurativos y de reparación comprenden que pueden dar mejores respuestas, que pueden formar parte de algo más amplio que se llama comunidad y pueden incidir positivamente en ella y trascender. Este proceso personal que hace cada uno requiere de metodologías específicas restauradoras, de apoyos diferenciales que los iguale en oportunidades y accesos, para ello necesita apoyos y cuidados reales. En la gestión de los procesos judiciales, las burocracias institucionales, la cultura institucional, danzan en su propia lógica de papeles, presentaciones, informes, escritos, permisos, denegaciones, alegaciones, recursos, en un plano que incide en mayor o menor encierro, pero en nada ingresa al núcleo crítico del desarrollo personal.

En las entrevistas mantenidas con jóvenes que han estado privados de libertad y regresaron al medio libre, después de haber estado un promedio de cinco años, refieren que su proceso de egreso fue complejo, no habían adquirido competencias que le permitieran insertarse, reconocen una ausencia de espacios interinstitucionales focalizados en esta población, adaptados a las necesidades propias de

una persona que vivió en una atmosfera artificial donde elaboró estrategias que no son traspolables en el mundo real. Esto provoca que quienes han trabajado mucho con sus actitudes, hábitos y conductas y creían que podrían cambiar su realidad, al regresar al contexto abierto degradado por conflictos sociales, se violenten, y no pudiendo mantenerse sin conflictos escalados, se sientan con muchos límites. Todos los egresados, aun sin caer en cuadros críticos, en algún momento solicitaron apoyos y ayudas adaptadas, por estar *perdidos*.

En el siglo XXI, las líneas centrales de la justicia penal juvenil se encuentran atravesando un proceso de detenimiento en el desarrollo epistemológico de prácticas acordes al desarrollo humano de una persona en crecimiento, en centros de contención atestados de adolescentes con problemáticas de consumo y afecciones en salud mental. Esta realidad histórica y actual pone el problema en la cima de las prioridades y anima a la construcción de nuevos procesos que aniden en nuevas prácticas que permitan, por su estructura basada en la reparación, responsabilidad y reinserción, pensar en una evolución real del proceso juvenil a un proceso de responsabilidad penal juvenil restaurativo, donde no solo se ponga foco en el delito.

El programa *Más seguro de mí 2.0* es llevado adelante por el equipo restaurativo FARA, desde 2014. Nace en el marco de la reforma legislativa de infancia. El Programa se desarrolla en el encierro en una primera etapa y articula en un trabajo en red en el egreso en la comunidad. Con recursos que surgen de la red de efectores, se forman sistemas de respuestas interinstitucionales para lograr una práctica acorde a la CIDN³ con una propuesta metodológica que se asienta en los principios y garantías de los DD. HH. de esta población.

El objetivo del plan de trabajo está centrado en el acceso ciudadano de adolescentes y jóvenes que egresan del sistema de justicia penal juvenil, apoyando esas inclusiones sociales en la restitución y restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que no saben o no pueden ejercer sus derechos y que los regresan al encierro.

³ Ley 23.849.

El programa ha generado relaciones estructuradas en convenios con las áreas del Estado nacional, provincial y local en La Plata y Ensenada, como Desarrollo Social y Educación, Servicios Locales de Protección de Derechos que crean lazos fuertes de trabajo para restituir los derechos. También articula con fiscales, defensores, y jueces del sistema penal juvenil, así como efectores de centros de contención y de recepción comunitaria. En el Programa se promueve el acceso ciudadano de base comunitaria, buscando la desinstitucionalización y desjudicialización.

Desde el año 2012, el Servicio Penitenciario de Buenos Aires fue autorizando y acompañando programas que se realizaron en la cárcel con mujeres que habitaban el encierro con niños y niñas menores a cuatro años y desde el 2014 al presente, en la cárcel de jóvenes adultos, Unidad 45. En este último, la Fundación Acción Restaurativa, ONG de profesionales restaurativos, ex víctimas y personas voluntarias, asume el compromiso de acompañar la búsqueda de alternativas para el egreso con cuidados y apoyos para la desinstitucionalización de niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de promover y proteger sus derechos para desjudicializar los conflictos sociales, articular acciones y poner a disposición servicios y programas⁴.

En relación con la población juvenil la mayoría de las situaciones en las que es llamado el equipo FARA, es por derivación de otros programas que integran su red formados por ONG, universidades y el Estado desde el Poder Judicial y el Ejecutivo. Durante la pandemia se incorporó la construcción de una revista virtual, *Los únicos*, que se constituyó como el único canal de comunicación sostenido con el afuera, por el programa restaurador las y los jóvenes integrantes del círculo restaurativo transitaban las incertidumbres que esa época trajo, bajando ansiedad y aportando saberes. En el 2023, se realizaron prácticas restaurativas mediadas por el arte con mujeres reincidentes en la Unidad 33, y en centros de contención con sede en el complejo Nueva Esperanza.

⁴ www.accionrestaurativa.com.ar

Con lo aprendido en estas experiencias, y el encuadre técnico se desarrolla el *Seminario II*, en el que se agudiza el enfoque en derechos, como eje ordenador y facilitador de cambio social. Se propone al estudiantado estrategias de trabajo en red, pensando alianzas con órganos administrativos, judiciales, y locales para lograr la incidencia en la comunidad abierta, repensando el derecho desde la práctica.

En ese sentido desde lo pedagógico se considera muy significativo proponer al alumnado un proceso de repensar el sentido o funcionalidad que se le da al derecho. Se busca que cada estudiantese concentre en ese rol, pensándose ya abogando, y en desde ese lugar pueda preguntarse: ¿a dónde lo lleva su práctica?, ¿que subyace detrás de los fines declamados en la ley? ¿Fines socioeducativos, políticas resocializadores, usos de la pena pura y dura?

Como ya se expresará los aportes del trabajo en terreno surgen de fuentes directas y confiables de información: entrevistas abiertas, documentos, conversaciones informales con adolescentes y jóvenes y familiares de las personas detenidas dan una prueba significativa del estado de situación. El objetivo de nuestro hacer docente es abrir el horizonte, dotar de nuevas herramientas y repensar la realidad del contexto. De esa manera se interpela y pone en tensión la forma en cómo este estudiante piensa la gestión del derecho en la realidad, ese análisis le permite hacer nuevos caminos mentales para pensar en este grupo de personas que, por un lado, gozan desde el reconocimiento formal de derechos reforzados, pero por el otro, y en contraste, cargan con el estigma de la inseguridad y un día a día que no los ve hasta que cometen un delito.

En síntesis, las prácticas restaurativas se presentan como una plataforma apta para desplegar estrategias de desarrollo, a partir de ese encuadre se orienta el proceso de formulación, modulación, implementación y evaluación de prácticas y adecuación de saberes y capacitaciones en el área de la justicia restaurativa. El Estado, en su posición especial de garante, debe abastecer los derechos con los mejores medios, con respuestas informadas, prontas y efectivas, que

superen el plano papel. La o el adolescente que estuvo encerrado en un largo período de su vida, egresa de la cárcel o centro de contención y presenta necesidades especiales de inclusión, avaladas por razones sustentadas en obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de DD. HH. e incluso razones neurocientíficas hoy dan cuenta de la urgencia.

Las prácticas restaurativas cumplen los objetivos exigidos por las reglas y tratados internacionales vigentes (Convención Internacional de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Reglas de Naciones Unidas para Protección de los Menores Privados de Libertad, Directrices de RIAD [Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil], entre otros), los cuales postulan a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos con garantías para el desarrollo de su vida en libertad y sin riesgos. Lo cierto es que el IUPFA ha encarado un proceso de fortalecimiento institucional orientado a la incorporación de mecanismos restaurativos, en ámbitos policiales, penales, penitenciarios, de prevención y reactivos penales, penales juveniles, ejecución de sentencia y trabajo con víctimas.

El alumnado, en el desarrollo del seminario restaurativo aporta inquietudes sobre la aplicación práctica de los enfoques que pueden darse en el marco de un proceso, reconociendo el valor de las acciones restaurativas, como de los programas que son muy útiles en términos de prevención delictual e inclusión ciudadana. El seminario aporta una visión trascendente que le permite al alumnado recorrer transversalmente las materias mediadas por el lente restaurador y eso le abre nuevas posibilidades que fortalecen saberes y generan un plus de conocimiento para su vida profesional.

PARTE III

Paradigmas para un nuevo perfil profesional

La atención es la más extraña y más pura forma de generosidad.

Simone Weil, Correspondencia

Género y derecho

Teorías críticas legales feministas
y nuevos abordajes pedagógicos

Yanina Guthmann

La jerarquía es algo que viene de antiguo. [...] estilo y pureza, junto con su diagrama del arte abstracto, representan el intelecto, la razón, la nitidez, y romántico y emoción, representan el cuerpo, la figura y el caos corpóreo, donde los límites entre fuera y dentro comienzan a desdibujarse. Los códigos intelectuales se identifican con lo masculino, y los corporales, con lo femenino (al final y al cabo, en el parto tiene lugar la expulsión definitiva de un cuerpo). La ciencia y la cultura masculinas se oponen a la caótica naturaleza femenina. [...] Lo catalogado como masculino y femenino variaba según el punto de vista cultural de cada uno.

Siri Husvedt, Recuerdos del futuro

En este breve ensayo presentamos los resultados de una propuesta pedagógica experimental realizada en el marco del seminario electivo I de *Género y derecho* en la carrera de Abogacía del IUPFA, durante el primer cuatrimestre de 2022. Se trata de la integración de los contenidos más conceptuales de la materia con la conciencia vivencial, anclaje corporal de los mismos. Debo aclarar que esta misma experiencia se realizó en otra materia de primer año. La propuesta generó rechazo no tanto a nivel de lo experimental, a lo que pudieron entregarse, sino por la coexistencia de esta práctica con las dinámicas propias de una materia obligatoria: presencia y evaluaciones, generando un clima muy complejo y confuso. Esto lo retomaré en la conclusión como parte de las reflexiones a futuro.

Esta propuesta surge de mi propio recorrido como investigadora y docente en ciencias sociales y a la vez, como estudiante de una formación en eutonía¹, en la que mis experiencias en la danza, el teatro y el canto, van encontrando la forma de un corpus experimental movilizable y a la vez en diálogo con los saberes más académicos e intelectuales.

El programa del seminario incluye una mirada desde las teorías críticas legales feministas, en particular el trabajo de Tamar Pitch (2003), y nos basamos en temáticas claves como femicidios y prostitución (Julia Monárrez Fragoso, 2019; Marcela Rodríguez, Silvia Chejter, 2014), entre otras. En la última parte del seminario buscamos dar una posible salida a la pregunta sobre el origen de la violencia contra las mujeres en Occidente, una comprensión de aquello

¹ La eutonía es un abordaje corporal integral creado por Gerda Alexander en Dinamarca en los años 50. El objetivo principal de la disciplina es encontrar a partir de sus cuatro principios: conciencia ósea, conciencia de la piel o tacto consciente, conciencia de los espacios internos y contacto consciente, las fijaciones tonales del cuerpo. En este proceso de comprensión, se desbloquea la energía, se liberan tensiones, y se van descubriendo los mecanismos reactivos del propio ser en su dimensión corporal. Se puede pensar como un trabajo de autoconocimiento, pero también como una pedagogía terapéutica. Ver Alexander, G. (1983). *La eutonía, un campo hacia la experiencia total del cuerpo*. Paidós: Barcelona.

que está tanto en la base de la violencia como de la impotencia e incluso de la contribución del derecho en la misma, desde una mirada ecofeminista² y por tanto no puramente intelectual o académica. En particular nos centramos en la historización de Silvia Frederici, sobre el origen conjunto del capitalismo y el patriarcado: *Calibán y la bruja: mujeres, cuerpo y acumulación originaria* (capítulo 2 y 3), donde se proponen hipótesis explicativas filosóficas, ancladas en las teorías cartesianas y hobbesianas del control del cuerpo, el sometimiento, la desvalorización y las consecuencias aún actuales de estas configuraciones.³ Según esta perspectiva, el origen de la violencia contra las mujeres tal como es conocida hoy se puede analizar desde la caza de brujas, fenómeno relacionado con los procesos de cercamiento de tierras y privatización de las mismas en los siglos XVI y XVII. Según Frederici, ese fue el momento en el que se “conformó la clase terrateniente, que convirtió la producción agrícola en una empresa comercial, y al mismo tiempo, mediante el cercamiento de las tierras comunales, creó una población de mendigos y vagabundos” (Frederici, 2021: 8). Por otro lado, estos cambios afectaron todos los aspectos de la vida y animaron un profundo reordenamiento. La caza de brujas y estos cambios influyeron en un progresivo “cercamiento del cuerpo femenino” (Frederici, 2021: 8) a través del control del Estado sobre la sexualidad y la capacidad reproductiva.

Las mujeres fueron el objetivo principal de la persecución porque fueron quienes más se empobrecieron a causa de la capitalización de

² La mirada ecofeminista analiza el cuerpo de las mujeres en relación al *cuerpo terrestre* y su cualidad cíclica como un reflejo y una mayor unión con este, esta analogía se desarrolla como movimiento que une reclamos sobre la soberanía de ambos *cuerpos*.

³ El texto trabaja muchísimos ejemplos, pero uno bastante literal es el tratamiento de los excrementos y la construcción de los mismos como algo nefasto, insertible y a ocultar. Muestra que el proceso progresivo de invisibilización de los excrementos fue de la mano con la invisibilización de las clases obreras, sus necesidades y sus formas de vida. En cuanto al tema de las mujeres y en particular de la prostitución, la autora muestra que responde a contextos históricos de pobreza y exclusión laboral surgiendo como una respuesta desde la desesperación y la opresión.

la vida económica y porque la regulación de su sexualidad y de su capacidad reproductiva fue una condición para la construcción de formas de control social más rigurosas.

A partir de la integración de lenguajes distintos, incluimos la eutonía como abordaje corporal. Esta disciplina nos habla de la estructura ósea del cuerpo, su envoltura: la piel; los espacios internos, referidos al espacio que ocupa el cuerpo, el espacio abajo de él y el espacio dentro, y también indaga en las posibilidades de contacto consciente con los objetos que nos rodean: la silla, la pared, o algún elemento cotidiano, la comodidad o incomodidad, las formas de apoyos, de articulación. Esta práctica permitió a al estudiantado reconocer sus propias marcas de la violencia, los límites del cuerpo y del sentir en la cultura actual que permanece capitalista, salvaje muchas veces, y patriarcal, aún si hay avances importantes en algunos aspectos concretos, no siempre estos avances tienen una manifestación en la vida afectiva, emocional y cotidiana de las personas. A nivel universitario, el dar espacio a los cuerpos y lo sensible quedó del lado de lo complementario, prácticas corporales como complemento del estudio intelectual. Esta experiencia buscó restablecer el lugar de estas prácticas y de estas miradas en un seminario “tradicional”.

A nivel pedagógico, la apuesta busca alejarse de la idea de educaciones que reproducen la jerarquía del cuerpo-razón, cuerpos sentados y mentes despiertas; incluso modelos que piensan en clases debates y luego encuentran el momento de distensión en la salida posterior. ¿Por qué seguir nutriendo tensiones y fijaciones corporales, cuando las visiones críticas tanto feministas como legales, llevan claramente a repensar y cuestionar no solamente las ideas sino también las prácticas, no solo lo público sino también lo íntimo? Y con esto no se trata de las historias de vida que, claramente, con la temática del seminario pueden aflorar, sino más bien de traer a la luz, nombrar, sensaciones, sentimientos y cuestiones que se despiertan cuando leemos sobre mujeres asesinadas, sobre prostitución, sobre desigualdad, que sin este ejercicio se abordan como si fueran lecturas lejanas sobre otras personas, distintas a nosotras y nosotros.

Según Frederici, en el intento de formar un nuevo tipo de individuo, la burguesía entabló esa batalla contra el cuerpo que se convirtió en su impronta histórica:

De acuerdo con Max Weber, la reforma del cuerpo está en el corazón de la ética burguesa porque el capitalismo hace de la adquisición “el objetivo final de la vida”, en lugar de tratarla como medio para satisfacer nuestras necesidades; por lo tanto, necesita que perdamos el derecho a cualquier forma espontánea de disfrutar de la vida (Frederici, 2010: 182).

Desde esta perspectiva, se buscó transformar las potencias del individuo en fuerza de trabajo y en este punto la manifestación intelectual de las prácticas vino de la mano de grandes pensadores, que adelantados a su tiempo pudieron darle forma a algo nuevo, aún en mutación, aún en ciernes: la idea de un cuerpo despojado de lo sagrado, un cuerpo sin valor. Según Frederici, Thomas Hobbes y René Descartes fueron representantes de su época⁴:

El cuidado que exhiben en la exploración de los detalles de la realidad corporal y psicológica reaparece en el análisis puritano de las inclinaciones y talentos individuales. Esto último selló el comienzo de una psicología burguesa, que, en este caso, estudiaba explícitamente todas las facultades humanas desde el punto de vista de su potencial para el trabajo y su contribución a la disciplina (Frederici, 2010: 189).

En esa época comienza también lo que Frederici narra como el *teatro anatómico que expone a la vista pública un cuerpo desencantado* y

⁴ Según Frederici (2010: 192) Descartes y Hobbes expresan dos proyectos diferentes en relación con la realidad corporal. En el caso de Descartes, la reducción del cuerpo a materia mecánica hace posible el desarrollo de mecanismos de autocontrol que sujetan el cuerpo a la voluntad. Para Hobbes, por su parte, la mecanización del cuerpo sirve de justificación para la sumisión total del individuo al poder del Estado. En ambos, sin embargo, el resultado es una definición de los atributos corporales que, al menos idealmente, hacen al cuerpo apropiado para la regularidad y el automatismo exigido por la disciplina del trabajo capitalista.

profanado, que solo en principio puede ser concebido como el emplazamiento del alma, y que en cambio es tratado como una realidad separada” (Frederici, 2010: 189). Es así que se entienda como en Descartes, el cuerpo está divorciado de la persona: “No soy este cuerpo” insiste el filósofo que vivió con fragilidad en su salud, tos seca y piel pálida (Valery, 2005: 15) a lo largo de sus *Meditaciones*. En particular en la meditación 6, el filósofo moderno destaca:

Así como un reloj, compuesto de ruedas y pesas, observa igualmente las leyes de la naturaleza cuando está mal hecho y no señala bien la hora, y cuando satisface por entero el designio del artífice, así también, si considero el cuerpo humano como una máquina fabricada y compuesta de huesos, nervios, músculos, venas, sangre y piel, y ello de modo tal que, aun cuando no hubiera en él espíritu alguno, se movería igual que ahora lo hace cuando su movimiento no procede de la voluntad, ni por ende del espíritu, y sí sólo de la disposición de sus órganos.

Advierto, al principio de dicho examen, que hay gran diferencia entre el espíritu y el cuerpo; pues el cuerpo es siempre divisible por naturaleza, y el espíritu es enteramente indivisible. En efecto: cuando considero mi espíritu, o sea, a mí mismo en cuanto que soy sólo una cosa pensante, no puedo distinguir en mí partes, sino que me entiendo como una cosa sola y enteriza. Y aunque el espíritu todo parece estar unido al cuerpo todo, sin embargo, cuando se separa de mi cuerpo un pie, un brazo, o alguna otra parte, sé que no por ello se le quita algo a mi espíritu. Y no pueden llamarse «partes» del espíritu las facultades de querer, sentir, concebir, etc., pues un solo y mismo espíritu es quien quiere, siente, concibe, etc. Mas ocurre lo contrario en las cosas corpóreas o extensas, pues no hay ninguna que mi espíritu no pueda dividir fácilmente en varias partes, y, por consiguiente, no hay ninguna que pueda entenderse como indivisible. Lo cual bastaría para enseñarme que el espíritu es por completo diferente del cuerpo, sí no lo supiera ya de antes (Descartes, 2020: 66-67).

En el modelo cartesiano de la persona se ve, entonces, la misma centralización de las funciones de mando que en ese mismo período se estaba dando a nivel del Estado, al igual que la tarea del Estado

era gobernar el cuerpo social, en la nueva subjetividad, la mente se convirtió en soberana (Frederici, 2010: 205). El producto de esta separación con respecto al cuerpo fue, en otras palabras, el desarrollo de la identidad individual, concebida precisamente como *alteridad* con respecto al cuerpo y en perpetuo antagonismo con él. Según Valery, luego de pasar de la filosofía a las matemáticas, Descartes se deja llevar por los placeres mundanos cuando viaja a París, sin embargo “los placeres, según los llama todo el mundo, dejaron bien pronto de darle placer” (2005: 21).

Siguiendo a Frederici en, este intento obsesivo por conquistar el cuerpo en sus más íntimos pliegues, se ve reflejada la misma pasión con que, en esos mismos años, la burguesía trató de conquistar- podríamos decir *colonizar* ese ser ajeno, peligroso e improductivo que a sus ojos era el proletariado. Pues el proletariado era el gran Calibán de la época (2010: 214), en referencia al texto *La Tempestad* de Shakespeare (1611) como un personaje salvaje, incivilizado y primitivo.⁵

En este punto, vale la pena volver al Descartes de Valery para repensar la forma en que la filosofía fue apropiada por la cultura y cómo la búsqueda de conocimiento se volvió un fin último de forma jerárquica por sobre cualquier otro fin, llevando a que la conciencia humana pudiera verse restringida a la conciencia intelectual, y el conocimiento científico fuera puesto en valor por sobre la sabiduría del saber cotidiano y de los saberes ancestrales, cuando lo que hizo el filósofo fue una ruptura del dogmatismo imperante a partir de sus propias limitaciones físicas, y por tanto una revolución epistemológica y pedagógica profunda pero que no debía, como lo hizo, servir de legitimación a una jerarquía absurda:

⁵ Según Frederici, un elemento significativo, en ese contexto, fue la condena del aborto y de la anticoncepción como *maleficium*, lo que encomendó el cuerpo femenino a las manos del Estado y de la profesión médica y llevó a reducir el útero a una máquina de reproducción del trabajo. Por otro lado, y en consonancia con esto, la persecución de las brujas fue el punto culminante de la intervención estatal contra el cuerpo proletario en la era moderna.

La brusca abolición de todos los privilegios de la autoridad, la declaración de nulidad de toda la enseñanza tradicional, la institución del nuevo poder interior fundado sobre la evidencia, la duda, el “buen sentido”, la observación de los hechos, la construcción rigurosa de los razonamientos, esa limpieza implacable de la mesa del laboratorio de la mente, era, en 1619, un sistema de medidas extraordinarias que adoptaba y dictaba en su soledad invernal un muchacho de veintitrés años, fortalecido por sus reflexiones, seguro de la virtud que había en ellas, a al cual daba él y en la cual encontraba la misma fuerza que el sentimiento mismo de su propio existir (Valery, 2005: 25-26).

Lo que hechiza en él y nos lo hace vivo es la conciencia de sí mismo, de todo su ser reunido en su atención, conciencia penetrante de las operaciones de su pensamiento; conciencia tan voluntaria y tan precisa que hace de su Yo un instrumento cuya infalibilidad no depende más que del grado de la conciencia que de ella tiene (Valery, 2005: 109).

El verdadero Método de Descartes debería llamarse el egotismo, el desenvolvimiento de la conciencia para servir a los fines del conocimiento (Valery, 2005: 114).

A partir de estas lecturas, el estudiantado⁶ pudo volver a pensar las prácticas corporales realizadas en clase, usualmente de 5 a 15 minutos de las mismas, en el horario final o al principio. El abordaje corporal que se había ido entremezclando en el formato tradicional de dictado de clases, de debate, incluso de presentación de las autoras del programa, se produjo sin previo aviso, atravesando la *espesura de la razón* y yendo por debajo de la resistencia, unas veces con mayor éxito, otras con menos. Algunas de las articulaciones que incluyeron en sus trabajos fueron estas:

⁶ Acá vale la pena aclarar que hay un porcentaje importante que pertenecen a las fuerzas de seguridad y nunca habían realizado prácticas de trabajo consciente o somático como se engloban las disciplinas como la eutonía.

A lo largo de estos ejercicios realizados en las clases, pudimos conocer, aunque seguramente una ínfima parte de algo que está en nosotros desde toda nuestra vida, que es eso que está compuesto por una cabeza, brazos, piernas, dedos, piel y cada uno de nuestros músculos, [...] pudimos empezar a entender que nuestro cuerpo está, que es nuestro y que puede llegar a sentirse bien, que necesita sentirse bien.

Creemos que además pudimos llegar a darnos cuenta, cuanto desconocemos a nuestros cuerpos y cuan cansados están y nunca miramos para atrás y continuamos trabajando, nuestro cuerpo sigue, sigue como un esclavo que no tiene otra opción más que trabajar y producir, trabajar y producir, trabajar y producir.

[...] al recorrer nuestro cuerpo acompañado por esa voz, sentíamos un placer increíble, nuestro cuerpo sentía ese placer y nos lo hacía saber [...] y esa conexión entre el cuerpo y esa voz.

Nuestros cuerpos se van desgastando cada día más y más, sin darle un respiro, sin darle una caricia, sin atenderlo, siendo este, de alguna manera una cosa, un objeto que nos pertenece, que desconocemos, que le pertenece a otro [...] (Victoria, Luis, Iván y Sergio).

Muchos relataron que pudieron relajarse, cuentan que casi no duermen por el trabajo y sumado a la carrera llegan a momentos de mucho agotamiento:

Se trataron de momentos paz, silencio; de encuentro, de búsqueda... (Juan).

De esta forma, a lo largo de las clases con los ejercicios que hicimos [...] nos dimos cuenta de algo que nos habían ocultado, que no nos enseñaron, algo que siempre estuvo ahí y no sabíamos que podíamos escuchar, fuimos conscientes de que al cuerpo se lo manipula, se le da forma, se lo educa para que obedezca (Barbara, Romina, Araceli y Silvia).

También apareció el rechazo, la resistencia y luego la entrega al proceso como parte de un equilibrio ante las lecturas muy duras sobre la realidad de las mujeres:

En lo referido a mi experiencia personal, destaco que la primera propuesta a realizar el ejercicio corporal, y de no estar acostumbrado a ese tipo de prácticas, experimenté cierto rechazo a la misma, pero en las clases subsiguientes entendí como nuestro cuerpo absorbe estas sensaciones que transmiten los textos cuando se leen con cierto grado de interés (Ramón).

También completé la experiencia con la posibilidad de que todos los trabajos fueran grupales, ante lo cual había quienes resistían pero finalmente lograron organizarse, encontrarse y aprobar la materia con buenas notas:

Cerrando los ojos y concentrarse en uno por una vez en el día, dejando por unos cortos minutos todo el mundo que nos rodea, en ese momento el cuerpo y el alma se quedan desplegados en paz o también tocando la mano del compañero en clase y darse cuenta que uno no está solo (Leonardo, Cintia y Nancy).

En particular, y a modo de cierre, planteo la pregunta por el vínculo entre eutonía, creatividad y pedagogía ya pensando en el campo de la educación e inclusive de la educación legal en su especificidad (Camilloni, 2019). Según esta experta en didáctica:

Queda para el profesor, crear, con ese fin, un clima de confianza en la clase y en cada alumno. El enemigo de la creatividad es el temor. Esto es lo que debe ser desterrado de la enseñanza. El clima de la clase y el clima de la institución deben ser estimulantes. La formación de estudiantes creativos demanda enseñanza creativa, y ésta, profesores creativos en instituciones creativas. A la pregunta de Snyder: ¿puede haber una influencia que sea liberadora?, podríamos responder afirmativamente. En todos los dominios, en todos los estudiantes y en todos los docentes hay un potencial para el desarrollo de la creatividad (Camilloni, 2019, 19).

Según Gerda Alexander, la eutonía propone una búsqueda adaptada al mundo occidental para ayudar a alcanzar una conciencia

más profunda de la realidad corporal y espiritual de los seres humanos, invita a profundizar el descubrimiento de sí mismo ampliando la conciencia cotidiana y permitiéndole liberar sus fuerzas creadoras con un mejor ajuste a todas las situaciones de la vida. Según esta maestra, actuando sobre la tonicidad, algo claramente material, se puede influir sobre todo el ser humano. En este punto, parece interesante volver a pensar estas contradicciones entre libertad y restricción a la hora de enseñar derecho, curiosidad, asombro y formalismo:

De acuerdo con una sentencia atribuida a Einstein, quien manifestara «yo no tengo talentos especiales, soy sólo apasionadamente curioso», se presenta un conflicto de importancia en la educación: ¿son suficientes la curiosidad y la imaginación o hacen falta, también, talentos especiales? Otros autores se interesan por lograr el despliegue de la libertad y la creatividad de las personas, impulsados por las pedagogías humanistas y otros, por fin, lo hacen, en el papel de promotores de una educación abierta a nuevas búsquedas en los términos en que han definido al contexto presente como «sociedad del conocimiento», visualizando un futuro de incertidumbres sin fin. En un informe de las Naciones Unidas sobre la sociedad del conocimiento [...], se la define como «aquella en la que las instituciones y organizaciones hacen posible que las personas y la información se desarrollen sin límites y que se abran oportunidades para que todo tipo de conocimientos sean producidos en masa y utilizados en masa por toda la sociedad». [...]. La creatividad, definida en estos términos es, en consecuencia, un factor estratégico en las sociedades contemporáneas (Camilloni, 2019: 9-10).

¿Cómo leer documentos y textos sobre violencia contra las mujeres desde el cuerpo sin negar las nuevas perspectivas de la *sociedad del conocimiento* y desplegando una forma de pedagogía humanista propia? La propuesta de este seminario tuvo con ver con brindar herramientas de interpretación no puramente intelectuales. Buscamos abrir la posibilidad de leer desde un estado de mayor disponibilidad y a la vez encontrando en las sensaciones del cuerpo, tanto

la vulnerabilidad como el dolor como también la potencia que caracteriza lo humano. Identificar qué significa conectar con el cuerpo y encontrarnos en ciertos aspectos, inconscientemente perpetradores de nuestras propias vidas, emociones y deseos. Leer desde esta nueva apertura permite volver a preguntarnos qué sería la violencia, el control de la sexualidad, qué sería la vulnerabilidad sino fuera tan lejano, si fuera algo que podemos recuperar en nuestras propias historias.

En este sentido, se integra esta perspectiva didáctica con los enfoques críticos feministas que plantean la importancia de la concientización de las mujeres como metodología para empoderarlas y cambiar su situación. En las leyes sobre la reproducción, las violencias sexuales son consideradas extensiones del control patriarcal sobre la sexualidad femenina. La violencia es pensada como una forma de garantizar ese control. También hay trabajos que analizan el rol de la legislación económica, los derechos de propiedad abstractos en tanto se sustentan en valores, que profundizan la dominación masculina. Autoras como MacKinnon pretenden ir más allá de la lógica de la igualdad y la diferencia, para abordar directamente las estructuras de opresión que la sostienen. Entre las ideas más citadas de MacKinnon:

Toda la estructura del derecho —su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores— lo define como una institución fundamentalmente patriarcal. (1983:635). El derecho ‘no solo refleja una sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres, sino que las dominan de modo masculino’ (1983:635).

Incluso va más lejos, en su libro *Hacia una teoría feminista del Estado*, dice:

El Estado es masculino desde el punto de vista de la jurisprudencia y esto significa que adopta el punto de vista del poder masculino en la relación entre la ley y la sociedad.

La ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres (1989).

Las leyes son parte de la política sexual, porque el Estado a través de la ley institucionaliza el poder masculino sobre las mujeres, institucionalizando en la ley el punto de vista masculino (1989).

Pensar la complejidad de estas temáticas que inundan todos los aspectos de la vida necesita poder integrar la idea de lo masculino y de lo femenino de forma consciente para poder establecer este tipo de observaciones, permite también ir hacia adentro mismo donde las mismas lógicas que reconocemos se reproducen. Lo íntimo aparece como un espacio psíquico o como una unidad psicosomática que nos permite reconocernos como parte de esta cultura y a la vez recortarnos, poner límites, reconocer los espacios que nos son afines y los que no, nos permite protegernos, y a la vez proteger, elegir dónde manifestar la vulnerabilidad y cómo.

La experiencia realizada, demandó un tipo de compromiso muy fuerte por mi parte y por parte del estudiantado, no haber medido esto fue parte del obstáculo. Este trabajo fue también intentado en otro curso inicial de la carrera, y el resultado fue muy distinto. La respuesta de quienes participaron fue de inseguridad profunda ante la combinación de esta búsqueda con los criterios más formales de la materia: presencialidad, exigencia académica y evaluaciones. Estaban adaptándose a estos últimos y la idea de sensibilizarse, les produjo reacciones completamente adversas al proceso pedagógico, y muy difíciles para mí.

Esta experiencia permite pensar la potencialidad de conectar con el propio cuerpo, su fuerza y su vulnerabilidad intrínsecas, para pensar una práctica profesional legal desde una perspectiva de género, que incluya y observe no solamente un cambio en las ideas y las prácticas sino también en la cualidad de la acción, en los objetivos, e incluso en las vidas cotidianas de quienes la ejercen.

También me llevo la posibilidad de actualizar esto a niveles aún más profundos tanto en lo académico como en lo corporal o abordaje consciente, puesto que queda mucho por explorar, mucho por formular y compartir.

Estrategias ante el androcentrismo del derecho en la enseñanza jurídica

Julietta Evangelina Cano

Este trabajo desarrolla dos líneas de argumentación que pretenden explicar la pertinencia de la introducción transversal de la perspectiva de género en los planes de estudios de las carreras de abogacía. En principio, es evidente la necesidad de formar profesionales para abordar las situaciones que les competen en cualquiera de los ámbitos en que pueden desempeñarse ejerciendo la abogacía, teniendo presente que la dimensión de género es transversal a los fenómenos jurídicos. No sabemos a qué ramas del derecho se va a dedicar nuestro estudiantado ni tampoco en qué ámbito profesional y cómo se desarrollará su tarea de asesoramiento legal: esta puede ser en el ámbito público, el privado, litigación, docencia,

investigación, poder judicial, etcétera; pero en todas ellas se requiere una mirada que trascienda un abordaje individual, incorporando a la intervención jurídica los contextos y la historización de las relaciones de poder entre los géneros. En segundo lugar, porque negar las desigualdades contribuye a su reproducción. Si queremos formar profesionales con compromiso en la transformación de un orden social injusto, es imperioso cuestionar la idea de objetividad e imparcialidad que impregna la enseñanza del derecho, para poder dar cuenta de la matriz androcéntrica y heteropatriarcal que asume la disciplina. Al final del capítulo se presenta una serie de estrategias que pueden incorporarse en la enseñanza del derecho para introducir preguntas allí donde, por lo general, hay certezas.

Puntos de partida

En mi experiencia como docente de la carrera de Abogacía me he convencido de que *formar abogados y abogadas con perspectiva de género es formar mejores profesionales*, porque una formación que no incluya esta perspectiva es deficiente para el ejercicio profesional posterior. En todas las ramas del derecho se requiere una mirada que trascienda el abordaje individual, incorporando a la intervención jurídica los contextos y la historización de las relaciones de poder entre los géneros.

En mi trayectoria como estudiante y luego como docente de la carrera he observado que, aun siendo las leyes el *objeto del afecto*¹ de la enseñanza del derecho, cuando recorremos el currículum formal de las asignaturas que integran el plan de estudios, muchas veces

¹ Caracterizo a la normativa vigente como *objeto del afecto* de la enseñanza legal para significar que es el objeto de estudio priorizado en dicha práctica, muchas veces reduciendo la formación jurídica al conocimiento de las leyes, y dejando en un segundo plano o directamente omitiendo la dimensión social y política de la sanción de las normas.

encontramos ruidosas ausencias: hay normativa esencial que custodia el estatus de sujetos de derecho de las mujeres y las disidencias sexuales que no aparece ni nombrada, mucho menos problematizada en los programas.

Pero con leer las leyes tampoco alcanza. Sin conocer la teoría que le da sustento al marco normativo, se deja la letra de la ley como un territorio apropiable en la disputa por los sentidos, lo que puede generar ambigüedades. Esto se observa, por ejemplo, cuando en el debate por la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), quienes argumentaban a favor en el campo profesional, utilizaban como fundamento el mismo marco normativo que las personas que argumentaban en contra (Cano, 2022). Hay una lucha por *el derecho a decir el derecho* (Bourdieu, 2000) que reconoce las aulas universitarias como espacio válido para desarrollar los debates. La cuestión es que estos debates no pueden terminarse en lo que la ley permite o prohíbe, es necesario robustecer la capacidad argumentativa de quienes ejercerán la profesión para solventar su capacidad de dar estas disputas.

Una profesora de didáctica de las ciencias sociales nos decía que “se enseña ciencias sociales como se aprende ciencias sociales” y lo mismo aplicaría para la enseñanza del derecho. En mi caso, me propuse aproximarme al fenómeno jurídico de manera diferente, porque la experiencia como estudiante no fue satisfactoria. En este plan de acción, el desafío permanente es que el tipo de organización burocrática en que la práctica docente se inscribe o los *condicionantes meso-estructurales* (Edelstein, 2021a: 8) propios de las facultades de abogacía, no se conviertan en determinantes para el despliegue de una práctica irreflexiva. Si tomamos como premisa que “enseñar no es transferir conocimiento, sino crear las posibilidades para su propia producción o construcción” (Freire, 2008: 22), entonces debemos promover espacios en donde no se cercene la creatividad, equiparando el saber derecho con conocer la legislación.

Como había adelantado, me propongo enseñar derecho de una manera diferente a como lo aprendí. En el IUPFA, como docente a

cargo de *Elementos de sociología*², materia de primer año, y del seminario electivo I: *Estudios de género y derecho*, de cuarto año, me propuse transversalizar dicha perspectiva, situación que generó un desafío más en el primer caso que en el segundo, dado que en el seminario en cuestión, la introducción de la dimensión de género es el objetivo del mismo. ¿En qué términos hablo, nuevamente, de desafío? En que esta decisión me implicó leer y buscar material, formarme, repreguntar sobre cuestiones para las que ya había respuestas sólidas construidas hace tiempo. En resumen: la transversalización de la perspectiva de género en la enseñanza del derecho implicó salir de la zona de confort para buscar nuevas preguntas, y otras respuestas. Bajo la misma premisa pensé la fundamentación y el contenido del curso para docentes de la carrera de abogacía del IUPFA, *La introducción de la perspectiva de género en la enseñanza del derecho*, como un espacio para coconstruir herramientas con el equipo docente que permitan problematizar el propio proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho. El punto de partida, desde la teoría feminista que da sustento a dichas propuestas, es poner en evidencia la “falsa neutralidad” del derecho en cuanto al género, entre otras dimensiones.

La politicidad, los cuerpos y las subjetividades del derecho

La presentación de las disciplinas científicas como neutrales tiene un objetivo ideológico, que es encubrir las relaciones de poder que

² Al respecto puede consultarse: Cano, J. E. (2020). Elementos de sociología para abogacía. El desafío de la transversalización de la perspectiva de género feminista. En: Carlos Giordiano; Glenda Morandi. *Memorias de las 3° Jornadas sobre las prácticas docentes en la Universidad Pública. El proyecto político académico de la Educación Superior en el contexto nacional y regional*. La Plata: UNLP. pp. 1402 -1409.

se cristalizan en los programas que, como plantea De Souza Santos³ (2020), articulan tres sistemas de dominación: capitalismo, colonialismo y patriarcado. El derecho no es una excepción: su presentación como *aséptico, objetivo y apolítico*, privilegiando como objeto de enseñanza a la norma jurídica, no es inocente, sino que se plantea formar profesionales que piensen que ello es posible y no inscriban a las leyes y a la jurisprudencia en un contexto histórico, político y social que le da sentido y contenido.

Tomaz Da Silva plantea que:

En las teorías del currículo, la pregunta “¿qué?” [enseñar] nunca está separada de otra importante pregunta: “¿cómo deben ser las personas?”, o mejor, “qué es lo que ellos y ellas deberán ser? [...] ¿Cuál es el tipo de ser humano deseable para un determinado tipo de sociedad? ¿Será la persona racional e ilustrada del ideal humanista de educación? ¿Será la optimizadora y competitiva de los actuales modelos neoliberales de educación? ¿Será la ceñida a los ideales de ciudadanía del moderno estado-nación? ¿Será la desconfiada y crítica de las composiciones sociales existentes preconizada en las teorías educacionales críticas? A cada uno de estos “modelos” de ser humano corresponderá un tipo de conocimiento, un tipo de currículo. En el fondo de las teorías del currículo hay, entonces, una cuestión de “identidad” o de “subjetividad” (Da Silva, 2001:5-6).

En sintonía con la dimensión identitaria a la que apunta Da Silva respecto del conocimiento, y del curriculum, podríamos pensar que en las facultades de derecho, tanto por los contenidos que se elige enseñar como por las prácticas docentes privilegiadas para ello.

³ Vale aclarar en este espacio que Boaventura de Sousa Santos, un referente en la disciplina sociológica de occidente, está denunciado por violencia sexual y epistémica contra sus colaboradoras. Puede consultarse al respecto en *El sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, separado de su cargo tras denuncias de acoso sexual* (2023, 16 de abril). Infobae. Disponible en: <https://www.infobae.com/cultura/2023/04/16/el-sociologo-portugues-boaventura-de-sousa-santos-separado-de-su-cargo-tras-denuncias-de-acoso-sexual/> [Consulta 13 de septiembre de 2024].

Se espera que las personas que ejerzan la abogacía reproduzcan acríticamente estos sistemas de dominación que escriben el guion de los programas pero aparecen como invisibles.

La teoría feminista, producida en la academia desde los años setenta, aporta las categorías teóricas indispensables para darle sentido a las normas. Las categorías construidas o resignificadas: *género, patriarcado, androcentrismo*, entre otras, ayudan a revelar una dimensión de las relaciones de poder que impregnan la sanción de las leyes, la enseñanza del derecho y el quehacer jurisdiccional. Dice Tomaz Da Silva: “Lo que el análisis feminista va a cuestionar es precisamente esa aparente neutralidad –en términos de género– del mundo social. La sociedad está hecha de acuerdo con las características del género dominante, esto es, el masculino” (2001: 48) y por supuesto, el androcentrismo atraviesa al derecho en contenidos y corporalidades: la autoridad jurídica tiene cuerpo y rostro masculino. En este sentido, *la enseñanza del derecho muchas veces responde a una matriz androcéntrica y patriarcal*.

Cuando hablo de un derecho androcéntrico me refiero tanto a las corporalidades de quienes enseñan y gestionan las facultades, como también a que la autoridad jurídica tiene nombre de varón cisgénero. Cuando hablo de derecho patriarcal, es porque la enseñanza del derecho reproduce un régimen de género (Buquet Corleto, 2016) de superioridad masculina heteropatriarcal que es la antesala de prácticas que luego se vuelven hegemónicas en el campo jurídico (Bourdieu, 2000).

El derecho androcéntrico se evidencia en los cuerpos de las personas docentes. A las mujeres les cuesta llegar a titularizar las asignaturas, dato que se reitera en distintas universidades (Morgade, 2018: 36), aunque muchas veces están mayormente calificadas para ello y sobreabunda(mos) en las bases. Al respecto, Marrero plantea: “A diferencia de los varones pobres, cuya autoculpabilización por los bajos rendimientos escolares se expresa en abandono y deserción, las jóvenes emprenden una fuga hacia adelante, hacia más titulaciones” (2006: 66). En la gestión de las facultades, se repiten las corporalidades

que ocupan el poder académico, en consonancia con lo que sucede a nivel general, no solo en abogacía. Según la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación, el 89% de quienes se desempeñan como titulares en las rectorías de las Universidades Nacionales son varones, así como el 69% de los cargos titulares en vicerrectorías, el 67% en secretarías y el 65% en la titularidad de los decanatos (Ministerio de Educación Argentina, 2019-2020).

El androcentrismo del derecho no solo se vuelve evidente en las corporalidades presentes, sino también en cómo se construye la autoridad jurídica que se lee en las aulas⁴. El currículum omitido no hace más que reforzar ese currículum oculto que muchas veces legitima las relaciones de poder entre los géneros, y cis-hetero-maculiniza la autoridad jurídica. “Entonces, la ignorancia no es un accidente del destino, sino –como dice Lacan– el residuo de lo conocido, de aquello que se impuso como conocimiento hegemónico” (Flores, 2008: 18). En conclusión, tal como apunta Buquet Corleto,

las instituciones de educación superior son reproductoras de una organización jerárquica donde los hombres se posicionan por encima de las mujeres, y ésta se sostiene en la división sexual del trabajo, en la valoración diferenciada de las disciplinas según sean consideradas “femeninas” o “masculinas”, en la marginación de las mujeres de los espacios de poder y de reconocimiento, y muchas otras situaciones que obstaculizan y dificultan la participación de las mujeres en condiciones de igualdad (2016: 32).

Todo lo expuesto se traduce en que quienes estudian derecho naturalizan que este tiene cuerpo y nombre de varón. Y esta enseñanza va a profundizarse en el campo jurídico, en donde la secuencia se repite. Solo a modo de ejemplo, según el mapa de género de la justicia argentina confeccionado por la Oficina de la Mujer de la Corte

⁴ Solo como ejemplo, puede consultarse: Cano, J. E. y Goga, D. (2022). Corporalidades y subjetividades en la enseñanza del derecho penal. En *Minerva. Saber, arte y técnica*. Ciudad de Buenos Aires: Minerva. (2). pp. 56 -70.

Suprema de Justicia de la Nación⁵ para el total del sistema judicial argentino, se observa con claridad cómo las mujeres son mayoría entre el personal administrativo y funcionariado, más de 60%, pero a medida que se escala en la pirámide funcional, de poder, prestigio y mejores salarios, su presencia disminuye: en espacios como la magistratura, procuradurías, fiscalías y defensorías solo el 45% son mujeres, mientras que encabezando ministerios, procuradurías generales y defensorías generales, el porcentaje desciende a 31% (OM, 2022: 13).

Me permito una digresión: hay una mirada insistente sobre el quehacer judicial y jurisdiccional, y una denuncia permanente sobre la falta de perspectiva de género en la forma y oportunidad en que se resuelven los expedientes. Sin embargo, como plantea Verónica Piccone (2018), el foco no llega a correrse sobre lo que sucede en las facultades de derecho, que es donde se forman quienes ejercerán las funciones judiciales. Y sigue estando vigente la observación que realizaron Beatriz Kohén, Ariza y Ramallo (2019) respecto de que quien estudia derecho puede graduarse de la carrera sin haber visto ningún contenido atravesado ni interpelado por la perspectiva de género. Sin embargo, dicha perspectiva es un conocimiento necesario a efectos de dar cumplimiento a los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país: la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), con jerarquía constitucional y la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley 24.632), con rango suprallegal, entre otras, pero también para darle sentido a la normativa local sancionada al efecto.

Al respecto, podemos traer nuevamente a Da Silva cuando postula que el curriculum y lo que enseñamos en el aula no es sino el producto de luchas de poder, de la misma manera que lo plantea

⁵ Disponible en: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html> [Consulta 19 de agosto de 2022].

Bourdieu para el campo jurídico: “Seleccionar es una operación de poder. Privilegiar un tipo de conocimiento es una operación de poder. Destacar, entre las múltiples posibilidades, una identidad o subjetividad como ideal es una operación de poder” (Da Silva, 2001:6). Las facultades de abogacía no son sino un subcampo del campo jurídico en donde, como ya se ha planteado al inicio del capítulo, se disputa *el derecho a decir el derecho*.

Trayectorias

Volviendo a los datos expuestos por la Oficina de la Mujer, los mismos ponen en evidencia el techo de cristal en el poder judicial que no es sino un *continuum* de lo que sucede en las facultades de derecho. Y esto se reitera en otras disciplinas como apunta Franchi:

A pesar de ser un colectivo numeroso, son muy pocas las mujeres que acceden a los puestos más altos en los organismos de ciencia y técnica o a las cátedras universitarias. Todavía existe el llamado “techo de cristal” que bloquea la presencia de mujeres en los tramos finales de la escala profesional (2019: 1).

Todo ello tiene un impacto significativo en las trayectorias de las mujeres y disidencias sexuales en la carrera de abogacía. *El androcentrismo del derecho refuerza su matriz heteropatriarcal*. Tradicionalmente la disciplina jurídica fue una herramienta clave del heteropatriarcado para legitimar la dominación de las mujeres y disidencias sexuales, y el control de sus cuerpos y sexualidades por parte del colectivo de varones. Por citar un ejemplo, el primer código civil argentino redactado por Vélez Sarsfield consagraba la incapacidad jurídica relativa de la mujer casada:

el código hizo época al colocar a la mujer casada en una posición de inferioridad aún más grave que si se tratara de la condición infantil

[...] la mujer casada no tenía derecho a educarse ni a realizar actividades comerciales sin su consentimiento [del marido]. El marido se constituía en el administrador de todos los bienes [...] la casada no podía testimoniar ni iniciar juicio sin el debido asentimiento del cónyuge (Barrancos, 2007: 101-102).

Esta normativa estuvo vigente hasta 1924 en donde, mediante la ley 11.357 de ampliaron las capacidades civiles de las mujeres. Sin embargo, no fue hasta 1947 que adquirieron derechos políticos mediante ley 13.010 y no fue hasta 1985 que se sancionó la “patria potestad compartida”⁶ mediante la ley 23.264, la que reconoce los derechos de las mujeres respecto de sus hijas e hijos.

Como plantea Rocío Navarro Tosar para la enseñanza de la sociología, observamos que no cuestionar dicha matriz androcéntrica y heteropatriarcal “alimenta un imaginario profesional equivocado” y “empobrece la disciplina y mina la arquitectura intelectual del estudiantado” (2022). Así como se afirma que el derecho fue un elemento clave de la sujeción de las mujeres y disidencias sexuales, también puede constituirse en una herramienta para la emancipación, aunque para ello es indispensable que ingrese la perspectiva de género feminista a la enseñanza y aplicación del derecho.

El potencial transformador de la perspectiva de género

Sostengo que la formación específica tiene un potencial emancipatorio ineludible, mucho más cuando atraviesa a la docencia y habita las aulas. En el marco del proyecto de investigación que dirijo,

⁶ El Código Civil y Comercial vigente cambió esta denominación por “responsabilidad parental” (Art. 638 y siguientes).

*La formación de abogados y abogadas desde la perspectiva de género en el IUPFA*⁷, de corte exploratorio-descriptivo, analizamos 22 programas de materias del plan de estudios de la carrera correspondientes al primer cuatrimestre 2020. Los resultados fueron contundentes:

Al iniciar el análisis de la matriz se abordaron las dimensiones sobre los objetivos de aprendizaje, la fundamentación de la materia, la metodología de enseñanza y los contenidos mínimos. Esta lectura arrojó como resultado la presencia de un currículum nulo, ya que los programas analizados en función de dichas dimensiones no contaban con perspectiva de género, salvo alguna excepción⁸.

Sin embargo, y dentro del mismo proyecto entrevistamos al cuerpo docente de derecho para conocer su trayectoria de formación docente, su formación en perspectiva de género, sus prácticas docentes y experiencias concretas que pudieran dar cuenta de las singularidades del trabajo áulico sobre temáticas atravesadas con el enfoque de género. En esta oportunidad observamos que quienes habían participado del curso *La formación de abogados y abogadas desde la perspectiva de género en el IUPFA* (Edición 2021) daban cuenta de un proceso de *reflexividad* (Giddens, 2011) respecto al tema, que les permitió animarse a, y permitirse, profundizar esta perspectiva en el currículum formal y el real. Dichas apreciaciones fueron compartidas por otras personas cursantes de acuerdo a lo que surge de sus trabajos finales, en donde hicieron referencia a un cambio en sus programas de estudios, e incluso en sus prácticas docentes.

Negar las desigualdades redundaría en su reproducción. Es necesario reflexionar sobre la idea de que el derecho tiene género en estos términos:

⁷ El mismo fue aprobado por la Resolución N° 31 del Consejo Académico del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina, del 28 de mayo de 2021. Se desarrolló a lo largo de 12 meses, en el marco de la 5ta. convocatoria Interna de Proyectos de Investigación IUPFA 2020-2021.

⁸ Informe final de investigación, p. 14.

[...] la ley no es simplemente una fuerza coercitiva, sino también es un discurso social poderoso y productivo que crea y refuerza las normas de género. En otras palabras, la ley no se limita a operar en las realidades de género preexistentes, sino que contribuye a la construcción de esas realidades, a menudo en una restricción o una manera perjudicial (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010: 6-7).

Negar las desigualdades redundante en su reproducción. Es necesario reflexionar sobre la idea de que el derecho tiene género.

Entonces, el derecho es un dispositivo que también crea y legitima cuerpos y sexualidades (Cano, 2019). La ficción de una *aplicación imparcial del derecho* y de la objetividad de la disciplina redundante, como se ha dicho en otra oportunidad (Cano, 2021), en negar las desigualdades y a su vez profundizarlas.

Deviene necesario recorrer las disputas que hay en torno al sentido de la norma jurídica y poder coconstruir herramientas que permitan (re)construir argumentos y develar lo que subyace a los mismos. Sigue permeando en la formación jurídica la práctica de la “transmisión” mal entendida. Es decir, asociada a la clase magistral y al automatismo, y no al alojamiento del otro [la otra, le otre] y su inscripción en la genealogía del conocimiento (Edelstein, 2021b). En este sentido, muchas veces aún siento que se pierde en la formación, la dimensión de la otredad o alteridad porque, como lo plantea Fernando Bárcena siguiendo a Freire “La educación no consiste en llenar una vasija vacía; más bien se trata de proporcionar un buen material capaz de provocar un incendio en la mente del discípulo, aunque haya que tener mucho cuidado con él” (2020: s/n).

En la misma línea, observo que existe una demanda del estudiante y una interpelación respecto de la incorporación de la perspectiva de género como práctica y teoría transversal a la enseñanza del derecho. En nuestra experiencia docente sabemos que una parte de

la juventud está muy movilizada por este tipo de cuestiones desde el primer #NiUnaMenos del año 2015, pero especialmente desde la Marea verde en ocasión del debate IVE en 2018 y 2020. Esto abona a la idea que insiste en que el tema está en agenda, marginal, y de disputa permanente, y que el tiempo histórico es ahora. En nuestra historia reciente podemos dar cuenta de la jerarquización de espacios gubernamentales para diseñar y ejecutar políticas públicas con perspectiva de género (Ministerio de las mujeres, géneros y diversidad en Nación, Ministerio de las mujeres, políticas de géneros y diversidad sexual en distintas provincias, entre otros), pero aunque el escenario ha cambiado, el marco normativo que obliga a trabajar desde este enfoque no.

Sin embargo, no podemos perder de vista que la presencia de los feminismos en las agendas sociales, comunitarias, universitarias, estatales, puede también alimentar un “como si”, en donde podrían abundar las propuestas y respuestas políticamente correctas vaciadas de contenido real. Correrse de la marginalidad de la agenda trae aparejados sus desafíos. Ante ello, la herramienta primordial para que no se vacíen de sentido las denuncias y demandas de los feminismos es la formación y la generación de espacios genuinos en donde habiten las preguntas para desplegar el ejercicio de la continua interpelación. Esta formación necesariamente debe ser atravesada por la historización y contextualización de un movimiento que no es homogéneo y que es construido por múltiples voces y demandas que responden a la singularidad del cruce de las situaciones, devenidas en categorías analíticas, que nos constituyen.

Aunque reflexionar sobre el sujeto político de los feminismos excede este trabajo, no puedo dejar de decir que la identificación estratégica entre las mujeres y otras subjetividades subalternizadas intenta recuperar una experiencia común de opresión (Cano, 2017) o *lo común en la experiencia de la opresión* pero ello no significa desconocer cómo las desigualdades explicadas por la clase social, el color de piel, la pertenencia étnica, la orientación del deseo sexual y muchos etcétera, se traducen en distintas marcas de subalternidad que explican las demandas de los colectivos. La reflexión conjunta debe

anclarse en la interseccionalidad de la experiencia subjetiva de *ser y estar en este mundo*. Todo ello debe ser parte del currículum, pero también de las prácticas áulicas.

Algunas propuestas

Quienes ejercemos la docencia, en nuestro rol de anfitrión y arquitectura del espacio áulico, debemos construir y habitar el aula como un lugar para la producción de conocimiento colectivo, en donde la otra persona es significativa para el vínculo pedagógico. Entonces, ¿qué estrategias podemos desplegar para cuestionar la matriz androcéntrica y patriarcal denunciada? He aquí una pincelada con algunas ideas:

- Enseñar un derecho convencionalizado: incorporar los tratados de DD. HH. para desplegar la enseñanza desde una perspectiva de género, y la necesidad de la transversalidad de dicha perspectiva en la interpretación del derecho vigente, y hacer dialogar estos estándares con otras producciones académicas que provengan de distintos campos disciplinares, como por ejemplo la antropología, la historia, la sociología jurídica.
- Introducir el contexto social, dado que el contexto ha cambiado, y los valores sociales también. Para ello pueden usarse datos estadísticos y fuentes históricas.
- Incorporar las producciones de los estudios de género y la teoría feminista.
- Traer al aula testimonios de mujeres para ponerle voz a las situaciones que involucren una respuesta del sistema jurídico. Puede ser a través de textos o en primera persona. No solo respecto de personas víctimas/victimizadas, sino incluso recuperar las voces de las funcionarias para que cuenten sobre su experiencia de trabajo cotidiano.

- Trabajar con casos resonantes de la jurisprudencia con perspectiva de género.
- Analizar el marco normativo en su conjunto, de forma integral.
- Utilizar informes de distinta fuente: organismos internacionales, organismos del Estado, organizaciones de la sociedad civil.

Siguiendo estos lineamientos, en la edición 2021 del curso para docentes, quienes asistieron compartieron sus propuestas pedagógico-didácticas para trabajar con este enfoque. Desde las más diversas ramas del derecho, las personas a cargo de asignaturas como *Derecho administrativo*, *Derecho sucesorio*, *Derecho comercial y societario*, *Derecho penal*, *Finanzas públicas y derecho tributario*, *Derecho constitucional*, *Ejecución de la pena*, *Sociología del delito*, *Derechos humanos y garantías* y *Práctica profesional*, socializaron sus ideas sobre cómo introducir la perspectiva de género en la enseñanza de su materia, tanto como actividad durante la cursada como a través de una reflexión en el marco de sus trabajos finales. A modo de ejemplo, puedo citar la propuesta del docente de *Finanzas públicas y derecho tributario* que propuso problematizar la heteronorma subyacente al CUIT, las deducciones del impuesto a las ganancias que evidencian sesgos de género y los impuestos que gravan los productos de gestión menstrual entre otras muy interesantes propuestas. De la misma manera, en la asignatura *Derecho comercial y societario* se propuso trabajar con capítulos de serie de *Borgen* para problematizar la Resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia que promovía directorios de empresas paritarios, y el posterior fallo de la Cámara Comercial, Sala C, de fecha 9.8.21 en la causa “Inspección General de Justicia c/ Expreso Liniers SA” que cuestiona dicha resolución. Asimismo, en la asignatura *Derecho Sucesorio* la propuesta de trabajar, a partir del fallo Barreda, las causales de indignidad para exclusión de la herencia.

A modo de cierre

Es interesante reflexionar sobre aquellas prácticas docentes, que muchas veces constituyen un currículum oculto, que también son formativas de profesionales. No puede escindirse el contenido de la forma de transmitirlo al estudiantado. Si quien está frente al curso no permite la circulación de la palabra, no alienta las mujeres y disidencias a expresar sus análisis y opiniones, no entrena al alumnado en la necesaria seguridad que deben adquirir para exponer sus ideas en el ejercicio de la profesión. ¿Cómo proponemos *practicar* el derecho en la enseñanza de la abogacía? Si el currículum es una expresión de saber, identidad y poder (Da Silva, 2001), debemos comprometernos a formar parte de un proyecto que genere espacios reflexivos en donde futuros profesionales se permitan cuestionar críticamente el saber transmitido, como un ejercicio permanente de práctica profesional. Trabajar en la construcción de un saber práctico que contribuya a la igualdad material de las mujeres y disidencias sexuales implica la deconstrucción de una matriz que se reproduce en el tiempo, invisibilizando a los, relativamente nuevos, en términos históricos, sujetos de derecho. Esto implica que quienes ejercemos la docencia debemos abandonar nuestra zona de confort y explorar otras formas de enseñar, y otros materiales también, pero fundamentalmente, habilitar el espacio para la pregunta en contextos donde se privilegia enseñar certezas.

Es necesario entonces, que se despliegue un proceso de reflexividad que considero imprescindible para poder transformar. Si quiero enseñar derecho de forma diferente de como lo aprendí, necesito de las categorías teóricas que doten de sentido la direccionalidad que quiero imprimirle a mis prácticas docentes en general, y mis prácticas de enseñanza en particular.

Nuestras prácticas docentes, y entre ellas las prácticas de enseñanza, deben registrar y denunciar la falacia de la neutralidad del conocimiento. Es una constante en la formación jurídica que se identifique

el conocimiento transmitido como *objetivo* porque se enseña el marco normativo, y aquello que la ley dice. De esta manera, la transmisión *olvida* enseñar al derecho como campo de disputas, de las correlaciones de fuerza que hacen posible la sanción de las leyes, las demandas sostenidas en el tiempo que construyen agenda, etcétera.

Si la perspectiva de género es prescindente en el diseño institucional de las carreras de abogacía, su ausencia nos habla del perfil profesional que estamos formando. Según este razonamiento, aparentemente se podría ser un buen abogado y abogada sin nunca haber estudiado desde este enfoque a las normas, la jurisprudencia y la doctrina que atraviesa toda la carrera. Sin embargo, la ausencia de perspectiva de género en el trabajo profesional hoy puede incluso destituir de su cargo a quien ejerce la función de juzgar, como evidencian los ejemplos de remoción de jueces por fallar sin incorporar la dimensión de género en su análisis, tanto en Tucumán⁹ como en Mar del Plata¹⁰, por citar algunos ejemplos. Es por ello que el interrogante se vuelve ineludible y a su vez irreverente: ¿Estamos formando personas que ejerzan la abogacía con la preparación necesaria para los desafíos que les plantea la institución en la actualidad?

⁹ Pagina12. (2021. Noviembre 18). *Caso Paola Tacacho: destituyeron al juez que no la protegió y absolvió a quien después la asesinó* Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/383530-caso-paola-tacacho-destituyeron-al-juez-que-no-la-protegio-y> [Consulta 13 de mayo de 2024].

¹⁰ Blanco, P. (2021. Noviembre 23). *Suspensión y jury para los jueces que absolvieron a los acusados del femicidio de Lucía Pérez*. Infobae. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2021/11/23/suspension-y-jury-para-los-jueces-que-absolvieron-a-los-acusados-del-femicidio-de-lucia-perez/> [Consulta 13 de mayo de 2024].

Derecho y seguridad

Intersecciones más allá de lo aparente

Verónica Durand y Alejandra Zarza

Como resultado de interrogantes alimentados por la tarea docente en el marco del seminario *Seguridad ciudadana* de la carrera, nos vimos motivadas a plantear este trabajo para intentar problematizar las percepciones con que llega nuestro estudiantado acerca de las intersecciones entre el derecho y la seguridad ciudadana. La riqueza específica de las aulas para situar nuestra reflexión tiene que ver con una frontera simbólica entre lo civil y lo policial, en el contexto de una carrera en la que se trabaja para formar profesionales del derecho.

A partir de una visión crítico-reflexiva de los procesos sociales, económicos y políticos en los que se construyen e inscriben los pensamientos y, asumiendo las tensiones existentes entre las diversas conceptualizaciones sobre las políticas de seguridad y sus

vínculos tanto con el derecho como con sus presupuestos implícitos acerca de los procesos sociales, nos proponemos revisar algunos enfoques y concepciones que orientan y fundamentan las representaciones en torno a las políticas públicas en materia de seguridad, desde una perspectiva interdisciplinaria.

Introducción

Seguridad ciudadana es un seminario optativo que se ofrece durante el quinto año de la carrera de Abogacía en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina.

Allí se intentan analizar los distintos enfoques y concepciones que orientan y fundamentan las políticas públicas en materia de seguridad, así como la influencia que ejercen los distintos estamentos involucrados en el sostenimiento y eficacia de tales políticas, desde una perspectiva interdisciplinaria.

El curso parte de una visión crítica de los procesos sociales, económicos y políticos en los que se construyen los pensamientos, asumiendo las tensiones existentes entre las diversas conceptualizaciones sobre las políticas de seguridad, según se orienten bajo una mirada centrada en el Estado y el orden social, o en la promoción y protección de derechos fundamentales.

Asimismo, nos involucramos en el análisis de las distintas dimensiones e intersecciones en torno a la seguridad pública para intentar comprender la situación en la actualidad.

En ese espacio, que tiene lugar en los primeros cuatrimestres de cada año, nos encontramos en el aula con el desafío de poner en juego, no solo conceptos nuevos a partir del trabajo con textos de las más variadas disciplinas, sino también de problematizar las percepciones con que llega el estudiantado acerca de las intersecciones entre el derecho y la seguridad ciudadana.

¿De qué hablamos cuando hablamos de seguridad?

Las primeras nociones que se discuten en el aula tienen que ver con los distintos significados que se le ha dado a la idea de seguridad a lo largo de la historia y allí vemos que esta idea ha variado de acuerdo con los distintos contextos históricos, sociales, culturales, políticos y económicos. Sin pretender desarrollar aquí el programa de la materia, esbozaremos algunos lineamientos que la orientan.

Durante las décadas de los 50 y los 60, la seguridad comenzó a ser comprendida como *seguridad social* en clara asociación con la noción de *Estado de bienestar*. Esto implicaba la garantía frente al riesgo del desempleo, la vejez, las enfermedades crónicas, la desprotección de la niñez.

A mediados de los años 70, con la crisis del capitalismo mundial, el sistema de seguridad social comenzó a ser descalificado por los organismos internacionales debido a los supuestos costos generados por las personas en situación de desocupación, discapacidad o jubilación. A partir de dicha concepción se propone lo que se conoce como achicamiento del Estado, que no implica reducción sino redireccionamiento de los objetivos y prioridades estatales, a partir de lo cual se afianza la idea de reducir el gasto público y minimizar la intervención estatal en salud, educación, jubilaciones y empleo.

Con la llegada del neoliberalismo en los años 80, se produce el pasaje al concepto de seguridad civil o seguridad a secas con lo que el objeto se reduce exclusivamente al problema de la criminalidad: violencia callejera, delito organizado. A partir de ese entonces el Estado se convertirá en gendarme (Zaffaroni, 2018) y se expandirán los sistemas penales en función de la multiplicación de los problemas a raíz del empobrecimiento, la situación de vulnerabilidad y el crecimiento de la violencia social.

En 1994, el Informe sobre Desarrollo Humano del Programa para el Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas (PNUD), incorpora

explícitamente el concepto de seguridad humana planteando que se deben llevar a cabo las acciones de promoción, protección, prevención y mitigación de los distintos riesgos que presenta la vida social. Si bien se trata de una concepción que viene gestándose a partir de la segunda post guerra mundial, toma empuje y difusión en esta época.

Este concepto pone su principal foco en la seguridad integral del ser humano. Parte de la idea de que no alcanza con ampliar los niveles de educación y salud, si esa ampliación no se produce en un entorno que permita el acceso equitativo en condiciones de paz social, equidad y solidaridad.

A esta altura, aunque suene una obviedad, conviene aclarar que estos conceptos, independientemente de su aparición en términos históricos, conviven de manera poco armónica y se disputan sentido en cada uno de los momentos históricos ya que los modelos puros no son más que meras expresiones teóricas. En la realidad, como diría el tango, conviven “en un mismo lodo”.

Una vez que conversamos sobre estas distintas acepciones, nos introducimos en la revisión de otros aspectos que se vinculan con los distintos adjetivos que suelen acompañar a la palabra seguridad cuando hablamos de políticas públicas. Entonces, nos preguntamos ¿seguridad pública, democrática o ciudadana? El núcleo de esta ambivalencia conceptual puede advertirse en el modo en el que cierta demagogia política y mediática reduce la demanda social al ligarla a la respuesta judicial y penal.

Haciendo una breve recorrida por las diferentes concepciones de la noción de seguridad, podemos encontrarnos con diferentes acepciones que, por su similitud, podrían ser tomadas como equivalentes por quien no tenga un recorrido más profundo en la temática. Por ello, en los próximos párrafos les acercaremos algunas nociones que surgen de discusiones profundas al respecto.

Si bien no hay unicidad de criterios, es posible asociar el concepto de seguridad pública, en el marco de una democracia, a la situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos a ser protegidos en su vida,

libertad, integridad, bienestar personal, honor, propiedad, igualdad de oportunidades, efectiva participación e igualdad ante la ley, entre otras cuestiones (Sain, 2002).

Dadas las tensiones propias de las democracias actuales, la seguridad pública se presenta despojada de la pretensión de garantizar la seguridad en un sentido integral y sometida a un proceso de reduccionismo que invierte su espíritu y toma carnadura en el sistema de seguridad público. El mismo está conformado por las fuerzas de seguridad, la administración de justicia penal y los sistemas penitenciarios. Y está abocado a la prevención y persecución de los delitos, a la reducción de la violencia, a la protección de bienes y de la integridad física.

La idea de seguridad pública, devenida en sistema de seguridad público, no deja de ser un concepto restringido en tanto comprende la administración de la seguridad desde el sistema penal. Por ello, y para una noción más amplia, debemos movernos hacia una idea de seguridad pública democrática, en tanto permite atender los conflictos en forma multiagencial contemplando políticas integrales.

Esta última noción está asociada a la dimensión humana de la seguridad, entendida como gestión de la conflictividad en sentido amplio, por lo tanto, procura producir y garantizar acciones públicas que se orientan a ciertas condiciones de convivencia, a la persecución de delitos, a la reducción de ciertas formas de violencia y a la protección de los bienes y la integridad física de la ciudadanía, en el marco del Estado de derecho.

La seguridad ciudadana, como noción más moderna, parte del concepto de seguridad pública democrática y comparte sus objetivos, pero pone un énfasis en el rol de la ciudadanía. Este acento en la ciudadanía tendría un carácter doble, por un lado, al entender la seguridad orientada al ejercicio de los derechos ciudadanos; por otro, al entender que tanto los derechos como las obligaciones en materia de seguridad involucran a los ciudadanos como protagonistas (Rangugni y Russo, 2010).

Existe cierto consenso a la hora de reflexionar sobre este último concepto y tiene que ver con la idea de que, ante la falta de respuestas de

las agencias del sistema penal y producto de la modernización del Estado por la cual se amplía el concepto de lo público, se adiciona la participación de la comunidad organizada a la manifestación cotidiana del ciclo de la seguridad con la finalidad de garantizar una vida digna a toda la ciudadanía. Repensar estas cuestiones junto a futuros profesionales del derecho en un espacio universitario con la riqueza específica del IUPFA se transforma en una gran oportunidad epistémica.

El abordaje de los conflictos

Intersecciones entre la seguridad y la justicia

Al comenzar a reflexionar sobre los problemas básicos que definen las relaciones entre seguridad, justicia y el abordaje de los conflictos, desde el punto de vista del diseño, articulación y ejecución de políticas, por parte del principal conjunto de agentes del sistema de justicia penal, nos cruzamos con las nociones de paradigma del orden y paradigma de gestión de los conflictos, en palabras de Binder (2008).

Entre los aspectos principales que delimitan el debate entre estos dos paradigmas, en cuyo núcleo reside la discusión sobre dos concepciones diferentes de la sociedad, nos encontramos con la aplicación de la ley y el uso de la violencia por parte del Estado como monopolio de poder.

Una primera aproximación podría guiarnos a la idea de que el conflicto es negativo por se porque altera la paz social por lo que el orden sería visto como un valor al evitar el conflicto o eliminarlo. En este sentido, es muy usual que los conflictos queden acotados al campo jurídico donde no se indaga acerca de la complejidad de los mismos y sus profundas razones, y pocas veces se consigue una resolución acorde a las necesidades de las partes involucradas.

En lo que respecta específicamente a la faz penal del derecho y su vínculo con las políticas de seguridad y la actuación policial, la reflexión se vuelve indispensable y para ello vamos a recurrir a

Luigi Ferrajoli quien, en su obra *Derecho y Razón* (2009), aborda la cuestión del monopolio penal de la violencia y su ineficacia. Allí explica que el primer presupuesto de la función garantista del derecho y también del proceso penal es constituirse en el monopolio legal y judicial de la violencia represiva. Así, entonces, el derecho y el proceso serían las garantías contra la arbitrariedad.

Pero, a propósito de la actividad policial se debe necesariamente complejizar el planteo ya que se presenta un problema previo al de las garantías penales, esto es, “la divergencia [...] que siempre se da entre normatividad y efectividad, entre derecho y praxis, entre imagen legal y funciones reales, entre el deber ser y el ser de un sistema punitivo” (Ferrajoli, 2009: 763-764).

Y para profundizar su análisis hace uso de una idea de Walter Benjamin que expresa que, en torno a la policía se dan “dos especies de violencia: la que pone y la que conserva el derecho” (citado por Ferrajoli, 2009: 764) que estarían separadas y confiadas a los distintos poderes del estado. Y que esta particular característica suya, que la hace partícipe de todas las funciones del poder del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, depende de la ambigüedad de su función y ubicación institucional. En definitiva, tiene una dependencia del poder ejecutivo y una actividad administrativa formalmente organizada pero también actúa en contacto directo con las libertades fundamentales y allí es donde despliega su vínculo con el poder judicial. Además ejerce competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a los peligros y sospechas. De allí que su manifestación de fuerza aparece claramente ligada a la violencia y por ello es que Ferrajoli advierte sobre su latente ilegitimidad respecto al paradigma del estado de derecho. En sus propias palabras “de un lado, peligrosidad y sospecha son, por naturaleza, incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacio a medidas en blanco, basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables”. (2009: 766).

Así, en el sistema penal se pone de manifiesto la relación entre el Estado y la ciudadanía, entre poder público y libertad privada, entre seguridad y derechos individuales, de una manera directa.

Pero también existe una noción diferente acerca de cómo comprender la sociedad. En clave histórica debemos reconocer que la historia de la gestión de los derechos esenciales en cada sociedad ha sido fruto de innumerables cantidades de conflictos.

Así entonces, los conflictos tienen funciones latentes y otras manifiestas. El paradigma de gestión de la conflictividad reconoce el conflicto como inherente a los seres humanos y su vida en sociedad, en términos durkheimianos lo considera constitutivo de las relaciones sociales (Durkheim, 2003), en definitiva, una manifestación necesaria de la vitalidad democrática.

Desde la idea de la gestión del conflicto, con el objetivo de la disminución de la violencia, la judicialización o la aplicación de violencia estatal aparecen como último recurso y solo tienen sentido si disminuye el total de violencia.

Ahora bien, la dialéctica entre el paradigma del orden y el de gestión de la conflictividad opera, en un plano simbólico, y determina una visión igualmente dialéctica en torno a la función del derecho y sus vínculos con la violencia. Por ese motivo, habitar la frontera entre lo civil y lo policial, mientras trabajamos en una autopercepción común de compromiso con el estado social y democrático de derecho, resulta vital.

¿Todo tiempo pasado fue mejor?

Una vez sentadas algunas bases sobre las cuales se centran nuestras discusiones en el aula, debemos reflexionar acerca de otro aspecto sumamente relevante que se cuela en el seminario y que está más bien relacionado con el mundo sutil de las emociones y las representaciones acerca del rol de las fuerzas de seguridad, en particular las policías, y su relación con la comunidad.

Al hablar de seguridad, con las más variadas acepciones en danza de las que hemos dado cuenta unos párrafos más arriba, es inevitable, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las personas que están cursando en el IUPFA forman, formaron parte o bien

tienen familiares que han sido o son parte de las fuerzas de seguridad, que surja, a modo de evocación emotiva, lo que Mariana Sirimarco denomina el relato del *vigilante de la esquina* (2017).

Esta autora explica que este relato implica un análisis de los valores mediante los cuales la policía se autopercebe e implica rescatar el rol que las emociones ocupan en la reproducción de las tradiciones de la institución.

En dicho relato caben las más variadas historias acerca de las relaciones construidas con la comunidad en la que se desempeña y que, por supuesto, implican cercanía y confianza. Esa persona que, en su rol policial, inspira y recibe respeto, que está constantemente al servicio de la población y sus eventuales problemas.

Esta evocación toma un sentido en extremo relevante al conversar sobre la situación actual de la institución policial y, sobre todo, cuando se aborda el descrédito que parece pesar sobre la misma, la distancia con la comunidad y la compleja situación en torno al respeto al policía en la calle.

La clave de esta semblanza, afirma Sirimarco, en lo que al ámbito policial respecta, radica en el antes: su apelación exuda aires de pasado. Su silueta anida, más que en la vida real, en los libros y los recuerdos. Como estas palabras dejan entrever, el vigilante de la esquina es, por antonomasia, el policía de los tiempos idos: el funcionario leal y honesto de un paisaje social en que, como se verá, todo era distinto porque todo era mejor (2017:32).

Así, entran en escena significados que pueden surgir de historias de personas o sucesos reales, pero que necesariamente encarnan una narrativa de un tiempo mítico allí donde anida la nostalgia.

La autora, en su trabajo *El 'vigilante de la esquina': el rol de la nostalgia en la construcción de relatos policiales argentinos* explica que “toda memoria – todo pasado – se construye desde los intereses del presente. Y en esto radica la fuerza emocional y arrolladora de la nostalgia. En tanto nexo capaz de ligar – de un modo particular – el pasado con el presente (y por ende con el futuro), su carga semántica resulta funcional a la construcción de la memoria y la identidad, individual y colectiva” (2017:41).

El relato del vigilante de la esquina es claro: el pasado se presenta como el locus de lo ido, de lo perdido. Los chicos y chicas jugando en la calle, el grupo de vecinos confiando las llaves de sus casas, quienes delinquen respetando la autoridad: todo parece haber quedado atrapado en un lugar que ya está más allá de nuestro modo de vida. El pasado se configura así como el espacio de lo irrecuperable

Y si esto aparece con tanta claridad es porque tiene su correlato en la profunda y dolorosa revelación de su ausencia, no solo de ese vigilante de la esquina, respetado y querido sino también de una convivencia bajo otras reglas y con escenas que también se evocan con claridad como aquellas de las infancias jugando en la calle, la vecindad haciendo lo propio en la puerta de sus casas, dejando las puertas de calle sin llave, etcétera.

Aparece así no solo un relato sino también un elemento contundente en términos identitarios institucionales y que, por supuesto, no tiene únicamente relación con el presente, sino que también pretende, bajo cierta performatividad, forjar memoria.

Este relato emotivo del pasado denuncia responsabilidades acerca de su pérdida. Y aquí resulta relevante la llamada de atención que hace Sirimarco acerca de que esos señalamientos son al progreso, a la sociedad, a la vida, pero no es posible ver allí un análisis sobre la responsabilidad propia.

Y allí es donde tal vez se pierde de manera más evidente la conexión con la realidad y, con ayuda de ese ejercicio nostálgico, se construye un pasado ficcionalizado y un modelo inalcanzable para seguir añorando donde el presente no hace mella. De esta manera se clausura la emergente situación problemática al instalar una historia mítica.

Disciplina

Esos relatos, esas memorias, conviven con otros aspectos fundamentales en lo que hace al discurso del orden y del conflicto vinculado a la seguridad como lo es la noción de disciplina, entendida

como aquel principio que implica el reconocimiento de las jerarquías y el cumplimiento de órdenes.

Esta lógica constitutiva de la autorepresentación policial tiene anclajes profundos y extensos en nuestra historia. Ya autores como Michel Foucault han dedicado extensas obras a su análisis. Sin embargo, en lo que hace al personal policial toma una carnadura particular en función del vínculo profundo tejido desde el instante mismo en el cual se ingresa a las escuelas en las que se forman quienes luego formarán parte de las fuerzas de seguridad.

Mariana Sirimarco en su texto *El disciplinamiento de los cuerpos. Cuando el castigo construye sujetos* aborda lo que sucede en torno a este tópico en el curso preparatorio para agentes de la Policía Federal Argentina. Si bien el texto se basa en el caso de una fuerza en particular, consideramos que constituye un buen punto de partida para pensar la cuestión en las fuerzas de seguridad en general.

La autora intenta en su trabajo no solo comprender el proceso de construcción del sujeto policial, sino, y sobre todo, vislumbrar cómo, sobre un miembro de la sociedad civil, se construye un policía. Emprende su labor investigativa a partir de diversas preguntas acerca de qué características, sentidos, prácticas y valores son necesarios poner en juego para que sea posible el pasaje de civil a policía.

Allí relata cómo, desde un principio, el cuerpo es un gran protagonista porque es sobre él en el cual se centran los objetivos y miradas a partir de los ejercicios físicos y el aprendizaje de los movimientos, posiciones y destrezas necesarias en la formación policial. Y de ese modo concluye prontamente que ese adiestramiento del cuerpo no es ni más ni menos que su disciplinamiento. Para reforzar su posición recurre a una cita de Foucault acerca de ese conjunto de “métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad” (Foucault, 1989: 141).

Entonces nos encontramos con que los dispositivos disciplinares son uno de los puntales básicos de la institución policial. No hay discusión acerca del requerimiento por parte de las instituciones de seguridad para con sus miembros de obediencia inmediata a

las órdenes y el respeto a la autoridad de quien ejerce el mando. La disciplina y subordinación son la base del funcionamiento de la organización policial.

Al trabajo con el cuerpo, suma Sirimarco (2001) el que se hace a través de las sanciones que se imponen de manera frecuente ante las faltas al código de la institución. Y allí, el poder disciplinario actúa ante desviaciones de las normas explícitas, pero también de las tácitas, de aquello que se entiende por *buen desempeño*.

Entre ambos espacios de actuación, se va concretando un hacer disciplinario que actúa de modo normalizador, reprimiendo y habilitando determinadas características identitarias.

En esa distancia con la sociedad civil, que comienza a ser vista como *lo otro*, se va construyendo el propio ser, policía, que exhibe determinadas características que han sido introyectadas y cuya capacidad de extensión tiene numerosas terminales que revolucionan el modo de ver, ser y estar en el mundo.

Tensiones entre teoría y práctica: lo que fue (fuimos), lo que es (somos) y lo que debería(mos) ser

La propuesta del seminario tiene una finalidad explícita que tiene que ver con analizar los distintos enfoques y concepciones que orientan y fundamentan las políticas públicas en materia de seguridad así como la influencia que ejercen las personas involucradas en el sostenimiento y eficacia de tales políticas, desde una perspectiva interdisciplinaria.

En ese sentido, el ejercicio en el aula implica andar y desandar los significados de los ejes temáticos en los cuales nos centramos y complejizar la mirada sobre las conflictividades sociales y las instituciones. Algo desafiante pero no por ello difícil de cumplir.

Pero también hay otra finalidad, o si se quiere una precondition, que aparece como menos evidente pero no por ello menos relevante,

y es la necesidad de un ejercicio de reflexión sobre las propias prácticas. Repensarse, cuestionar las cristalizaciones de sentido, más allá de la trayectoria previa de cada quien, dado el horizonte que se abre al construir nuestro compromiso común con la práctica de la abogacía y el estado de derecho.

Retomando el registro de que la mayoría de nuestro alumnado forma parte de alguna fuerza de seguridad o formó parte en algún momento, otros mecanismos complejos se hacen presentes en el aula.

Tradicionalmente en las policías, las capacidades de actuación, las normas no escritas, el entramado de reglas que regulan las relaciones entre pares, constituyen aprendizajes adquiridos en el *hacer*, transmitidos por los *antiguos*. Respondiendo a un modelo pedagógico tradicional, se enfatiza en la formación *moldear el carácter* a través de la voluntad y el disciplinamiento. En este modelo el método y el contenido de la enseñanza en cierta forma se confunden con la imitación del ejemplo del ideal propuesto como patrón, cuya encarnación más próxima se manifiesta en el maestro, en este caso, el policía *experimentado*.

En paralelo, hay una concepción acerca de que, en la formación policial, el modelo pedagógico a aplicar consiste en una pedagogía tecnicista. Formar policías capaces de estar a la altura de los requerimientos técnicos actuales, poniendo el foco en capacitarse en competencias y habilidades técnicas. Pero además, creando cuerpos dóciles, obedientes, con un estricto sentido de las jerarquías y la obediencia irrestricta.

En este marco, la propuesta formativa del espacio áulico *Seguridad ciudadana* se enfrenta con el desafío de tensionar estos modelos aprehendidos para emprender un camino de alumbramiento de nuevos saberes. Sea desde el imaginario civil o desde el imaginario policial, y sus fronteras simbólicas, generar un espacio de apertura para pensar los vínculos entre la seguridad y los lazos sociales, como expresión de aquello que como comunidad nos importa y por tal motivo, buscamos proteger jurídicamente.

En palabras de Paulo Freire (1993), nos resulta fundamental comenzar por romper con el viejo modelo de la educación bancaria

que solo se dedica a transferir o depositar valores y conocimientos exigiendo adaptación y ajuste para poder transitar el camino de una educación que invite a problematizar la propia experiencia.

Partimos del convencimiento de que al superar la contradicción educador-educando ingresamos en un diálogo fructífero que nos permite crecer en conjunto. Dicho proceso nos anima a reflexionar de manera crítica no solo sobre los contenidos sino también sobre nuestras propias prácticas y relaciones.

Nos pensamos con historia y desde el presente caminamos para construir un futuro mejor en una tarea que se sabe tan inacabada como esperanzada.

A modo de cierre

Las reflexiones aquí esbozadas son apenas un indicio de las múltiples vinculaciones que se han presentado y lo seguirán haciendo en los enriquecedores espacios áulicos.

En el particular contexto del IUPFA, se entrelaza la misión pedagógica de la formación profesional, en este caso profesionales del derecho, con la oportunidad de generar un espacio de reflexividad sobre la práctica de otros actores y otros saberes, como todos aquellos que giran en torno a lo policial u otros auxiliares de la justicia. Esta intersección posibilita una valiosa instancia para reflexionar sobre saberes prácticos y nociones de base, en un ejercicio deconstructivo que, de cara al futuro, esperemos aporte a que quienes egresan aborden el ejercicio profesional con consciencia sobre la complejidad de la trama de conflictividad sobre la que operarán y no como simples copistas del entramado normativo. La recuperación reflexiva de otros saberes encarnados en prácticas podría representar un plus en pos de este objetivo. A eso apostamos.

Derecho y política criminal

Esbozo para la construcción
de un nuevo saber práctico

Darío Pedro Almada, Thomas Polak y Máximo Lanusse Noguera

Por qué devolver el carácter político al poder penal

Decía Julio Maier que *el derecho penal es contingente* (1993), Sin embargo, por alguna razón lo pensamos, o lo aceptamos, como una realidad fatal. Quizá porque en la sociedad imaginada, en el principio era la violencia, aparentemente no podemos evitar su *represión y expiación*. La pregunta ética es si acaso estamos condenados a la repetición.

En marzo de 2021, en el marco de la carrera de Abogacía, ofrecimos a nuestro estudiantado el seminario electivo *Estudios críticos de política criminal*. El objetivo de este ensayo, es bosquejar algunas líneas concretas de esa experiencia y justificar así su pertinencia.

El primer trazo de lo que todavía es una huella, lo abrió Alberto Binder (2011), a fuerza de machetes y análisis-. Pero la vegetación penal es frondosa, el riesgo concreto es que se nos pierda antes de convertirse en un camino. Arraigar el hábito intelectual de reconocer, recorrer, y sobre todo ponerlo en práctica con compromiso y responsabilidad, resulta entonces, imperativo.

Curiosamente o no tanto, las escuelas de derecho, los espacios que deberían orientarse a la reflexión autónoma y crítica de nuestras prácticas cotidianas en el campo penal, se nos presentan como las más refractarias al cambio. Así, espejan, legitiman o ignoran los desafíos, oportunidades y resistencias de los territorios donde se juega el poder penal y nuestra (im)potencia como agentes de cambio o de reproducción.

Si bien la voz *Política criminal* ya es un lugar común en la teoría y práctica penal, es un área disciplinar absolutamente subdesarrollada, desconocida y opacada, sea como un difuso capítulo de los saberes jurídico-penales tradicionales, la mera definición programático-legal de las prohibiciones y sanciones o, como la lisa y llana discrecionalidad política a la hora de *promover la actuación de la justicia*. Por ejemplo, cuando la fiscalía la invoca como comodín nominal para oponerse a una conciliación u otra forma de resolución alternativa del conflicto¹.

Nos interesa realizar una primera distinción elemental de niveles: una cosa es la política criminal como hecho constatable y otra su *análisis*. La constatación histórica del hecho, del fenómeno, es inversamente proporcional al grado de desarrollo de su estudio y

¹ En la práctica tribunalicia, parece equipararse política criminal a arbitrio del órgano encargado de promover la justicia y defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

escrutinio analítico. Se trata de una práctica, de una experiencia que es opaca para sí misma. Posiblemente exista un componente psicoanalítico, pulsional e inconsciente que explique esta paradoja, como lo sugerimos más arriba (Lanusse Noguera y Paschkes Ronis, 2023).

Nos propusimos generar un genuino espacio de encuentro, reflexión e intercambio crítico. Instalar el gesto de interrogación e interpelación con el afán de aproximarnos a la construcción de un saber y sentido práctico, cuyo horizonte pudiera inscribirse en una nueva disciplina: el análisis político-criminal. El marco general de referencia está signado por el horizonte de la minimización de la violencia y la rendición de cuentas democrática, interpelación y escrutinio al que debe exponerse toda política pública. Predisponernos a pensar el derecho penal en clave de profundidad y, en forma más amplia, el llamado sistema penal, desde una perspectiva desconocida y descuidada por el canon de estudios ligados a la cuestión penal y, en consecuencia, también por los planes de estudios de abogacía.

La premisa, como anticipamos, nos la legó en el ámbito local y regional Alberto Binder. Se trata de reparar en la necesidad de un saber práctico y analítico que opere en sentido contrario a la ausencia de toda rendición de cuentas de la *administración de la violencia estatal*, exigible en última instancia a toda política pública de un Estado democrático. Por mucho tiempo el trasfondo moral de cualquier horizonte de castigo, colocó al *factum político criminal* más allá y más acá de cualquier necesidad de justificación. Simplemente se dio por sentada su legitimidad mas no se escruta su eficacia, proporcionalidad y utilidad como política.

En ese sentido, desde los saberes penales nos hemos acostumbrado a concebir el sistema de garantías y los principios sobre los que se edifica, como un conjunto de límites meramente externos a cualquier pretensión de habilitar poder penal. Pero a esa pretensión no le exigimos más justificación que la previsión legal.

Así, por lo menos desde el ensayo del Marqués de Beccaria, *De los delitos y las penas* (2011), buena parte de la ilustración penal ha consistido en el desarrollo de herramientas que mitiguen la

irracionalidad, arbitrariedad y decisionismo a la hora de la definición de la imposición de una pena. Los principios rectores del derecho penal liberal de *legalidad*, *lesividad* *proporcionalidad* y *culpabilidad*, entre otros, que exigen para su realización la constelación de garantías, que hacen al debido proceso sustantivo y adjetivo, son sin duda relevantes e imprescindibles.

Sin embargo, están lejos de ser suficientes para contener la *irracionalidad punitiva* ¿Por qué? Porque en definitiva se trata de herramientas para evaluar si de acuerdo con los límites y condiciones establecidas en el ordenamiento legal, en cada caso sometido a los tribunales, están dadas las condiciones mínimas necesarias, pero no suficientes, para habilitar una consecuencia jurídica de carácter penal, prevista en las leyes. Es decir, responden a la pregunta acerca de si es legal, si se puede dentro del marco jurídico o deber formal, ejercer poder penal; más no a la pregunta por qué hacerlo, si existen razones que lo justifiquen. En definitiva, el deber material no puede escindirse de una decisión informada en primera persona del plural, es decir de una decisión netamente política, atravesada por el autogobierno y la comunidad jurídico-política que *queremos, podemos y elegimos (trabajar para) ser*.

La confianza exclusiva en el derecho (Binder, 2007) para impedir la imposición arbitraria de coerciones penales, paradójicamente acarrea la renuncia a exigir, demandar, que la pretensión implícita en toda política criminal, desde su diseño hasta su administración, aplicación y ejecución; así como sus condiciones de factibilidad, sus consecuencias esperadas y efectivas, etcétera; sean sometidas a un control transparente de su utilidad sobre la base de razones públicas. Es decir, se pierde la oportunidad epistémica y política de su censura por tratarse, no solo de la, siempre éticamente cuestionable, *imposición deliberada de dolor*, sino además, sin justificación suficiente, en términos de legitimidad y de eficacia para la consecución de sus propósitos. Pero además, supone que quienes se encargan de la operación del sistema penal podrán abstraerse del espacio social que habitan, las condiciones materiales, simbólicas y sociales en las que trabajan.

Es una obviedad que no se puede (o más bien, no se debe) habilitar poder penal sin atravesar todo el sistema de límites legales. Tratóndose del ejercicio de un poder o competencia estatal y no de un derecho subjetivo, la regla es la restricción, el principio de legalidad. Sin embargo, tradicionalmente aquel principio que nació como garantía se transformó de la mano de la *cultura inquisitiva* en la obligación de persecución criminal de oficio de todos los delitos. Es decir se desligó por completo de la pregunta por el interés y por el conflicto.

El verdadero y más urgente desafío, en un contexto de *hiperinflación penal* y de *demagogia punitiva* porque la máquina de fabricar delitos no descansa, es subrayar el modo en que se habilita una política criminal determinada sin una justificación en términos de utilidad y eficacia verificable. Cualquier coalición de gobierno de turno, maquínicamente, puede hacerse de un inusitado capital simbólico y moral a partir de meras promesas destinadas a la frustración, sin asumir los costos ni la rendición de cuentas correlativa. De tal modo actúan ante el gran público como afirmando “observen todo lo que nos preocupa este problema que estamos dispuestos a ir por las últimas consecuencias”.

Con extraordinaria claridad, Luigi Ferrajoli (2001) lo sintetizó en diez axiomas: no hay pena sin crimen, no hay crimen sin ley, no hay ley sin necesidad, no hay necesidad sin injuria o daño, no hay injuria sin acción, no hay acción sin culpa, no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin prueba, no hay prueba sin defensa (no creemos que precisen de la autoridad mística del Latín).

La pregunta por la necesidad habitualmente se reduce a la prohibición de tipificar conductas que no acarrear vulneraciones a bienes jurídicos, es decir *relaciones de disponibilidad* y, desde una visión más rica, *participación en la vida social* que hacen a los derechos fundamentales con los cuales nos hemos comprometido como comunidad política. Se trata de la necesaria existencia de un daño o lesión que justifique la prohibición penal. Esto significa que una conducta no puede volverse lesiva por decisión de quien legisla sino que debería tener tal carácter en forma previa para que se le pueda otorgar relevancia penal.

Asimismo, esa necesidad o principio de economía, contiene implícitamente el principio de proporcionalidad. Pero como insinuamos más arriba, el principio de lesividad, es decir la *condición necesaria* de que la conducta implique un daño o lesión a un bien jurídico, no acarrea que sea una *condición suficiente* para tener por racional a la intervención punitiva como política estatal. Es decir, debería además poder explicarse porqué esa forma de intervención es útil, y sobre todo, más útil que otras estrategias posibles, sin perder de vista sus costos no solo en términos económicos sino sobre todo de derechos. Pero para realizar ese análisis, hace falta un saber práctico y analítico del que la mayoría de los penalistas carecemos.

Así, lo que se sustrae a toda reflexión, análisis y escrutinio, es esa decisión política de seleccionar determinado *pragma conflictivo* como penalmente relevante, o incluso luego, la de poner en movimiento los recursos del Estado a través de una persecución, investigación y juicio criminal. Es decir, al límite negativo cuya enunciación puede sintetizarse así:

No se puede inventar normativamente una lesión. No se lo complementa con un límite positivo que explique por qué la respuesta penal, y por ende violenta, al conflicto constituye una política pública adecuada y eficaz (límite interno), además de consistente con los límites constitucionales a las competencias penales del Estado (límite externo).

No se somete a examen ni se exige ningún tipo de rendición de cuentas. Sea respecto del programa político criminal legal, las formas que disponga el poder ejecutivo y sus agencias para la administración de los recursos y una eficaz realización de ese programa, desde el trinomio justicia-seguridad y DD. HH., y la decisión del Ministerio Público Fiscal de ejercer efectivamente la acción penal, así como las estrategias de investigación y persecución que, de ese

modo evitan asumir la dimensión político-criminal de su actuación² dentro y fuera del proceso penal.

De tal manera, sin el desarrollo de un conjunto de habilidades y destrezas analíticas y prácticas; que permita inscribir tipos penales, casos y personas, en una trama, en cierto fenómeno o regularidad social, que, luego de su comprensión, pretendamos intervenir, redefinir, regular, gestionar, de algún modo, de manera de reducir los abusos y las violencias; la dimensión macro y micro de la política criminal permanecen en la penumbra.

En consecuencia, el poder penal se manifiesta como pura violencia organizada de una irracionalidad irreductible, en los hechos legalizada sin que se interpele desde su (i)legitimidad e (in)eficacia. El análisis de ese *factum* constituye una exigencia constitucional y democrática. Debe ser sometido a un constante escrutinio, interpelación y demanda de rendición de cuentas como parte de las políticas de gestión de la conflictividad.

Cuando nos predisponemos en este camino, confrontar las prácticas y los procesos, se transforma en un imperativo, sobre todo cuando estos son puramente inerciales o bien cuando entran en irresolubles tensiones con los compromisos del estado de derecho. El desafío será adoptar una perspectiva que permita tomar una seria y necesaria distancia entre las promesas que pretenden legitimar la imposición de la violencia y su incidencia efectiva y concreta en las relaciones en el seno social e institucional, como parte de la sociedad.

² Son importantes algunas distinciones que formula Binder, por un lado la macro política criminal que debe ser el objeto específico del análisis político criminal, por otro la micro política criminal que consiste en la dimensión político criminal que tienen las acciones llevadas a cabo por las distintas agencias que ponen en movimiento la política criminal, por ejemplo el Ministerio Público Fiscal. Así, más allá de que Binder milita por la construcción de una disciplina relativamente autónoma, no ignora, por supuesto, la dimensión político criminal que tiene siempre el proceso penal, su impulso y todo el conjunto de diseños institucionales, así como las acciones administrativas, regulatorias, jurisdiccionales y gubernamentales. Esta dimensión Binder la trabaja en particular en: Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal, tomo II, Dimensión político criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Esto no es otra cosa que dar cuenta de la violencia que ejercemos en nombre del derecho (Ferrajoli, 2016).

Identificar los obstáculos es el primer paso. En tal sentido, la *generalización*, la *burocratización* y la *naturalización* han conspirado, tradicionalmente, contra un necesario sentido práctico acerca de la dimensión político criminal de cada acción por parte de los distintos agentes que se imbrican en el llamado sistema penal.

La generalización consiste en el abordaje de conflictos humanos y sociales muy diversos como si fueran equivalentes por la sola adjetivación legal en tanto *delitos*. La falta de atención a la singularidad de cada fenómeno o regularidad social, genera una investigación y reacción automatizada muchas veces carente de cualquier razonabilidad y proporcionalidad básica en términos de adecuación de medios a fines. La burocratización y la naturalización, sellan la clausura de toda posibilidad de repensar los problemas. La lógica y cultura del trámite gobiernan las prácticas, y la consecuencia es la habilitación irreflexiva del poder penal sin reparar en la entidad del conflicto primario ni en el sentido de una intervención violenta por parte del Estado.

Una aproximación a la caja de herramientas con foco conflictual

Partimos de la necesidad de cuantificar y cualificar la violencia producida por el propio sistema penal. Cientos de miles de millones son destinados cada año al sostenimiento de las agencias que participan directa o indirectamente del ensamblaje que hace a la llamada *cuestión criminal*. Cientos de miles de personas privadas de la libertad, y no hay que olvidar que la concepción moderna de la pena como mera privación es un eufemismo (Messuti, 2008), innumerables tratos crueles inhumanos y degradantes facilitados por condiciones estructurales producto de políticas públicas.

¿Por qué?, ¿con qué criterio?, ¿por qué la respuesta al conflicto es penal?, ¿por qué seguir alimentando con más recursos un sistema que se ha mostrado incapaz de cumplir lo que promete?, ¿por qué insistir en sostener la idea de que existe un *orden* que hay que mantener a salvo de esa otredad desestabilizadora y peligrosa, sin reparar mínimamente en una fenomenología de los conflictos en cuestión? *Más policías, más cámaras, más cárceles, más empleados judiciales.* Una retórica de la abundancia que pareciera ir a contramano de las constantes y cada vez más profundas crisis económicas y humanitarias que atraviesan los Estados de América Latina.

Binder nos advierte sobre la necesidad de construir una nueva disciplina orientada al análisis y a la gestión político criminal con bases minimalistas y democráticas. Un primer paso es dar cuenta del *factum* de la política criminal. Como hecho histórico, el poder penal siempre ha sido ejercido con algún nivel de organización. Se trata de un

[...] fenómeno social y político, de fuerte raigambre histórica, sujeto a los vaivenes de las épocas, de los intereses o el poder de los distintos actores y de las características generales del mundo social dentro del cual el 'hecho' del poder penal adquiere sentido (Binder, 2011: 1).

En aquella dirección, la violencia del Estado constituye el núcleo fáctico del poder punitivo, y por eso, un paso imprescindible en el análisis de la política criminal es llevar a cabo una fenomenología de la violencia estatal, para luego realizar su cuantificación³. De allí se extrae que la magnitud del poder penal es una razón suficiente para justificar la necesidad de un análisis específico sobre esta política, en clara alusión a su intensidad y enormes repercusiones sociales. En rigor, el trabajo fenomenológico al que invita Alberto Binder exige abordar la tríada *poder, violencia y conflicto* (2004). Porque solo

³ Para el autor, uno de los modos de cuantificación es la contabilización de personas encarceladas.

de esa forma puede satisfacerse el objetivo de minimizar la violencia, evitar los abusos de poder y darles un canal democrático a los conflictos.

Pero, para comprender la singularidad del planteo, es oportuna la lúcida crítica que esboza contra la aproximación de Zaffaroni (2000) al tópico. Sin dudas comparten el aguijón crítico de todo poder punitivo, pero no el carácter ambivalente y dual que ocupa la política criminal en su mirada de la teoría general del delito y de la responsabilidad penal. La paradoja es que, por un lado, se inscribe en el sistema de garantías sustantivas del derecho penal y funciona como un *dique de contención* de la violencia. Pero por otro, al sostener cierta inevitabilidad de esa violencia, condena al saber-poder jurídico a soportar, acaso con resignación, y, en todo caso, limitarse a contener y reducir los niveles de irracionalidad. Entonces, al mismo tiempo que refiere la ilegitimidad irreductible del poder penal, edifica todo un sistema normativo que se construye al amparo de esa violencia y con la finalidad de su contención.

Un modo de ejemplificar esto es lo que ha ocurrido con algunas manifestaciones del poder punitivo subterráneo, el viejo sistema de edictos policiales, en el esquema de Zaffaroni (1982: 82), su reconocimiento exigía su contención a través del sistema penal de garantías, toda una burocracia penal para contener ese poder penal. Cuando quizá, luego de reconocer la naturaleza punitiva de ese poder, no era razonable ponerle el dique de contención del debido proceso penal, adjetivo y sustantivo, sino reparar en que esos conflictos no deberían ser abordados con poder penal, ni subterráneo ni manifiesto.

En rigor, como le gustaba decir a Nils Christie, criminólogo noruego, los delitos pueden ser un “recurso natural ilimitado” (2008). Claro que él lo decía en tono crítico porque temía que nos pase como al Rey Midas, que todo lo que tocaba se transformaba en oro y entonces comenzó a pasar hambre.

En efecto, los actos que potencialmente pueden ser vistos como delictivos son como un recurso natural ilimitado. Pues si los actos no son sino que se construyen, sus significados son creados al tiempo

que suceden. Clasificar y evaluar son actividades centrales. Lo importante de esta conclusión de Nils es que si el delito es un producto sociocultural, entonces es contingente, para todos los actos, incluso aquellos vistos como no deseados, hay docenas de posibles alternativas de comprensión.

El autor noruego está interesado en el nacimiento de los significados y en cómo estos son moldeados. Él se pregunta ¿Qué hay detrás del incremento o merma de los actos generalmente percibidos como no deseados e inaceptables?, ¿cómo es posible, eventualmente, influir en el acontecimiento de estos actos?, ¿qué hace que una cantidad variable de estos actos aparezca como delito y que sus agentes aparezcan como delincuentes?, ¿bajo qué condiciones materiales, sociales, culturales y políticas aparecerán el delito y la delincuencia como las metáforas dominantes, como la forma dominante de ver a los actos no deseados y a sus protagonistas?, ¿cuándo es suficiente?, ¿cuándo es una sensata cantidad de delito?, ¿cuánto es una sensata cantidad de castigo? Todas estas preguntas son inmensas y desafían el *modo de ver penal*.

La dogmática penal, en clave de Zaffaroni en contraste, al *racionalizar* la violencia que supere un umbral mínimo invade el terreno de la política criminal y nos priva de la oportunidad de ponerle o identificar límites internos, además de los límites meramente jurídicos externos. Dicho de otro modo, parte de la premisa de que no se puede legitimar el castigo, pero como no se puede hacer nada para remediarlo, se construye un enorme sistema al servicio de su contención para reducir los márgenes de irracionalidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2011). Al comportarse de este modo, la deslegitimación es meramente simbólica y los límites no son otros que los que coloca el propio ordenamiento jurídico. Esa estrategia de control de daños, como si los jueces fueran de la cruz roja, asume fatalmente el devenir violento y en todo caso, solo previene del desborde que en el extremo lleva al genocidio. Pero lo más importante es que encerrado en esa ambivalencia no existe espacio para el desarrollo de un análisis crítico de la política criminal. El rótulo resignado de irracional exime al poder penal de toda rendición de cuentas, por la vía de dejar pasar la dosis

menos irracional, se renuncia a toda exigencia de justificación en términos de utilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Zaffaroni posiblemente respondería que jamás encontraremos racionalidad sino que eventualmente construiremos racionalizaciones y que en todo caso lo importante es si ellas operan en un sentido limitador y reductor o en un sentido expansivo. Pero el núcleo de la crítica de Binder es que deja una porción demasiado grande del poder sin ningún escrutinio porque simplemente es y siempre será irracional (2011).

Algo similar ocurre, con los otros saberes penales, como los que nuclean al derecho procesal penal y la criminología. Se cercenan y opacan discusiones que corresponden al plano del análisis político criminal, bajo el prisma de lo que en rigor son sistemas de garantías y límites externos de un lado, o de enfoques ligados a la sociología del control punitivo, que si bien son insumos importantes, no agotan ni profundizan el abordaje integral y multiagencial de los conflictos.

De allí la necesidad concreta de construir un nuevo marco de referencia. En ese registro, el llamado abolicionismo penal, deja de ser solo un horizonte lejano, utópico, macro cultural y pasa a convertirse en una tarea constante, micro cultural. Se tratará de reubicar los conflictos en otros niveles de intervención (Binder, 2011). Algo que por supuesto no será librado al azar o a la creación espontánea de algunos pocos actores con voluntad política, sino más bien que responderá a complejos procesos de interacción y coordinación entre instancias institucionales y de la sociedad civil. Estos procesos, de acuerdo con la propuesta general de Alberto Binder, pueden agruparse en cinco niveles, organizados en forma creciente según el grado de intervención del Estado en la gestión de las conflictividades sociales.

En un primer nivel llamado de *coordinación con las organizaciones sociales* el conflicto es ventilado en instancias comunitarias por los propios actores involucrados y con la intervención de organizaciones de la sociedad civil. El rol del Estado se circunscribe a detectar estas instancias brindándoles los recursos económicos, logísticos y simbólicos para que estas puedan fortalecerse y encontrar soluciones

efectivas a los conflictos en un marco de respeto a los derechos humanos y de fomento a la autodeterminación (Binder, 2011).

En el segundo nivel el Estado despliega sus capacidades comunicacionales al servicio de la promoción de modelos de referencia por medio de acciones formales: legislación, decisiones judiciales, etcétera; y sustantivas: campañas publicitarias, diálogo directo con actores de la sociedad civil. Binder lo denomina *fortalecimiento de la autogestión mediante la elaboración de modelos ejemplares* (2011).

El tercer nivel está definido por la creación de las *instancias de conciliación* donde el acercamiento de los actores partícipes del conflicto se institucionaliza llevándose a cabo en diversos ámbitos con presencia estatal: escuelas, hospitales, comisarías, clubes, etcétera. La *composición* del conflicto y de los intereses de las partes sigue estando en cabeza de éstas, pero ahora es el Estado quien provee los espacios y las instancias para el acercamiento (Binder, 2011).

El cuarto nivel supone que se ha abandonado la idea de autocomposición del conflicto en el entendimiento de que el daño producido ha escalado a niveles en los que es necesaria la intervención activa del Estado por medio de la *creación de ámbitos de justicia reparadora* capaces de acompañar a los protagonistas del conflicto en el proceso de pacificación (Binder, 2011).

Finalmente, en última instancia, precisamente como última y extrema ratio, aparece como recurso la posibilidad de la aplicación directa de la violencia estatal. Desde ya, no se trata de un permiso irrestricto para la imposición deliberada de dolor, sino que por el contrario la habilitación debe estar gobernada por una serie de principios que hacen a la racionalización de la respuesta:

- No aplicar violencia allí donde no la hay (Regla de mínima intervención)
- No naturalizar la respuesta violenta por el tipo de conflicto de que se trate, sino más bien supeditar su aplicación a estrictas condiciones de eficacia que se medirán “caso por caso” (Regla de no naturalización)

- Aun después de habilitarse la aplicación de la violencia estatal, ésta debe ser lo suficientemente flexible para dejar la puerta abierta al retorno a otros niveles de intervención (Regla de economía)
- La imposición de violencia tiene que responder en cada caso particular a una finalidad concreta, sin posibilidad de aludir a fórmulas abstractas tales como “la prevención” o “la defensa social” (Regla de utilidad)
- La imposición de violencia siempre debe hacerse en respaldo de otras formas de intervención y tendientes a la solución del conflicto (Regla de respaldo) (Binder, 2011).

En todos estos niveles de intervención, se trabajará con tres modalidades: *preventiva*, *disuasiva* y *reactiva*. La preventiva tiene la finalidad de evitar que el conflicto nazca por medio de una intervención eficaz sobre las causales múltiples y primarias del problema. La disuasiva busca efectos a corto plazo suspendiendo o mitigando los efectos del conflicto mediante una respuesta tendiente a interrumpir el proceso dañoso mientras este ocurre. La reactiva busca la canalización del conflicto o de sus ventajas mediante diversas estrategias que no suspenden sino que tienden a su reorientación.

Pero la premisa es la ruptura con el paradigma del orden que presupone la necesidad de reprimir los conflictos. Reprimir los conflictos equivale a privarnos de la oportunidad democrática de, a través de su desarrollo y la participación, replantear nuestras formas y valores de coexistencia.

La experiencia del seminario y la importancia de la primera persona del plural

Nuestro punto de partida es que se trata de construir un nuevo sentido práctico, una acción estratégica siempre condicionada por un espacio social, un *ethos*, una cultura. En consecuencia, en lugar del

camino de la abstracción y de los conceptos que nos colocan en el lugar de un tercero observador, o peor aún, en la perspectiva externa de un teórico, los esfuerzos se dirigen a dimensionar la primera persona del singular y del plural, porque será desde el lugar que ocupamos, como actores y hacedores del ensamblaje penal, que nos tendremos que comprometer con la tarea de robustecer deliberativa y democráticamente la discusión en torno a la violencia penal.

La participación en clase e implicación en la lectura, reflexión y discusión colectiva son componentes fundamentales de la construcción del seminario. Así, se trabajó tanto en los momentos de encuentro, donde el pulso era en tiempo real y en la medida de los estímulos e interacciones, como a través de hilos de discusiones asincrónicas en el aula virtual del campus. Las intervenciones cargaban con la exigencia y el rigor del compromiso público y deliberativo con el propio discurso, es decir poder dar cuenta del sustento de las propias afirmaciones y argumentaciones. Se dieron en este marco, acalorados debates donde pudieron experimentar el verdadero y real carácter *político*, valga la redundancia, de la *política criminal*.

Una de las actividades propuestas consistió en dimensionar una problemática o conjunto de problemáticas concretas cuyo abordaje específico diera cuenta de la gestión ineficiente e irracional de la violencia estatal. La idea fue precisamente la de generar consciencia y agenciamiento en orden a la complejidad y especificidad que suelen encerrar las problemáticas sociales, evitando caer así en la simplificación y naturalización de la respuesta penal.

En un segundo momento, propusimos realizar una *fenomenología del conflicto*, con el objetivo de desarrollar juntos la habilidad de ver más allá de la lógica burocrática de un sumario o expediente. Descomponer el conflicto, conocerlo en todas sus dimensiones. ¿Cuál es el fenómeno que se esconde detrás del caso?, ¿qué hay de las personas involucradas?, ¿cuál es su historia?, ¿qué posibilidades han tenido de internalizar y de participar del proceso de construcción de esos valores que ahora se los acusa de vulnerar?, ¿cuál es la autoridad para juzgarlas?, ¿qué otras formas de intervención de esa

problemática han fracasado? A partir de esa nueva comprensión, la propuesta era relocalizar el conflicto a partir de planificar una gestión que distinga modalidades y niveles de intervención y que sea capaz de articular la esfera micro con la esfera macro de la política criminal.

En el diseño de estas formas de coordinación entre el Estado y la sociedad fue donde se pudo vislumbrar con mayor claridad didáctica los profundos déficits de nuestras prácticas democráticas. Las personas que participaron del seminario tuvieron reales dificultades para invocar o bien diseñar instancias de gestión de las conflictividades por fuera de las formas provistas por el sistema penal. Allí precisamente, se produjo un rico debate en torno a la dicotomía de los llamados *paradigma del orden* versus el *paradigma de gestión de la conflictividad*. Algunas experiencias personales que relataron, nos permitieron recuperar todavía más el horizonte eminentemente práctico del seminario. Empero, pudimos notar cómo el conflicto es percibido en términos generales como un fenómeno disruptivo y como algo eminentemente negativo. Paralelamente, se trabajó el marco de referencia general para conocer los alcances y la definición que se le otorgaba a la política criminal, así como los conceptos y valores de los que es tributaria, resaltando aspectos fenomenológicos y descriptivos de las conflictividades y violencias en juego.

También, contamos con la visita de Adolfo Christen, de la Asociación Pensamiento Penal (APP), quién brindó testimonio de su experiencia en los Comités de Prevención y Resolución de Conflictos en el ámbito penitenciario bonaerense. Fue notable como ejemplo nítido acerca del modo en que aún los conflictos más intensos y en un contexto de encierro pueden transformarse en experiencias de civilización y diálogo democrático, oportunidades para gestionar mejor la conflictividad, muchas veces producida o intensificada por condicionamientos estructurales que, atendidos, pueden generar estrategias importantes de mitigación. Así compartió, por ejemplo, el programa *Una faca por un libro*, puso de resalto cómo con pequeños grandes gestos e incentivos restaurativos, puede trabajarse e incidir en la violencia carcelaria. En definitiva, el invitado nos dio

testimonio de la oportunidad que ofrecen los conflictos para trabajar en la construcción de lazos y comunidad, aun paradójicamente, en un espacio tan violento como la prisión, un espacio social atravesado por una coexistencia forzada y donde las relaciones de poder entre posiciones y la escasez, se encuentran intensificadas.

Reflexiones finales

El seminario *Estudios de política criminal* es un espacio abierto, plural y crítico que busca pensar la violencia. Habitualmente, desde el derecho se piensa a la violencia como lo otro de sí mismo.

La dialéctica *estado de derecho* versus *estado de policía*, es sin lugar a dudas útil para comprender el lugar del derecho como límite. Sin embargo ese límite es meramente externo. Si nos quedamos únicamente con eso, aceptamos que desde el gobierno del Estado se destinen una cuantiosa cantidad de recursos y se disponga la violencia organizada, sin ninguna exigencia de rendición de cuentas. Colocar la política criminal en el banquillo es reconocer la violencia propia ejercida en nombre del poder público, pero que al no reflexionarse parece seguir la lógica de la clandestinidad.

Si el horizonte es trabajar por formas más civilizadas y eficaces de gestionar las conflictividades sociales, debemos hacernos cargo de un conjunto muy grande y heterogéneo de inercias que coadyuvan a la persistencia de la demagogia y el populismo penal. Los discursos legitimantes del poder punitivo calan muy hondo todavía en nuestra cultura y no permiten ver al conflicto como una oportunidad de delimitar, definir y debatir acerca de cómo queremos vivir juntos.

Construir una disciplina de análisis de la política criminal que examine el diseño, la ejecución y la evaluación de toda pretensión de intervención violenta en un conflicto, facilita una alianza entre la carga de la justificación y un horizonte minimalista y democrático.

Los saberes que componen el derecho penal constituirán así un límite sin ambivalencias y la política criminal deberá no solo ser legal y someterse a criterios básicos de justicia, sino además demostrar que no acarrea un aumento inútil e injustificado del poder, la violencia y la conflictividad. Las muertes y las graves violaciones de derechos humanos producto del sistema penal ingresan, negativamente, en esa ecuación, de la misma manera que la expropiación burocrática y la pérdida de oportunidades de civilización de los conflictos, como bien lo supo iluminar el abolicionismo penal. Recuperar el carácter democrático y político del derecho penal implica abandonar de una vez y para siempre cierta ilusión del control y trabajar para salir de la conversación rota entre la ilustración penal y el populismo penal.

En definitiva, el seminario apuesta a transformarse en un espacio enriquecedor, donde se promueve un análisis profundo y crítico en torno al complejo fenómeno de la violencia. A diferencia de otros enfoques, que aunque suelen abordar la violencia desde diversas perspectivas, este espacio se caracteriza por exigir, más allá y más acá de lo que a esta altura ya son lugares comunes de los discursos penales, que en buena parte agotaron su potencial crítico, de análisis, reflexión y puesta en crisis que no frena ante lo que aparece como una fuerza fatal de la historia. Y así, reivindica la posibilidad cierta y concreta de un genuino futuro minimalista y democrático, la tarea perpetua y cotidiana de la abolición del castigo como imposición deliberada de dolor.



PARTE IV

Reflexiones epistemológicas y hermenéuticas

Los derechos son el reconocimiento formal del hecho de que ante mi subjetividad (jurídica) siempre existe otro. Vinculado a esto se encuentra el reconocimiento de que los derechos humanos tienen la capacidad de crear nuevos mundos empujando y expandiendo continuamente las fronteras de la sociedad, la identidad y el derecho.

[...]

Tras el final del siglo más atroz, es demasiado tarde en la historia para retornar a los conceptos de naturaleza humana y libre voluntad del liberalismo clásico. El universalismo de los derechos y el historicismo del relativismo cultural comparten con la filosofía y la ética occidental una característica común: el reducir la distancia entre el yo y el otro y convertir lo diferente en igual.

Costas Douzinas, El fin(al) de los derechos humanos

Derecho y republicanismo penal

Breves reflexiones

Máximo Lanusse Noguera

En este ensayo comentaré la experiencia y el impulso del seminario *Problemas de derecho penal* que ya hace algunos años forma parte de la oferta electiva de la carrera. ¿Por qué llamarlo problemas de derecho penal? Porque es un modo de reparar en que son muchas más las preguntas que interpelan esa práctica que lo que sabemos, nuestra ignorancia respecto a lo que debemos hacer es mucho mayor que cualquier saber técnico penal. Se trata, en definitiva, de un espacio de *filosofía penal*. El objetivo es reflexionar en clave de profundidad las tensiones que habitan en el corazón de la cuestión criminal, tanto desde las distintas construcciones de saberes específicos con pretensión limitadora, discursos *racionales* que articulan las

ciencias penales en materia de teoría del delito, de la pena y del proceso, como desde las fuerzas y pulsiones sociales y la inercia burocrática histórica y cultural que alimenta y nutre el *ensamblaje penal*¹.

Un núcleo importante es repasar las bases del *garantismo*, el *agnosticismo*, el *minimalismo*, el *abolicionismo* y el *republicanismo penal*. Matizar cada una de esas variantes y sus posibles combinaciones es importante también para saber responder ante sus usos peyorativos en un discurso (más) *mediático* que *público*.

Se puede decir que la publicidad propia de derecho penal, vinculada al interés público como artefacto moderno, pero con reminiscencias clásicas, es polivalente. Sin embargo, usualmente se la reduce a solo algunos de sus significados posibles: la indisponibilidad de la acción relacionada al principio de legalidad, la expropiación o confiscación del conflicto a la víctima, la desigualdad entre el Estado y el sujeto imputado, la publicidad del juicio, etcétera. Tales énfasis han servido para fortalecer una mirada publicista del derecho penal anclada en la centralización y en el Estado, vinculada al monopolio de la fuerza legítima y el binomio obediencia-desobediencia. Mientras, es la hipótesis, la persona acusada es convertida subrepticamente en mero objeto del proceso y la ciudadanía es reemplazada y desplazada por la burocracia *racional*. El fenómeno político-jurídico moderno de la representación y el Estado deviene en delegación y confiscación de la *esfera pública* que había nacido como lo contrario. Sin lugar a dudas, lo anterior tiene que ver con la evolución histórica de la teoría penal en cierto contexto socio-político y cultural.

El trasfondo que nos marca el camino es reflexionar juntos sobre el contexto de *crisis de legitimidad*, y de eficacia, que paradójicamente potencia en simultáneo, discursos críticos del poder punitivo y la expansión hiperinflacionaria del fenómeno de la criminalización. Habitar esa paradoja nos impulsa a dar un paso que la ilustración penal nunca ha dado, asumir nuestra propia oscuridad. Asumir que

¹ En clave republicana sería más propio hablar de intoxicación que de alimento.

no alcanza con reconocer a la violencia penal como un hecho político e irracional y oponer límites jurídicos. Es necesario comprender en lugar de juzgar, tal como lo hemos sugerido en otro trabajo (Lanusse y Ronis, 2021), porque de otro modo se coloca en los órganos responsables de la administración de justicia penal, una presión incontenible y una expectativa cuasi heroica que se debate entre la ingenuidad y el cinismo. De un lado la pulsión punitiva equiparada a solicitud de justicia; del otro, la pretensión de que se la contenga y reduzcan. Además, enfrenta a la comunidad de penalistas a una imagen incómoda y lejos de la autocomplacencia. Sin desmerecer la importancia de la producción de discursos críticos y saberes analíticos, reparar en que sus efectos limitadores abandonados a sí mismos están lejos de ser suficientes para mitigar la arbitrariedad y la violencia penal. En definitiva, fuerza a pensar en las distancias entre la producción teórica académica y las prácticas dentro del campo jurídico.

Este giro, que creemos imperativo, nace de una observación y diagnóstico general: las discusiones tanto académicas como en la esfera de la opinión pública y del debate político, en lugar de enriquecer y robustecer la deliberación democrática, permanecen rehenes de lo que caracterizamos como *una conversación rota*, un diálogo de sordos, encerrado en forma binaria en una batalla discursiva. Una postura *elitista* que supone que sobre la cuestión penal deben hablar solo las personas expertas, las entendidas y una *populista o demagógica* que hace del privilegio de una reacción punitiva ante los conflictos y problemas, un síntoma de la gravedad y atención pública que reciben.

Recuerdo una escena temprana en mi formación que me marcó mucho. Estaba recién graduado. Me habían encomendado una investigación de jurisprudencia para alguien que se encontraba trabajando en un libro de una colección que, si mi memoria no falla, se llamaba *De los delitos*. Le tuve que llevar el material al Ministerio de Justicia donde estaba reunido como parte de la comisión que trabajaba en uno de los tantos anteproyectos de Código Penal que nunca nacieron. Fue entonces que fui testigo de los gritos furiosos

de un funcionario de primera línea. Había recibido recientemente a las *Madres del dolor*. No recuerdo la expresión exacta pero decía algo así: “nos quieren decir cómo escribir un Código Penal y no saben de lo que están hablando”. Yo simpatizaba con el anteproyecto y por dentro celebraba la instancia de escucha, pero la reacción me hizo pensar en que algo no estaba bien. Toda la situación me resultó sintomática.

Pero volvamos. Nuestro horizonte, decíamos, es *la comprensión del fenómeno* para exponer las limitaciones de cualquier pretensión reductora de la violencia penal sin cierta consolidación democrática desde la experiencia, la acción social y un agenciamiento ciudadano menos alienado y más autónomo (Castoriadis, 2003: 160-182). Claro que, en el cruce del *ensamblaje penal* (Tonkonoff, 2019) y las posibilidades de realizar una *crítica de la violencia*, la reflexión en torno a los límites de los discursos que componen el saber penal, así como la cuestión de la alienación y la autonomía, exigirán una reflexión filosófica más profunda. Las intersecciones entre derecho, sociología, antropología y psicoanálisis, serán la plataforma para comprender y trabajar, más allá y más acá de las heterotopías, como fuerzas existentes en el imaginario social; y las utopías, como ensoñaciones idealizantes de un espacio social, que en ese gesto es vaciado, en una senda de trabajo concreta que nos agencie y comprometa cívicamente con un horizonte ético-jurídico y político minimalista, realista y democrático.

Pero desandemos algunas de las paradas del camino que proponemos.

El filósofo penal británico, Antony Duff (2019), formula una pregunta retórica y paradójica que expresa muy bien el núcleo de sus preocupaciones y de las nuestras ¿Debe el derecho penal ser excluyente? La preocupación tiene que ver con que, en el contexto del derecho moderno y contemporáneo, no puede abstraerse la cuestión penal del marco democrático y republicano en el que se inscriben todas las instituciones jurídicas. En esa senda, señala la contradicción que existe entre el acto de demandar y asignar responsabilidad, cuando falta un horizonte de reconocimiento recíproco, cuya pretensión en definitiva es refrendar las razones morales que le dan

sustento, nada más y nada menos que la dignidad humana y, en cambio, se inscribe en la exclusión más o menos definitiva del otro, de la comunidad política. La pregunta en torno a las condiciones y precondiciones de un juicio penal que pretenda autoridad y legitimidad democrática y republicana lo lleva a cuestionar la exclusión sistemática generada por la práctica de la inculpación, la estigmatización y el castigo. Así como a repensar el derecho, las prácticas, el lenguaje y la comunidad, para resguardar las precondiciones de la responsabilidad penal, así entendida en un sentido relacional.

En el ámbito local, Roberto Gargarella (2019) ha desarrollado una enérgica crítica, por un lado, a cualquier pretensión punitiva en contextos de extrema desigualdad, por otro, a cierta actitud de desconfianza de los penalistas hacia la democracia que califica con el rótulo de *elitismo penal*. Lo primero, porque socava la legitimidad de cualquier práctica de reproche al reproducir las condiciones de desigualdad. Es decir, el punto de partida es de marginalidad social y el punto de llegada la profundización de la exclusión. Lo segundo, por el déficit democrático que acarrea un sistema penal en el que no participa la ciudadanía. Gargarella argumenta muy convincentemente que la desconfianza de los penalistas carece de fundamentos reales. No es cierto que democratizar el sistema penal lleve al populismo penal, lo que acarrea esta consecuencia, precisamente es la forma en que el sistema le ha dado la espalda al *pueblo* como sujeto político.

Sin embargo, antes de profundizar en esas perspectivas, junto con Sergio Tonkonoff (2019: 11) nos abocamos a *pensar la violencia en la trama en que el lenguaje y el deseo tejen y destejen la cultura*. Una trama hecha de palabras, imágenes y silencios porque la urdimbre del mundo social y subjetivo es *mítica*. En ese registro, la violencia actúa como un *mitologema*, una palabra colectiva y apasionada cuya articulación narrativa proyecta las fronteras de una cultura, los bordes fabulosos, más allá de los cuales se sitúa lo intolerable. Es una forma de exclusión infamante que de esa forma trabaja para *la producción de un nosotros*. Ese rechazo constituye la base de las prohibiciones o interdicciones fundamentales, límites últimos del conjunto societal que las sostiene.

Nos interesa reparar en esta dimensión porque las propuestas republicanas sueñan con un derecho penal que exprese prácticas de responsabilización en el marco de *una conversación entre iguales, su horizonte es restaurativo*. Sin embargo, la pulsión básica ante el crimen, como ataque a una estructura identitaria elemental produce desequilibrios cognitivos y afectivos, un dislocamiento del tiempo y el espacio societal, que generan una convocatoria contagiosa precisamente en la dirección opuesta, hacia la exclusión. *La violencia despierta a la multitud*. No se trata solo de masas reunidas sino de *públicos* que pueden encontrarse a una distancia considerable entre sí. Son fuerzas penales de primer orden. Entonces, para evitar que los sueños tanto de la ilustración penal como del republicanismo creen monstruos como lo sugirió el pintor Francisco de Goya, en *El sueño de la razón produce monstruos*, su aguafuerte de 1799, es necesario lidiar con la heteronomía y oscuridad que nos habita.

Los perpetradores de la violencia, insiste Tonkonoff (2019), son transformados en una alteridad radical, *un completamente otro*, porque las prohibiciones fundamentales no se conciben como sociohistóricas sino como absolutas y atemporales. El acontecimiento violento pone a los individuos fuera de sí, los *multitudinariza*. Es por ello que el castigo penal habla el idioma fabuloso y dramático de las pasiones, y en ese sentido, produce el crimen.

Desde un registro lacaniano, que distingue lo real, lo imaginario y lo simbólico, para comprender los fenómenos sociales, es preciso diferenciar lo social o el campo social, de lo societal o la sociedad (imaginada). Como lo explica Tonkonoff con notable claridad, el campo social es un pluriverso de fuerzas en disputa, es heterogéneo y conflictivo. El orden societal, en contraste, se inscribe en el orden de la sociedad y la cultura, como conjunto de sistemas semióticos, como nervadura significativa que ensambla estructuras de clasificación, afección e interacción que, subjetivamente radicadas, otorga cierta inteligibilidad y consistencia a la pluralidad del campo social. Produce así identidades colectivas e individuales relativamente estables. Se trata en definitiva de la sociedad como orden simbólico, cuya función es otorgar cierta consistencia identitaria valorativa,

cognitiva y afectiva. Sacralizar una visión hegemónica del mundo. Lo social entonces se manifiesta como el campo de fuerzas que producen, movilizan, transforman y exceden a los conjuntos societales; como multiplicidad heteroclítica de acciones, relaciones y prácticas en la que una sociedad se hace tanto como se deshace.

La clave del ensamblaje penal no son sus elementos, que pueden variar, sino su función y su dinámica. Función consistente en (re)producir las fronteras simbólicas de una cultura por medio de la (sobre)codificación mítico-ritual de alguna de sus prohibiciones, transgresiones y castigos [...] El problema de la violencia es nada menos que el problema del comienzo y el fin de una cultura y sus sujetos. (Tonkonoff, 2019: 15-16).

La pregunta que nos moviliza es ¿cómo desplazar el ensamblaje penal, esa corriente transpersonal que multitudinariza, por una genuina práctica de conversación colectiva entre iguales? ¿Cómo recuperar al derecho penal como una institución política, como parte del autogobierno democrático?

Todo ello nos lleva a los horizontes de sentido en cuyo cruce, implícita o explícitamente, se configura el discurso jurídico penal: el problema de la legitimidad del castigo, teorías de la pena, justificación moral y democrática de las instituciones penales; la consagración moderna del derecho penal como *sistema de garantías*; el siempre olvidado análisis político criminal, es decir los fines y objetivos con que se pretende justificar la habilitación excepcional del poder penal, última o extrema ratio, para someter a escrutinio estricto su rendimiento, es decir, abordar el problema de su eficacia como política pública, intervención en los fenómenos sociales, regularidades conflictivas, problemáticas y absorción de la violencia social.

Pero también nos vemos obligados a pensar por qué cuesta tanto a los discursos ilustrados construir un diálogo fructífero con la ciudadanía democrática. El republicanismo penal pretende superar la trinchera del binario elitismo-populismo pero si no hacemos un esfuerzo por comprender aquel ensamblaje y el problema de la

violencia desde un abordaje más amplio y profundo, que incluya los afectos intensos y las fuerzas sociales, que subordinan las funciones mítico rituales del castigo criminal más allá de la razón, construiremos una república vacía, sin actores democráticos que constituyan un *demos* más inclusivo, o menos excluyente.

Luigi Ferrajoli (2001) estructura su obra magistral *Derecho y razón sobre: las razones en el derecho penal*, un marco epistemológico que nos exige contrastar los modelos cognoscitivistas de derecho penal con los decisionistas; *las razones del derecho penal*, una interpelación axiológica sobre los fundamentos de castigos, prohibiciones y juicios; y *las razones de derecho penal, que determinan el cuándo y el cómo*. Entonces, con él nos preguntamos: cuándo, qué, cómo, porqué castigar, prohibir y juzgar. Pero el giro que sugerimos, es que ese trabajo no puede ser la tarea exclusiva de una persona experta o intelectual, sino un componente elemental de la democracia y el autogobierno. La propuesta racionalista contra la arbitrariedad penal debe encontrar su complemento en la experiencia y deliberación colectiva, porque solo de ese modo podemos hacernos genuinamente cargo de la violencia que autorizamos a través del derecho penal.

El iusfilósofo italiano además, al igual que Zaffaroni y Binder, nos exige una perspectiva realista², fenomenológica, para reparar en la dimensión de la efectividad del sistema de garantías. Ello supone colocar la atención en las prácticas penales y el modo en que tornan inefectivo el sistema de límites y garantías, pero además, y este es otro giro elemental, exige poner la atención en el *ensamblaje penal*, como noción más amplia que el llamado sistema penal. Tal como lo postula Tonkonoff (2019) la concurrencia para su producción no se restringe a las legislaturas, a órganos jurisdiccionales a los ministerios públicos, a las fuerzas de seguridad, a los servicios penitenciarios y demás agencias y organismos gubernamentales, sino también

² Ineludible mencionar e invitar a leer el debate que tuvieron Carlos Santiago Nino y Raúl Eugenio Zaffaroni a propósito de la obra de este último *En busca de las penas perdidas*.

los medios de comunicación, los partidos políticos, las organizaciones y movimientos sociales, en definitiva, los públicos. De allí obtiene su fuerza política la acción punitiva.

Esto no implica ignorar la gestión burocrática de la coerción. La dimensión instrumental que posiblemente neutraliza y funcionaliza marginales y marginalizados, y regala márgenes de libertad a los delitos de los poderosos, cuestión que ha sido muy trabajada por la criminología crítica. Pero si abordar una dimensión más profunda, la maquínico mítico-ritual, que hace al encantamiento de las relaciones de poder, a gobernar la sociedad desde los lazos afectivos-libidinales.

Pensar qué y por qué determinado conflicto humano es, debería o no, ser un delito. Pensar si debería someterse a juicio y cómo, con la participación de quiénes. Pensar los horizontes del castigo penal, es decir, el problema de la violencia habilitada por el propio Estado. Esa reflexión, más allá de los casos y personas individuales, debe ampliarse hacia la dimensión estructural de los fenómenos criminales, pero además debe involucrarnos e implicarnos a todos *nos-otros*. Debemos recuperar la primera persona del plural, a la hora definir de qué forma seguiremos viviendo juntos a pesar de las violencias y los abusos, la escalada de los conflictos, que han erosionado o arruinado nuestros lazos sociales.

En la teoría penal, la noción de bien jurídico como transversal a la teoría del delito siempre ha sido una parada obligatoria. El seminario no es la excepción, sin embargo, avanzamos más allá de los planteos tradicionales que lo restringen a los principios de lesividad y legalidad penal, como manifestación del derecho penal liberal. Así, seguimos a Fernández (1995 y 2004) quien lo enlaza con el principio de culpabilidad, al exigir que a la hora del juicio de reproche se ponderen las posibilidades efectivas de valoración de la persona del bien jurídico en juego. Determinado contexto de marginalidad social puede tener como consecuencia la disminución del grado de culpabilidad por la imposibilidad de comprensión del disvalor de la conducta. Para razonar de ese modo, se vale de un exhaustivo

recorrido teórico. Winfried Hassemer (1999), por ejemplo, define el conflicto que atraviesa a la noción de bien jurídico como una tensión entre individuo, sociedad y Estado. Destaca también el uruguayo, que tamizado con otros lentes, propios del interaccionismo simbólico, se ha enriquecido al concepto, en un sentido excedente al derecho penal, como la oportunidad de participación del individuo dentro de la estructura social.

En esa senda, la fórmula sintético-categorial de Bustos Ramírez y Hormazábal (2006), lo relacionan con la democracia como tipo de organización social. Pero con un matiz importante, la relación social es siempre dialéctica, dinámica. De manera que los bienes jurídicos solo expresarán momentos históricos de síntesis detrás de los cuales existe tensión. El derecho conservaría determinadas relaciones sociales establecidas y dinámicas, donde hay varios sujetos en juego, vinculados entre sí y en conexión con objetos, relacionados entre sí y con un quehacer social.

En ese sentido, jamás puede asumirse estático por cuanto se encuentra atravesado por una relación social, concreta y dialéctica. El énfasis es fundamental porque disloca cualquier intento por reducirlo a un mandato legal y estatal que merece obediencia, para subrayar que se trata de la expresión de una relación y un conflicto, sea potencial o actual, manifiesto o latente. En otras palabras, como anotaba Bettiol (1965), el derecho penal no puede sino estar abierto al hombre, a la sociedad, a los conflictos, al drama de la vida.

Así, cuando ponemos en el centro de la escena la persona concreta, siempre situada en una trama social compleja, su esfera motivacional, sus circunstancias vitales y sociales, y concebimos a los bienes jurídicos como síntesis normativas de relaciones sociales dialécticas, la pregunta relevante es sobre las posibilidades reales y efectivas de participación y valoración. La marginalidad, la fábrica social, las instancias donde se sedimenta nuestra sensibilidad e identidad, no pueden ser un dato irrelevante. Observación que nos lleva en forma directa a las preocupaciones de Antony Duff (2015) y de Gargarella (2016).

Los principios republicanos y democráticos de autogobierno, resultan consistentes con una concepción relacional de la responsabilidad penal y ciudadana. Nos llevarán a preguntarnos no solo cuándo se puede acusar y juzgar a una persona y en qué condiciones, es decir, cuándo podemos exigirle que responda por sus actos, *condiciones de la responsabilidad penal*; sino también e incluso en forma previa, abrir la pregunta en torno a sí: porqué y cuándo nos-otros contamos con autoridad y condiciones para hacerlo, *precondiciones de la responsabilidad penal*. Es decir, cuándo es legítimo que lo hagamos en función a cómo respondemos como comunidad política ¿Nos asumimos ante el prójimo o delegamos en el Estado y sus burocracias la respuesta a todas las conflictividades? *Responder* no es igual a reaccionar, implica todo el espectro posible de políticas públicas e iniciativas de la sociedad civil. Dicho de otro modo, *juzgar el juicio*, sus condiciones y precondiciones de legitimidad, desde una dimensión más estructural. Lo cual pone en cuestión a los bienes jurídicamente relevantes como relaciones de participación y valoración además de abrir el escrutinio en relación a las exigencias de utilidad y eficacia, *política criminal*. Si la criminalización se funda en las lesiones a aquello que más nos importa, es fundamental poner en cuestión lo que realmente hacemos como comunidad política para cuidarlo y protegerlo. La expiación mítico-ritual de la violencia tiene menos posibilidades de ebullición cuando nos desplazamos del espectáculo criminal y punitivo a una más genuina conversación colectiva, en la que no damos por descontada nuestra propia oscuridad, nuestra propia violencia.

La definición del tipo de conflictos que deberían tener entidad penal, minimalismo versus hiperinflación; la forma de ventilar públicamente los juicios, justicia participativa para la civilización de los conflictos versus expropiación burocrática; y sobre todo someter a escrutinio crítico al carácter excluyente del derecho penal con el horizonte de pensar cómo transformarlo en un espacio para robustecer la ciudadanía, recomponer lazos, relaciones de mutua consideración y respeto, es una empresa colectiva demasiado relevante y exigente. Los senderos se bifurcan si nuestro horizonte es el

enemigo o el prójimo, si el derecho es una continuación de la guerra y la violencia o es una oportunidad de justicia restaurativa. Este trabajo no puede ser delegado a ninguna burocracia, club de especialistas, partido político o medio masivo de comunicación. Exige reensamblar lo social de un modo más consciente y autónomo.

Una autonomía que no reniegue de lo pulsional, lo inconsciente y lo histórico-social, al fondo trágico, agónico, irresoluble, descontado, reprimido o forcluído, que, aun así, o por ello mismo, persiste, retorna en forma de una violencia que no se quiere reconocer como propia (Lanusse y Ronis, 2021).

Entonces, recapitulemos, el trinomio castigo-delito-juicio o proceso es útil para intentar re-totalizar el saber o los saberes penales. El pensamiento penal liberal, la ilustración penal, el garantismo, ha puesto el mayor foco en el castigo como máxima expresión del poder penal del estado. En consecuencia, las garantías sustantivas, ligadas al principio de legalidad, y las garantías adjetivas, ligadas al principio de jurisdiccionalidad, han tenido un rol instrumental y subordinado, como condiciones o límites impuestos al Estado para el ejercicio del *ius puniendi*.

Los saberes criminológicos de filiación sociológica han colocado la cuestión criminal en la trama social, la administración de ilegalismos, la selectividad, y el protagonismo de la reacción social, el etiquetamiento, las relaciones de poder, en la constitución del fenómeno criminal, que las teorías positivistas naturalizaban y aislaban conforme el paradigma etiológico.

De acuerdo con Binder, los saberes penales constituyen y abordan los límites externos al poder penal. Él plantea la necesidad de construir un saber práctico que constituya y aborde los límites internos que tienen que ver con la carga de la justificación, dentro de un horizonte minimalista y democrático, de la elección tanto a nivel programático como en el de su implementación, de los instrumentos violentos del Estado como, último y extremo, recurso de interven-

ción en los fenómenos sociales conflictivos, habitualmente atravesados por relaciones de violencia y abuso de poder: el marco de una política general de gestión de la conflictividad.

Ambos esquemas de límites, en definitiva, apuestan a la racionalidad y el gobierno de la ley para poner coto a la violencia penal.

En el caso de Zaffaroni, desde su teoría agnóstica, renuncia a todo intento de justificación de la pena porque, más allá de las matrices morales que se ensayaron en la historia, teorías absolutas y relativas, de prevención general o especial, positiva y negativa, la imposición deliberada de dolor es un hecho irracional. Situado en una posición que denomina de realismo penal marginal, en contra de los idealismos normativistas, considera que tanto las teorías justificatorias como los programas criminales, que se basan desde Beccaria para acá en la proporcionalidad entre los delitos y las penas y la igualdad, de acuerdo con los principios de legalidad y culpabilidad por el hecho, son falsos. Es decir, recoge el aluvión crítico de la criminología para desmentir la racionalidad de cualquier justificación sobre la base del funcionamiento real de los llamados sistemas penales. Sobre el particular, es muy recomendable el debate que mantuvo con Carlos Nino cuando publicó su trabajo *En busca de las penas perdidas* (2000). Mientras Nino estaba de acuerdo en que no se podía permitir el funcionamiento de un sistema penal injusto, criticaba la renuncia a exigir un funcionamiento que se adecúe al estado de derecho y en cambio negarle toda justificación a la pena. Nosotros celebramos el realismo de Zaffaroni contra cualquier contrabando moral, es decir, cualquier intento de justificación desde un idealismo alejado de las prácticas. Sin embargo, es indudable que su postura acarrea otras consecuencias como abandonar cualquier esfuerzo por comprender las fuerzas *irracionales*.

Entonces en su esquema, que asume como Binder, el *factum* del poder penal, como un hecho social y político, el poder punitivo es siempre irracional, venganza, y la tarea de los saberes-poderes penales es de contención y límite para evitar los desbordes punitivos que llevan a holocaustos, genocidios, masacres, etcétera. Al colocar la única racionalidad posible del lado del saber y la irracionalidad

fatal del lado del poder, renuncia a comprender la raíz social de ese poder, las fuerzas sociales que le otorgan soporte y carga libidinal. Sin esa comprensión y sin intentar darle algún canal de expresión comunitaria, y en contra de la expropiación técnico burocrática, en el sentido que inspiran las perspectivas abolicionistas, ¿cómo garantizar que los jueces y juezas a quienes Zaffaroni elige como custodios logren abstraerse de toda esa fuerza y realmente le pongan límites racionales al poder punitivo?

En algún punto parece que entrenamos al personal de bomberos que sepan manejar las cisternas y bombas de agua pero que no comprenden el funcionamiento y la raíz del fuego. O en rigor, comprenden muy bien que no tienen ninguna chance y entonces, encienden las mangueras y simulan trabajar con el derecho pero solo para satisfacer los deseos de venganza pública.

Así presentamos el problema del elitismo penal que desconfía de cualquier irrupción política y democrática hacia el sistema penal y a la vez fracasa en cualquier intento de conversación o diálogo con el *demos*, pueblo. El problema del populismo o la demagogia penal, que se alimenta de la frustración colectiva ante la enormidad de expectativas que pesan sobre los estados, para fomentar y promover una inflación punitiva que no es más que una puesta en escena. El marketing político simula darle una importancia máxima a temas que atraviesan visceralmente a las multitudes con el símbolo y la etiquetadora penal de los conflictos, formas de intervención destinadas al fracaso y sin el riesgo de tener que rendir cuentas o asignar recursos, pésimas políticas públicas, pensamiento mágico sobre el poder performativo de las promesas de penas. Y la irrupción republicana, que exige la apertura de una práctica deliberativa robusta en la que aprendamos que solo es legítimo juzgarnos los unos a los otros cuando compartimos un lenguaje, una comunidad y ciertas condiciones materiales y simbólicas de existencia equitativas y justas. Es decir, denuncian el déficit democrático del elitismo penal que pretende administrar justicia de espaldas a la ciudadanía y el autoritarismo y violencia de las prácticas de castigo que solo reproducen exclusión y marginalización.

Entonces, las preguntas de *si, por qué, cómo y qué castigar; sí, por qué, cómo y qué juzgar; si, por qué, cómo y qué prohibir*, son muy diferentes cuando las postulamos en primera persona, cuando nos hacemos cargo de ellas como comunidad, cuando no se las delegamos ni a la clase política ni a burócratas penales ni a juristas bajo un manto sagrado de ilustración. Su fuerza gravitatoria es otra y ya no podemos simplificar maniqueamente llamando racionales a los límites e irracionales a las pulsiones. De alguna manera precisamos de razones con fuerza motivadora, es decir, que calen hondo en nuestras preferencias, creencias, deseos, proyectos, identidades.

La oscuridad y los espejos no puede ser un título más elocuente porque parte de la intuición de que la oscuridad es nuestra, la violencia es nuestra, y los espejos son superficies creadas para proyectar esa oscuridad y esa violencia sobre otras personas, alteridades radicales. Si no comprendemos esa oscuridad y esa violencia como parte de *nos-otres*, inevitable vivir alienados presos heterónomamente dentro de un tablero opaco gobernado por fuerzas inasibles: sacerdotes de iglesias sin fieles, juristas como guardianes de la hipocresía colectiva, autoridades judiciales sobre quienes proyectamos expectativas dignas de super héroes, que hagan la vida más feliz, más segura, más justa.

Derecho y cambio social

Repensar los derechos humanos y el cambio social
desde el litigio estructural

Mariela Puga y Máximo Lanusse Noguera

El motivo de la invitación

Mariela Puga fue una de mis maestras y entre muchas otras cosas me enseñó a pensar el derecho con un horizonte pragmático. En su mirada, al menos en el terreno del desafío de la realización de los derechos humanos¹, la tarea jurisdiccional, el trabajo del litigio, se trata más de la construcción prospectiva, siempre más o menos

¹ La expresión refiere a su ejercicio, al uso y goce efectivo.

experimental, de remedios estructurales para problemas sistémicos *imbricados* en causalidades múltiples y yuxtapuestas, que de *adjudicar* responsabilidad y consecuencias legales inculpatorias a un agente.

Cuando Mariela estaba enfocada en estos temas y trabajaba en esta línea de investigación, que luego plasmó en *Litigio estructural*, su trabajo doctoral presentado en 2013, el debate en relación a los derechos humanos de segunda y tercera generación todavía estaba, en su mayoría, colonizado por el problema importado de la *exigibilidad* de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y la distinción entre los derechos operativos y programáticos.

El contraste no es menor porque mientras el neoconstitucionalismo ponía el acento allí, Mariela advertía que el problema no se reducía a convencer a los tribunales de que tenían competencia para actuar, a pesar de las críticas al llamado activismo judicial² ni tampoco a obtener sentencias declarativas de derechos, en definitiva, ya reconocidos por el bloque de constitucionalidad). El desafío, en cambio, era habilitar y construir procesos *remediales* que permitieran responder a la pregunta de cómo interrumpir cursos lesivos y avanzar hacia un estado de cosas respetuoso de los derechos humanos, cuando en virtud de la complejidad sistémica estructural del *statu quo*, no sabemos *cómo* ni tenemos la capacidad de hacerlo. Habitualmente la relación entre el derecho y la fuerza se ha reducido a garantizar la autoridad y ejecutoriedad de las normas y sentencias a través de la *fuerza de ley* que habilita la coerción en casos de incumplimiento. Sin embargo, la preocupación de Mariela se inscribe en que no se trata únicamente de torcer una voluntad, sino de reunir el compromiso de múltiples actores, múltiples saberes, que en condiciones políticas normales no encuentran los incentivos ni la potencia concreta y suficiente para confluir pragmáticamente en soluciones de mediano y largo plazo como las que se requieren.

² Se ha denominado de ese modo a la actividad o avance de los tribunales sobre esferas de competencia que tradicionalmente corresponden a los otros poderes del Estado: legislativo y ejecutivo.

Por ese motivo, la invitamos a un pequeño diálogo epistolar durante el segundo semestre de 2022. No tanto para que expusiera lo que ha desarrollado rigurosamente en tantos trabajos, sino para que nos ayudara a pensar cómo este cambio de mirada tiene implicancias más amplias y generales a la hora reflexionar sobre el campo de los derechos humanos.

En las páginas que siguen transcribimos el intercambio. Decidimos respetar el tono coloquial para conservar la frescura de una conservación que empezó en las aulas y se perpetuó en el tiempo de nuestra amistad.

Primera parte

Un disparador, la paradoja de los derechos humanos y la civilización

Buenos Aires, 8 de julio de 2022

Querida Mariela,

Qué gusto entablar un diálogo con vos luego de tanto tiempo ¿Te acordás de nuestro *Búmeran* (Puga y Lanusse, 2009)?

Solo para calentar motores, dice Costas Douzinas:

Los derechos humanos son el destino de la posmodernidad, la energía de nuestras sociedades, el cumplimiento de la promesa ilustrada de la emancipación y la autorrealización. Los derechos humanos son la ideología que queda tras el fin y la derrota de las ideologías, o, para adoptar un término en boga, la ideología de la globalización en el “fin de la historia”.

Y, sin embargo, muchas dudas persisten. El récord de violaciones de los derechos humanos desde sus más sonadas declaraciones a finales del siglo xviii es apabullante. “Es un hecho innegable”, escribe Gabriel Marcel, “que la vida humana nunca ha sido tratada tan universalmente como un artículo vil y perecedero como en nuestra propia era”.

Si el siglo XX fue la época de los derechos humanos, su triunfo es, como poco, paradójico. Nuestra era ha presenciado más violaciones de sus principios que ninguna de las épocas precedentes y menos “ilustradas”. El siglo xx fue el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, la era del Holocausto. En ningún momento de la historia de la humanidad ha existido tal distancia entre pobres y ricos en el mundo occidental y entre norte y sur a escala global. Ningún grado de progreso permite a uno ignorar que nunca antes en términos absolutos tantos hombres, mujeres y niños habían sido subyugados, matados de hambre o exterminados. Es esta paradoja de triunfo y de desastre la que quiero examinar.

Una segunda paradoja caracteriza la teoría de los derechos humanos. Aunque los derechos son una de las instituciones liberales más nobles, la filosofía política y jurídica liberal se presenta incapaz de atrapar por completo el modo en que operan. Parte del problema debe atribuirse al lamentablemente inadecuado sentido histórico y la conciencia filosófica de los liberales. El mundo en el que viven es un lugar atomizado que está constituido por contratos sociales, motivados por la ceguera y velos de ignorancia, atribuidos a situaciones ideales de habla que retroceden a la certeza premoderna de la existencia de una única respuesta correcta a los conflictos morales y jurídicos. De manera similar, el modelo de persona que habita este mundo es el de un individuo seguro de sí mismo, conocedor y reflexivo, un sujeto autónomo kantiano que no pertenece a una clase o género, que no tiene experiencias inconscientes o traumáticas y que se enfrenta al mundo en una posición de perfecto control. En realidad, es sorprendente que nuestros más reconocidos teóricos de los derechos olviden 200 años de teoría y filosofía social y actúen como si nunca hubiesen oído hablar de Marx, Freud, Nietzsche o Weber. (Douzinas, 2008).

Así Costas Douzinas ofrece sus siete tesis condensadas sintéticamente, una genealogía y filosofía de los derechos alternativa.

1. La naturaleza y el derecho natural fueron creaciones de un pensamiento revolucionario, actos de una rebelión como la de Prometeo.

2. Los derechos naturales y la soberanía, los dos principios opuestos que permiten el derecho de los derechos humanos, son las dos caras de una misma moneda. La limpieza étnica es la descendiente de las grandes declaraciones del siglo XVIII.
3. Los ideales comienzan sus carreras en conflicto con la policía. Terminan cuando acuden a la policía y a la fuerza aérea para buscar protección. Un ángel protegido por la policía: así es como los ideales mueren.
4. Para defender a los seres humanos debemos atacar el humanismo, una combinación banal de metafísica clásica y cristiana. Los derechos humanos no pertenecen a los humanos sino que construyen a los humanos.
5. El universalismo y el relativismo cultural, más que ser enemigos mortales, dependen totalmente el uno del otro.
6. Los derechos humanos son la proclamación pública o legalización del deseo individual. Su acción amplía las fronteras de lo social e introduce indecisión, pero también desagrega al sujeto sometido.
7. Los derechos humanos del Otro podrían convertirse en el principio de justicia posmoderno. (Douzinas, 2008).

Quizá te parezca un modo un poco abstracto de comenzar a conversar sobre lo que te he propuesto: *litigio estructural, DD. HH. y cambio social*, desde la perspectiva remedial en que has trabajado tanto tiempo. Pero a mi modo de ver, en las palabras de Costas Douzinas hay una particular fuerza crítica porque sugiere que la forma de transformar esas paradojas en un genuino trabajo emancipador es, para decirlo vulgarmente, *cambiar la cabeza*, modificar la forma en que, como nos gusta decir a quienes ejercemos la abogacía: *construimos los casos*.

Entonces, mi primera pregunta e invitación para vos, es que nos cuentes qué te sugiere este disparador y en particular, de qué manera los litigios bipolares y la forma de adjudicación legal, con los que

tradicionalmente nos hemos acostumbrado a concebir la actividad de los tribunales, e incluso la retórica del activismo y del neoconstitucionalismo, reproducen acaso, esa matriz filosófica liberal y atomista que denuncia Costas Douzinas.

Ciudad de Córdoba, 11 de julio de 2022

Querido Maxi,

¡Qué placer renovar nuestra correspondencia y cuánta casualidad que tu iniciativa se dispare a través de las ideas de Costas Douzinas! *El fin de los derechos humanos* fue parte de aquel aire en el que se propulsó nuestro búmeran.

Hablo de casualidad, en realidad, porque hace solo algunos días comentaba la presentación del nuevo libro de Roberto Gargarella (2021), cuyo capítulo 11 entraba en tensión, en mi cabeza, con todo lo aprendido con Costas. Roberto hace un ataque frontal a la idea de derechos naturales lockeana, en tanto presentadas como *verdades autoevidentes*, de *fundamento inasible* y, sobre todo, en cuanto táctica para sacar a los derechos de nuestra vida democrática.

Los problemas que preocupan a Roberto se inscriben, por supuesto, en el tipo de interrogantes, ¿quién dice qué derechos tenemos? Para él, no pueden decirlo los jueces o juezas, sino que deben decirlo las mayorías. No parece preocupado por arriesgar en ello que los derechos sean conquistas demasiado inestables o presupuestos transitorios. Lo que le interesa, es que reflejen el sentir soberano de las mayorías antes que ser herramientas contra-mayoritarias con las que las élites estatales, como el poder judicial, capturan la palabra. Para llegar ahí toma el camino, creo yo equivocado, de aliarse con Bentham y su crítica a los derechos naturales, para acusarlos, por su parte, de ser la fuente última de una visión contra-mayoritaria de los derechos. En ese esquema asimila la visión de los derechos como *cartas de triunfo* de Ronald Dworkin, o como el territorio de lo *indecidible* de Ferrajoli.

Es interesante, y desafiante lo que plantea Roberto en ese tensionante capítulo sobre los derechos. Su preocupación sobre *quién dice los derechos* se antepone a la preocupación de *qué derechos tenemos*. Y cada vez que priorizamos una pregunta sobre otra estamos, claro, tomando una posición política y ética. Gargarella alcanza a ver, y se siente cómodo ahí, en esa posición política democratizadora de los derechos. Pero no termina de ver el lugar ético en el que esa idea lo sitúa a él mismo.

Vos rescatas de Douzinas una reflexión que me parece clave en esto: “los derechos humanos son la proclamación pública o legalización del deseo individual”. Y no podemos olvidar ese punto de partida ético porque si no los derechos de los que hablamos dejan de ser el fuego que nos consigue Prometeo, y se transforman en las fronteras que nos impone Zeus. Transformar un deseo individual en proclama pública, conseguir su reconocimiento positivo en el ordenamiento jurídico, no significa que sea el deseo de las mayorías, y sobre todo, no deseamos solo lo que las mayorías nos permiten desear, y porque ellas lo autorizan. Si como dice Douzinas acerca de los derechos humanos “su acción amplía las fronteras de lo social”, la significación normativa de ellos no podría quedar encasillada a su uso consuetudinario en un momento histórico, por una mayoría eventual, o la intensidad de la proclama de una minoría. Los usos, los acuerdos mayoritarios, son parte de lo dado, de eso a lo que los derechos se han enfrentado históricamente desde la idea de *naturaleza y derecho natural* de los griegos. En cambio los derechos son y han sido un acto de rebelión como el de Prometeo, una traición a lo dado, a lo acorazado por la autoridad. Y así introducen indefinición en la decisión pública, no meramente por el capricho del que los dice, sino porque el artilugio de los derechos es una plataforma de mercurio desde la que tomar decisiones, una directiva-deseo que nos aleja de todo ideal de la racionalidad generalista de las decisiones basadas en reglas. Pero a la vez, los derechos hacen algo crucial, desagregan al sujeto sometido a la regla. Ese es su rol revolucionario. Las masas luchan en nombre de los derechos humanos pero en su versión de derechos naturales, es decir, hacen oír su proclama pública de deseos individuales

compartidos en el plano de lo indecible, que cuando se dice se transforma en lo dado. Pero no son las masas las fuentes de ese deseo, ellas no conceden legitimidad al deseo, ni posibilitan el desear. Pretender que el significado de los derechos se estipule por la regla de la mayorías, ha sido parte del proceso de captura de su potencia revolucionaria, como la genealogía de Douzinas ha demostrado, y así del encarcelamiento del fuego de Prometeo. Frustra abiertamente sus posibilidades de ampliar la frontera de lo social, porque la regla que generaliza en el derecho, siempre encierra al sujeto sometido desagregado en sus límites, lo construye, y así captura y paraliza la acción de ampliación de lo social.

El devenir paradójico del triunfo ideológico de los derechos humanos, que Douzinas describe exhaustivamente en su genealogía, es una fuente de entendimiento infinita. Las atroces violaciones a DD. HH. después de las revoluciones burguesas, en manos de los mismos Estados que surgieron de su proclama y reconocimiento constitucional, en manos de gobiernos y leyes *democráticas* cuya legitimidad se había construido en asambleas revolucionarias, todo ello siempre pareciera estar vinculado a la *positivización* de los DD. HH., al momento en que se *dicen*. La positivización, en constituciones, leyes y reglamentos, promete la protección de gobiernos que tratan a los derechos como principios distributivos, en el mejor de los casos, antes que como principios desagregativos. Lo que, por supuesto no está mal, pero convierte un acto de rebeldía, la proclama de un deseo, el desafío al *statu quo* en un pedido de auxilio a la policía. Esa misma policía que violará, a su turno, las proclamas rebeldes de derechos humanos que intentan su desagregación.

Y aquí quizá podríamos pensar que el discutir el *quién* y el *qué* es insuficiente para entender tanta tragedia histórica hospedada por los opuestos *soberanía popular* y *derechos humanos*. Yo tiendo a creer que el *dónde* y *cómo* resulta un asunto de mayor relevancia. A mí me gustan las condiciones de deliberación pública del deliberativismo habbermasiano y niniano que acoge Gargarella. La idea de escuchar al afectado por una decisión, crear un escenario de deliberación asentada en principios de autonomía, igualdad y dignidad de

los que participan, fundar la decisión teniendo en cuenta la voz del afectado y su igual dignidad, todo eso, me resulta muy interesante. Sin embargo, no veo una sola institución de las modernas, y menos de las postmodernas, que refleje mejor ese ideal deliberativo en la toma de decisión que la institución jurisdiccional. Y ojo que no estoy hablando del Poder Judicial, estoy hablando del ejercicio de la jurisdicción estatal conforme a los principios liberales del debido proceso, derecho de defensa, juez natural, etcétera. Si ya tenemos esto como parte de nuestro sistema de toma de decisiones, ¿por qué la queja del deliberativista por el *quién* decide *qué* derechos tenemos?

Roberto tiene mucha razón en concentrarse en las particularidades elitistas de la composición del poder judicial, pero su obsesión sobre ello creo que le hace perder de vista el escenario más espectacular para la desagregación del sometido, para la consideración y respeto a la especial y única dignidad de su deseo, en contraste con la regla de las mayorías, con lo dado que los derechos desafían. Negar que ese escenario, el jurisdiccional, es mil veces más acorde a las formas de la promesa de Prometeo que nos trajeron los derechos naturales; es perderse demasiado. Claro que el acceso a la justicia es limitado, claro que los jueces tienen visiones elitistas, claro que esos sesgos ponen al debido proceso bajo sospecha, claro que el equilibrio de armas en el debate se ve afectado por las fuerzas de los poderosos, pero ¡ey!, ¿acaso no pasa lo mismo en cualquier plaza pública hoy?, ¿acaso esas visiones elitistas, sus sesgos y los poderosos no juegan su rol de desequilibrio en cualquier asamblea pública, formal o informal?

En definitiva, no se trata de uno u otro, el proceso jurisdiccional liberal, o la discusión de la polis, ambos escenarios cumplen roles diferentes en la realización de los derechos humanos. La *polis* es la gesta del deseo devenida en proclama pública, el proceso jurisdiccional es la oportunidad de gesta de un sometido por el *statu quo*, para ampliar lo social desde el reconocimiento en lo dado de la dignidad de su deseo. Ninguno de los dos escenarios funciona de forma ideal, y hay una gran lucha por diseños institucionales que sean más hospitalarios, pero sería un error contraponerlos, o anular

alguno desde el estigma, porque de hacerlo se mutila alguna de las potencias de los derechos humanos.

Si pudiéramos estar de acuerdo con estas simples pretensiones, estaríamos en condiciones de discutir el asunto tan controvertido de la intervención jurisdiccional estructural desde este punto de partida.

Volviendo a vos....

M.

Segunda parte

Repensar la vieja tensión política versus jurisdicción o democracia versus derechos fundamentales. Hacia nuevas metáforas, el juez instaurador

Buenos Aires, 16 de agosto de 2022

Querida Mariela,

Aquí vuelvo luego de un importante lapsus. La temporalidad desafía el compromiso con *nuestras* palabras, lo sé y por eso pido disculpas. También las carga de ambigüedad, lo cual siempre enriquece.

Me gusta porque no respondiste mi pregunta si no que hiciste algo mucho mejor y más oportuno, desmontarla. Es decir la confrontaste con una pregunta anterior, que se me ocurre formular así *¿cómo pensar la jurisdicción en casos estructurales (casos que desafían epistémica y pragmáticamente la forma de adjudicación legal tradicional) sin antes salvarla (o salvar lo que merezca y pueda ser salvado) de los embates contra sus componentes elitistas y antidemocráticos?*

Tus reparos y cautela ante la postura de Roberto Gargarella, me recordaron mucho a la provocación de Atria cuando piensa en las instituciones en general y a la adjudicación constitucional en particular.

Es como si Roberto soñara con una deliberación democrática que es altamente improbable que transcurra en el funcionamiento real de nuestras democracias. Un poco por el barro de la historia, de pujas facciosas más que de búsqueda del interés general; pero otro poco por la propia lógica que vos describís muy bien de las reglas generales y su racionalidad, que descuentan la abismal distancia con la singularidad y sus irreductibles y revolucionarios deseos, que hacen al pulso de los derechos humanos. La generalización, que Gargarella kantianamente concibe como autonomización de las razones y forma de imparcialidad porque habilita una mirada universal, bajo tu mirada homogeneiza y simplifica. En ese sentido, recordás la forma en que el debido proceso jurisdiccional, al desagregar, con la idea de derechos subjetivos, las pretensiones individuales, es decir, al otorgarle peso y escucha con independencia de su fuerza numérica y *democrática*, reivindica la importancia de una deliberación racional, que difícilmente suceda dentro del carácter agonístico de la política y sus juegos de mayorías. Existe una atención a la singularidad del deseo para la cual las mayorías pueden ser sordas y mudas.

Te mencionaba mi conexión mental porque Atria (2016), en su crítica general al *institucionalismo trascendental*, el término en rigor es de Amartya Sen (2012), nos llama a pensar la tensión entre funciones y estructura de las instituciones. Las funciones nos ayudan a hacerlas inteligibles, comprender su sentido, su significación, su finalidad, la estructura, debiera ser la forma concreta que adoptan, para hacer más probable lo improbable. Esto último es sistemáticamente descuidado por el hábito nominalista de quienes se dedican a pensar el derecho.

Tu comentario me parece particularmente lúcido porque interpela la postura de Roberto al decir “ojo, porque no hay garantías de que las mayorías o las reglas producto de la democracia recojan los deseos que distinguen la fuerza revolucionaria de los derechos humanos de su reducción instrumental para justificar burocracias estatales”. Aunque critiquemos el funcionamiento y la composición de los tribunales, hay algo en las reglas del debido proceso adjetivo que resguarda la deliberación y la canalización de los desacuerdos y que

habilita que la voz singular sea escuchada de un modo que jamás pueden hacerlo las reglas jurídicas de carácter general.

Me parece una extraordinaria puerta de entrada a nuestro tema de conversación porque muchas veces proyectamos en los parlamentos y en los tribunales, expectativas que no pueden satisfacer o no destinamos suficientes esfuerzos para diseñarlas de manera que lo hagan. Asimismo, la insatisfacción engendra deseos, deseos que desean acontecer. Entonces, emerge como falsa esa frontera entre lo político y lo jurídico, o los intentos por trazar un muro entre la generación de normas y políticas y la dimensión de su adjudicación a casos singulares. El litigio estructural, precisamente desestabiliza esa concepción tradicional, pero a la vez reivindica las intuiciones ligadas al problema de la representatividad, que en definitiva engendró la división de poderes o funciones. La fuerza instituyente de los deseos, la fuerza revolucionaria de los derechos, se nutre de ambas cosas, la acción política como estrategia para agregar voluntades y el reaseguro o garantía del lenguaje de los derechos y la forma de razonamiento deóntica que los encumbra como principios contramayoritarios. Pero la pregunta por la fuerza en términos de legitimidad queda incompleta sin aquella en términos de eficacia y posibilidades ciertas de remedio ¿Se dirigen tus intuiciones y desarrollos en esta dirección?

Ciudad de Córdoba, 12 de septiembre de 2022

Queridísimo,

Siento la larga espera. Como siempre, hacés parecer mis reflexiones desordenadas más lúcidas de lo que son.

Es claro que temo (tememos los dos, creo), a la reducción instrumental de los derechos humanos a mera justificación de las burocracias estatales, y de sus violencias. Ya lo decíamos en el *bumerán*. La historia parece enseñar de forma insistente, que la autoridad soberana traiciona a sus fines, que la violencia estatal es profundamente desleal a las razones que la autorizaron. Y es ahí cuando los tribunales

se nos presentan como un tiempo aparte, fuera de la red del tiempo de esa historia trágica, un instante para repensar la legitimidad de esa autoridad frente los deseos que la fundaron, un territorio de dignidad del deseante conferido por las simples reglas del debido proceso, un aparente resguardo de las traiciones y deslealtades inevitable de la soberanía popular. Esa sobreadjetivación del deseo, de la deliberación en miniatura, del transcurrir de la proclama del derecho en el contradictorio, parece el canal de circulación de alguna esperanza de que los derechos naturales y su fuerza revolucionaria, sigan siendo parte de un nosotros que tiende siempre a ser un sobreagregado en la ley general. Los tribunales no son la panacea, claro, la estructura del proceso no siempre rinde honor a su función, pero como bien decís, la insatisfacción “engendra deseos que desean acontecer” en este o en cualquier escenario.

Vos advertís bien que el litigio estructural ha venido a desestabilizar nuestras intuiciones fundantes, y creés, igual que yo, que no ha desestabilizado nada que fuese realmente estable, sino por fuerza de la costumbre de no mirar, de no transgredir aquello no dicho, de ritualizar la frontera mitológica entre lo político y lo jurídico. La estabilidad de ese mundo ritual, mitológico, hecho de silencios y ojos cerrados, siempre fue muy precaria, pero se nos hacía tangible en el enunciado. El litigio estructural transformó la aparente tangibilidad en fantasma, al estilo del de James Joyce. Diluyó su falsa consistencia, la desnudó impalpable por inexistencia o por cambio de costumbres. La práctica creciente del litigio estructural nos obligó a mirar lo que las viejas costumbres nos obligaban a cegar, nos inquirió a aprehender la función jurisdiccional en una pantalla 3D:

- Ya no es posible pensar que un *acto de naturaleza legislativa*, el dictado de una regla general a futuro, supone el ejercicio de la función legislativa *per se*. Cualquier remedio estructural hace exactamente eso en el más estricto e instrumental ejercicio de la función de garantía jurisdiccional.
- Se hace casi imposible no reconocer la existencia de jurisdicciones espontáneas, hospedadas por la omisión distraída, o por el

beneplácito estatal. Juridicidades que tampoco son el fruto del ejercicio de la función legislativa, y a veces de ninguna función estatal. Las constituimos en el espacio estatal cuando las denunciamos como fuentes de violación estructural de derechos humanos, cuando reclamamos el control jurisdiccional sobre un estado de cosas inconstitucional.

- Cada vez que una jurisdicción, cualquiera, reconoce una identidad colectiva lesionada, nos recuerda que el acto jurisdiccional es, en su primera escena, siempre, un acto de reconocimiento político, de creación de identidades promovidas por el deseo. Nos recuerda que juzgar es nombrar, y nada más político en nuestro tiempo que la nominación oficial.

Esto y tanto más transcurre por los canales subterráneos en los que se están gestando decenas de nuevas metáforas. Ellas vienen a reemplazar a la metáfora del juez árbitro, quizás por la de la autoridad instauradora del sentido deóntico de nuestras controversias, vienen a desplazar la distinción entre las funciones estatales como formas de acción, por la distinción entre propósitos y justificación del acto de la autoridad frente a la interpelación del deseo. Quizás también vienen a desplazar de una vez a la aburrida metáfora de las tensiones entre derechos humanos y democracia, por nuevas conjugaciones que multiplican las concepciones de democracia, como las de Pierre Rosanvallon, y recuperan la idea de derechos naturales. El asunto sería dar oportunidad de nacer a las nuevas metáforas que aún no afloran, y nos prometen reconstruir el fluir de los derechos por la política y los tribunales, su formas de ser agonísticos y deónticos a la vez, su resistencia al encierro en el atrincheramiento de la generalización o el vacío del principio.

Pero este poder desestabilizador de fronteras mitológicas que parece tener el *Litigio estructural*, su promesa de nuevas metáforas para hospedar el deseo de los derechos humanos, pende del hilo de la realización. Sin promesa de realización del deseo, sin sentido de posibilidad de ser, ese poder desestabilizador se debilita, el fantasma recupera su forma de mito, vuelven a las viejas costumbres de las

cuestiones políticas no justiciables, y las germinantes metáforas quedan para siempre en los canales subterráneos. Realizar las dimensiones estructurales de los derechos humanos es el punto de inflexión. Terminar de mostrar que los derechos son un deseo que quiere existir y no solo contradecir. Que son una forma posible, o que están dispuestos a desafiar la posibilidad. Si no podemos creer en la posibilidad de satisfacción de los derechos, la instauración de ellos como principios y reglas generales solo los encerrará de nuevo, los vaciará de su poder revolucionario, de la vigilia inmortal de lo desagregado.

Por eso pensar en cómo se pueden realizar estructuralmente los derechos humanos desde ese espacio de tiempo fuera de todo tiempo que es el proceso jurisdiccional, es lo más desestabilizador y prometedor que se me ocurre podemos hacer en este tiempo.

Besos

Tercera parte

Litigio estructural, derechos y democracia inconclusa

Buenos Aires, 15 de septiembre de 2022

Querida Mariela,

Una vez más me abris el cráneo. Por un lado me hiciste ir a Pierre Rosanvallon, a quien no había leído antes, y a sus concepciones de democracia, esa triple bifurcación tan interesante que plantea: populismo; pluralismo/deliberación razonada; tecnocracia conservadora; con la cual busca repararnos tanto de las promesas de la democracia directa, de los cesarismos, caudillismos y otras variantes de liderazgos carismáticos, como de la democracia representativa y el fetiche de las instituciones. En una entrevista que se publicó bajo el título *La democracia y sus condiciones* dice algo muy profundo:

La esencia de la política es considerar la organización de la deliberación razonada de los ciudadanos [...] Pero esta definición de la democracia y de la política como deliberación va junto a una segunda

dimensión, y es [que] tiene por objeto dar una lengua a la experiencia de la gente. La política tiene también por objetivo volver inteligible, volver legible, la experiencia de la gente.

[...] Estas dos definiciones de democracia, la política con el objetivo de deliberación razonada y la política con el objetivo de dar una representación, un lenguaje, de volver legible y comprensible la experiencia, corresponden a dos visiones [...] de la representación. Por un lado, se espera que el representante se me parezca, que hable como yo, que sea parecido a mí, y en consecuencia que se defina por su ausencia de cualidades. Y, por otro lado, se espera que el representante se destaque por sus capacidades, por el hecho de que pueda razonar, que sea apto para controlar y dirigir esta deliberación razonada. Cuando se critica al populismo en Europa [...] hay que decir que la fuerza del populismo se debe a que en el seno mismo de su vulgaridad –porque lo que caracteriza el lenguaje poético populista es su vulgaridad, su brutalidad y su simplicidad– existe la paradoja de que ese lenguaje populista dice algo que parece corresponder a una experiencia social. Y, por lo tanto, para mí, no hay crítica válida del populismo que no sea una reflexión al mismo tiempo sobre las condiciones de reconstrucción del lenguaje político, un lenguaje político que repite el de la gente.

Yo hablo en tanto que universitario, no soy una personalidad política, pero aquí hay un gran trabajo para las ciencias sociales. ¿Cuál es el trabajo de las ciencias sociales? Es intentar dar un lenguaje a las cosas, intentar volverlas más comprensibles, más legibles. Si se debe perseguir el objetivo de desarrollar la democracia como un ejercicio razonado del debate, se debe al mismo tiempo perseguir el objetivo de la democracia como lo que da un lenguaje a la experiencia social (209: 149-160).

Por otro lado, me llevaste a nuestras viejas conversaciones y lecturas en torno al experimentalismo democrático, sea por el camino de Unger y su *democracia realizada* o el de Sabel y Simon de los derechos desestabilizadores.

Además me hiciste pensar en todas esas trincheras contemporáneas entre las que se debaten progresistas y conservadores: la soberanía; la democracia; los DD. HH.; las instituciones republicanas; personas presas de modos de pensar y categorías que sería oportuno desestabilizar.

El deseo irreductible, ese que moviliza y ensambla pero que también desagrega desde la singularidad y la multiplicidad, nos lleva a asumir la multiplicidad pulsional de los cuerpos y la heterogeneidad e inestabilidad del campo social, más acá y más allá de la sociedad imaginada, del orden simbólico o los bordes de la cultura. Asumir la contingencia de lo político y la imposibilidad de reducirlo a la política. Esa fuerza pulsional que recogen los derechos y luego el riesgo de que su positivización los traicione como promesas.

Como yo lo veo, y estoy seguro de que vos también, la trampa de la concepción tradicional de la adjudicación legal, es que se supone que los conflictos ya los resolvió la democracia y a los jueces imparciales solo les cabe verificar hechos y adjudicar consecuencias jurídicas. La tragedia es desplazada por el drama en que los tribunales resuelven el caso conforme a la ley. La oportunidad que se abre con los litigios estructurales, que asumen que los estados de cosas inconstitucionales, no pueden revertirse por la mera declaración de ilegalidad y la adjudicación de responsabilidad y culpabilidad retroactiva, digamos ahora, ¿acaso no es de un genuino espacio tiempo fuera de la temporalidad viciada de la naturalización y la coyuntura política para experimentar, ensayar, colectivamente, la forma de remediar esos problemas estructurales, previo reconocer los saberes, las resistencias, las potencialidades, las limitaciones y complejidades, solo reversibles con el compromiso activo de todo aquel que en la medida que nombramos y reconocemos, lo agenciamos y re-ensamblamos?

Ansioso por tu respuesta, abrazos

Ciudad de Córdoba, 20 de octubre de 2022

Maxi,

Y sí, una de las trampas es creer que resolver un caso conforme a la ley, no tiene nada que ver con resolver el conflicto, es solo sometimiento de sus protagonistas a la voluntad de la mayoría. Asumir que el conflicto ya fue resuelto por la democracia es negar su actualidad, invisibilizar la singularidad de sus razones, callar a la

confrontación con la mordaza de la autoridad. Pero los derechos, como una de las razones del conflicto, resisten esa operación. Cuando la disputa se hace inteligible en términos de reclamos de derechos ya no es posible pretender que la adjudicación es solo la imposición de una voluntad mayoritaria anterior. La adjudicación que respeta el debido proceso tiene que hacerse cargo de la crítica al *statu quo* que la invocación de derechos trae, de la energía rebelde que desagregar al sujeto de derechos supone, su desafío al orden de lo dado por las mayorías.

Cuando la adjudicación de derechos es estructural, ya no hay forma de hacernos creer que resolver el caso es someter el conflicto a la ley. La ley y el orden son partes demasiado obvias del conflicto, han hospedado la violación de derechos de forma estructural, son las reglas que auspician el estado de cosas inconstitucional, y por eso, en alguna medida, ellas también están bajo juicio.

La adjudicación estructural obliga al juez o jueza a concentrarse en el deseo de realización que la invocación de derechos estructurales les trae, y eso supone hacerse cargo de su poder desestabilizador. Por eso nunca hay ley que preordene una garantía secundaria para este tipo de casos. Recuerdo a Ferrajoli diciendo que el rol del jurista crítico es construir las garantías secundarias de realización que faltan. El asunto es que las que faltan no son cualquiera, son las críticas del sistema. La construcción de esa garantía en un proceso de adjudicación estructural ya aparece desnuda obra nueva, son el sol de un nuevo sistema planetario. No puede ocultarse en la ficción de la subsunción el hecho de que lo que ocurre no fue previsto por el legislador. Quien juzga tampoco puede ampararse ya en su rol de indicador de culpables, o narrador de causalidades que amputan la historia del conflicto, porque el reclamo de la realización no admite esas simplificaciones causales. Ellas llevarían a la ineficiencia, motivarían instrumentos de realización obviamente inocuos.

De esa forma, y en alguna medida, el caso estructural no puede escaparse del conflicto, necesita reflejar la tragedia de la mutilación del deseo de los derechos, y así hacerse cargo de la complejidad causal

y la incerteza del remedio deseado. El caso estructural, que inevitablemente desagrega a un colectivo de sujetos, desnuda su enfrentamiento con el *statu quo* del cual la voluntad mayoritaria es parte actuante. ¿Me estoy yendo de tema?

M.

Buenos Aires, 21 de octubre de 2022

Querida Mariela,

Vuelvo, hiper ventilado y estimulado por tu filosa respuesta. Esta conversación ya ha tomado cuerpo, pero sobre todo movimiento hacia un horizonte abierto e incierto, que no podremos agotar, pero, si te parece, vamos por una vuelta más.

Lejos de perder el camino creo que tus palabras insisten en que no hay camino, sino que hay que hacerlo, crearlo. En todo caso, sí contamos con algunas herramientas y ensamblajes prácticos, pero hemos tendido, históricamente, a convertir esa caja de artefactos culturales en instituciones trascendentes o transcendentales a las que idolatramos como fines en sí mismos. Allí yace la trampa de la desmovilización y despolitización del derecho. Nuevamente se asoma nuestro búmeran.

Recuperar el espacio-tiempo que se abre al ventilar jurisdiccionalmente un caso, conflicto estructural, cuya resolución desconocemos y debemos construir, asumir su contingencia, crear un remedio que dependerá de implicar actores y saberes específicos imbricados, inmersos en contextos complejos, y cuyo éxito en la realización será inmanente, como aquel título de Woody Allen, *Whatever works*.

En este sentido, no puedo dejar de extraer de tus palabras, algo que subterráneamente, cual magma crítico, sugieren. Tras la idea de caso estructural, está la desconfianza en las grandes mediaciones, representaciones, abstracciones, generalizaciones e inercias burocráticas, que nos alejan tanto de los seres deseantes, sufrientes, sujetos, ¿sujetados?, de derecho, como de las *mayorías*, cuyo fantasma de la soberanía o la *voluntad popular* o la *voluntad general*, las reifica y

hace aparecer como masas homogéneas y uniformes. Esa operación de agregar, tradicionalmente política, y esa operación de desagregar, tradicionalmente jurídica, sin el aguijón revolucionario del deseo, sin la concepción hermenéutica que nos transforma en sujetos críticos de la propia cultura ¿no hace más probable que germine esa traición estructural a la que te referís?

Dice Eduardo Grüner:

Toda la riqueza de la noción de praxis está contenida en esta idea de que la interpretación puede ser una herramienta de crítica, de puesta en crisis de las estructuras materiales y simbólicas de una sociedad, en polémica con otras interpretaciones que buscan consolidarlas en su inercia [...] Es que la tragedia es la demostración, como ha dicho alguien, de que Ser es Caos, de que no solamente no siempre somos dueños de la consecuencia de nuestros actos, sino de que aquel malentendido constitutivo que provoca la intervención interpretativa hace que ni siquiera podamos dominar del todo la significación de esos actos. Y es por esa falta –también se puede decir: por esa culpa original en nuestro ser sujetos, que solo nos queda (como si fuera poco) la narrativa catastrófica que nos permite hacernos sujetos de nuestra propia falta, hacernos sujetos críticos de nuestra propia cultura y nuestra propia subjetividad [...]

[Porque]¿cómo podría eximirnos, es ignorancia, de interpretar el mundo, de correr el peligro? (“Una política de la interpretación”) (1995; 8-28).

El litigio bipolar tradicional, en el cual existe confrontación entre dos partes y la jurisdicción *resuelve el caso diciendo el derecho*, como la legislación general, o la reducción de los derechos a su positivización en forma de reglas adjudicables, están arraigados más en la idea de seguridad, de la cual es incluso tributario el garantismo en sentido amplio, que en la de emancipación, sin la cual cualquier seguridad es una ilusión porque ni siquiera sabemos lo que deseamos y, sobre todo, tampoco habitamos la pregunta acerca de cómo conseguirlo en forma colectiva. La idea de crear garantías secundarias de ese garantismo crítico abierto al futuro que traés a colación

¿no supone asumir acaso que más que enganchar un vagón a la locomotora prefabricada de la civilización y los derechos humanos es necesario re-ensamblar nuestros motores con la energía renovable de nuestros deseos? Y que ¿más que a través de vías, autopistas, ríos navegables o el vacío del mundo de las ideas, deberán hacerse camino entre accidentes, ríos, montañas, metrópolis y océanos? La idea de una garantía supone la de un derecho, pero eso supone que sabemos qué queremos y cómo realizarlo, lo que sugiere nuestra conversación es que debemos asumir de una buena vez la incertidumbre, no con resignación conservadora, sino como desafío pragmático.

La conversación quedó abierta e inconclusa, como no podía ser de otra manera, pero rica en invitaciones a reinventar la democracia y sus instituciones.

Derecho y naturaleza

Del contrato social al contrato natural

Matías Paschkes Ronis y María Victoria Campos

*Por primera vez desde hace trescientos años,
la ciencia se dirige al derecho y la razón al juicio.*

Michel Serres, El contrato natural

Lo rompimos. Se tensó tanto la cuerda que ya no va más. La fuente de confianza se agotó, como también se extinguieron las expectativas en una humanidad que va hacia un progreso ilimitado en un mundo implosionado ante la emergencia de conflictos armados que parecían ser parte del pasado, por lo menos para el mundo occidental, y los efectos de una crisis climática sin precedentes.

Aparecen viejas ideas excluyentes, discriminatorias y violentas, algunas maquilladas como nuevas y muchas de ellas ni siquiera tienen ese reparo. Todo aquello que antaño se constituía como una certeza, como un piso común de consensos para vivir en comunidad, ya no es tal o, aún peor, todo parece ser susceptible de ser relativizado, incluso los grandes consensos globales surgidos después del horror. La época de las *fake news* llegó hace rato.

Al mismo tiempo que estábamos aprendiendo a lidiar con la caída de los grandes relatos, de las certezas, de los magnánimos proyectos sociales, la tarea de ser sujetos de nuestro tiempo se complejizó aún más. Pues, ya no se trata solamente de la pérdida de certezas, sino de la desesperanza. Estamos en un momento en el que todo parece estar resquebrajándose. Las personas se han vuelto sobre sí mismas, el individualismo parece haber triunfado. Sin embargo, para no ser injustos, se observan destellos de proyectos colectivos, de algunos anhelos de seguir viviendo en comunidad, en comunión con un todo, y seguir pensándonos dentro del colectivo humanidad.

¿Cómo barajar y dar de nuevo? ¿Cómo podemos crear una nueva forma de convivencia respetuosa? ¿Qué rol cumplió el derecho en nuestra organización societaria y que rol le incumbe hoy ante esta emergencia?

Pensar el derecho más allá de las bases ontológicas de la modernidad parece ser la tarea urgente. Necesitamos un nuevo paradigma, una nueva cosmovisión que nos permita trascender la epistemología que conocemos ya que parece haber encontrado su caducidad.

“Donde hay peligro crece también lo salvador” sostiene el poeta Friedrich Hölderlin (citado en Heidegger, 1997). Pero salvar no es, tal como indica Heidegger, atrapar eso que se encuentra amenazado para asegurar su persistencia frente al peligro de destrucción.

Sino, por el contrario, *salvar* es reconducir hacia el núcleo, para, de esta manera, “traer ante todo a la esencia a su propio brillar” (139). Podemos decir, asumiendo el riesgo de parecer pretenciosos, que de eso trata nuestra propuesta: de volver al comienzo, volver a pactar, ir al origen del contrato social moderno para reinventarlo. En esta línea nos propusimos pensar *más allá* de los límites de la crítica moderna y su ontología. Esto nos llevó paradójicamente *mucho más acá*, a experiencias más cercanas, más fraternas, más propias. Nos referimos a los recientes procesos constituyentes acaecidos en América del Sur y a la recuperación de cosmovisiones ancestrales que abren un viejo-nuevo espectro para pensar otro contrato, un nuevo pacto social. En otras palabras, un ensamble mítico-científico que dé lugar a repensar y reinventar el derecho.

Las tensiones del contrato social de la modernidad

¿Cómo salvarnos de este peligro mortal generado por nosotros mismos? Cuando decimos nosotros nos referimos a la humanidad entera y allí se ve la magnitud del peligro. ¿La salvación no constituía la fundamentación del contrato social moderno? Es decir, en pactar humanamente y salir del estado de guerra que conceptualizó Thomas Hobbes (2003), para poder salvaguardar la vida. Nos referimos a emplear el uso de la razón en un doble carácter: prudencial y calculadora. ¿No habremos sobreutilizado la segunda en detrimento de la primera?

El contrato social moderno, en sus distintas versiones emanadas de las tradiciones clásicas del iusnaturalismo como las de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, es fruto del proceso de racionalización surgido de la revolución científico-técnica que se inició a mediados del siglo XVI. Así la modernidad aparece, fundamentalmente, como una nueva representación del mundo, como una nueva condición de la historia (Casullo, 2009), como una ruptura,

un “quiebre en el pasaje regular del tiempo” (Latour, 2007) marcado por el agotamiento de la representación teológica del mundo. La modernidad se caracteriza por un doble impulso: la crítica y la confianza (Kant, 2011). La primera refiere al cuestionamiento de las representaciones religiosas, a los dogmas, a la superstición, a los mitos y a todo lo que no estuviese fundando en la razón. Tal como expresó Nicolás Casullo (2009), la crítica es creadora de los tiempos modernos, en ella se basa su fortaleza y confianza. Los modernos son los “vencedores” ya que lograron por la vía científico-técnica no solo conocer “objetivamente” al mundo sino también dominar a la naturaleza. Pero los roles no son fijos: nadie resulta eternamente vencedor ni los esclavos duermen el sueño perpetuo. De este modo, si actualmente la representación moderna del mundo está en crisis es justamente porque ese mundo parecería estar respondiendo. Ese dominio que auguraba un progreso indefinido se volvió contra sí mismo. Hace tiempo están sonando las alarmas, científicos de todo el globo advierten hace décadas, desde la primera Conferencia sobre el Clima de 1979, celebrada en Ginebra y convocada por la Organización Meteorológica Mundial (OMM), que la crisis ambiental es un fenómeno que pone en jaque la vida planetaria. ¿Qué nos impide escuchar semejante advertencia?

Si bien la magnitud de esta pregunta no encuentra una respuesta unívoca, aquí ensayaremos el ejercicio de releer el contrato social moderno a contrapelo, develando sus efectos de verdad y sus operaciones de censura. Desnudando sus tensiones como propone Boaventura de Sousa Santos (2006), para vislumbrar sus lógicas de inclusión y exclusión que fundamentan y legitiman la racionalidad política de la modernidad occidental.

Tal como señala el intelectual portugués, “el contrato social se basa, como todo contrato, en unos criterios de inclusión a los que, por lógica, se corresponden unos criterios de exclusión” (de Sousa Santos, 2006: 8). Siguiendo esta reflexión, si quienes contratan son los individuos humanos, la primera exclusión corresponde a la naturaleza. De hecho, todo lo que precede o permanece fuera del contrato es lo que queda en *estado de naturaleza*, ya sea como amenaza o como

recurso a explotar. Por lo tanto, en el relato fundacional moderno; lo social, es decir la sociedad civil, y la naturaleza constituyen un efecto del contrato mismo. La naturaleza queda excluida y la ciudadanía incluida. En este sentido, vale decir que tampoco todos los seres humanos se encuentran abarcados por el contrato, solamente lo están quienes son verdaderamente reconocidos como parte de la ciudadanía y como sujetos de derecho.

Bajo la premisa de que la legitimidad del contrato social se fundó, como señala de Sousa Santos, en la inexistencia de las personass excluidas, se logra visualizar la tensión latente entre la lógica operativa del contrato y su lógica de legitimación. Nos referimos a una tensión dialéctica bajo la cual se constituyen los conflictos modernos que se juegan entre la rígida regulación y la demanda de inclusión de quienes fueron excluidos:

En cada momento o corte sincrónico, la contractualización es al mismo tiempo abarcadora y rígida; diacrónicamente, es el terreno de una lucha por la definición de los criterios y términos de la exclusión/inclusión, lucha cuyos resultados van modificando los términos del contrato (de Sousa Santos, 2006: 9).

La dinámica de los derechos en la modernidad da cuenta de las luchas por ampliar los términos de inclusión del contrato. La tipología clásica de Thomas Marshall (1998) muestra esta dinámica expansiva que marca el tránsito del Estado liberal del siglo XVIII al Estado social del siglo XX, con el reconocimiento progresivo de los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales. Resulta interesante subrayar que cada proceso de expansión de derechos fue a su vez resistido por quienes consideraban que ponían en riesgo no solo sus privilegios sino la congruencia y la lógica misma del contrato social. Así, por ejemplo, tal como muestra Eugenio Zaffaroni (2011), cuando el constitucionalismo introdujo los derechos sociales se alzaron voces que consideraban que los mismos ponían en riesgo los derechos individuales; *vozes* que persisten hoy en día, con mayor o menor intensidad, pero bajo los mismos argumentos.

Cuando las mujeres consiguieron sus derechos políticos también se generó una fuerte oposición que veía en este avance un peligro para la institución familiar. Sin ir más lejos, aún están frescas las conquistas de derechos por parte del colectivo LGBT+ en Argentina a través de las leyes de matrimonio igualitario (2010) y el reconocimiento a la identidad de género (2012), que producen terror en determinados grupos sociales que ven en ellos un peligro para su propia identidad. En términos de Jacques Rancière, la política existe cuando el orden natural de dominación es interrumpido por la institución de “una parte de los que no tienen parte” (2012:28). Y es precisamente el supuesto de igualdad lo que motiva este cuestionamiento, que no es otra cosa que el fundamento de la emergencia de lo político o, en otras palabras, “la contradicción de dos mundos alojados en uno solo” (2012:42).

Ahora bien, esta dinámica inclusiva no constituye un proceso lineal ni tampoco se da de forma coherente. De Sousa Santos a principios del milenio señaló que la crisis del contrato social produce una intensificación de los procesos de exclusión por la cual los derechos de ciudadanía considerados en términos legales como inalienables, indivisibles e interdependientes fueron progresivamente confiscados y, de este modo, se le impidió el acceso a la ciudadanía a determinados grupos sociales. Estos procesos redundan en la existencia de nuevos estados de naturaleza, bajo la forma de precariedad laboral y el crecimiento de núcleos de pobreza estructural. En este contexto, es que el autor portugués insta por un nuevo contrato social que neutralice y revierta las lógicas de exclusión vigentes y que incluya tanto a los seres humanos como también a la naturaleza. Precisamente, es en este último punto que nos interesa profundizar porque sostenemos que la inclusión de la naturaleza no implica solamente extender el contrato social moderno sino ir mucho más allá: revisar el fundamento propio de la modernidad.

Retomando los conceptos expuestos al comienzo de este capítulo, el contrato social moderno en su lógica operativa solo reconoce como sujeto de derecho a los seres humanos, de modo tal que la naturaleza queda excluida. La modernidad inventa simultáneamente,

tal como explicó Latour (2007), dos esferas bien separadas: la esfera de lo social, de la cual es producto el sujeto de derecho y sus portavoces políticos; y la esfera de la naturaleza cuyo producto sería el llamado mundo objetivo y sus portavoces quienes integran la comunidad científica. La representación moderna del mundo hace que no podamos pensar más allá de este dualismo ontológico (aunque no lo practiquemos como tal, pero eso excede a este capítulo¹).

El contrato social como metarrelato fundacional moderno reúne solamente a la humanidad para poner un fin al estado de guerra. Ese contrato da lugar a un constitucionalismo liberal antropocentrista para el cual la única naturaleza válida, reconocida, es la humana, impidiendo de este modo dar cuenta de las otras violencias, no la que ejercen los humanos entre ellos, sino la que despliegan los humanos contra el mundo. Entonces, ¿es posible firmar un nuevo contrato que incluya a la naturaleza y al mundo como sujeto de derecho? ¿Cómo repensar o reinventar el derecho más allá de los límites del dualismo moderno? ¿Puede la naturaleza pasar de ser objeto a ser sujeto? Preguntas urgentes para un planeta que no tiene tiempo de esperar nuestras respuestas.

Del contrato social al contrato natural: más allá de la modernidad

Tal como hicimos referencia en el primer apartado, la modernidad constituye esa condición de la historia basada en una inusitada confianza de la humanidad y su inevitable progreso, es decir, en su avance ilimitado a través del conocimiento científico y el dominio

¹ Para profundizar en este tema sugerimos leer: Paschkes Ronis, M. (2021). Modernidad, conocimiento y política. Un análisis comparado entre la opción de-colonial y la perspectiva “no moderna. En *Revista Entramados y Perspectivas*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. 11(11), pp. 260-283.

sobre la naturaleza. De este modo, la dominación, la posesión y la explotación de la naturaleza en su conjunto son las acciones que resumen nuestra relación con “las cosas del mundo” (Serres, 1991).

Un poema de Alfred Tennyson ejemplifica la prepotencia y la violencia de la razón moderna occidental:

Flor en el muro agrietado,
Te arranco de las grietas;
Te tomo, con todo y raíces, en mis manos,
Florequilla – pero si pudiera entender
Lo que eres, con todo y tus raíces y, todo en todo,
Sabría que es Dios y el hombre

(citado por Suzuki y Fromm, 1968).

El conocimiento científico, lejos de identificarse con lo natural y la naturaleza, se reconoce en la supuesta paridad con dios y con el hombre. Allí queda en evidencia un doble movimiento de separación y apropiación que no puede suceder de otro modo, sino a través de la violencia. La relación humana con las cosas implicó desde siempre el ejercicio de dominación y la constitución del derecho de propiedad. John Locke (2003) argumentó que este derecho ya se encontraba incluso en el estado de naturaleza. Sin embargo, en la actualidad, pasados más de dos siglos desde el comienzo de la revolución industrial, esas prácticas y el ejercicio de dominación de la humanidad sobre todo lo que la rodea se sublevaron, y las acciones voraces que parecían irrefrenables se han vuelto contra sí.

Tal como expresa Serres: “A fuerza de dominarla, hemos devenido tanto y tan poco dueños de la Tierra, que ella amenaza a su vez con dominarnos de nuevo” (199: 61). La Tierra comenzó a reaccionar globalmente a nuestras acciones locales, aparentemente aisladas y mentirosamente inocuas. El objeto devino sujeto, la Tierra no solo se *mueve*, como demostró Galileo Galilei en el siglo XVII enfrentándose a la Santa Inquisición, sino que también se *conmueve*, tal como lo

muestra en nuestro siglo el científico inglés fallecido recientemente (22 de julio del 2022) a los 103 años, James Lovelock enfrentándose a los defensores del *Santo progreso económico*.

¿Qué secuelas tuvo el juicio a Galileo para la historia del derecho y la ciencia y qué implica hoy la hipótesis Gaia de Lovelock? Recordemos que Galileo fue condenado el 21 de junio de 1633 por el tribunal de la Santa Inquisición. Para fundamentar la condena a su teoría pro-copernicana y, esencialmente, a su persona, los magistrados antepusieron las leyes del derecho canónico, del derecho romano y la teoría de Aristóteles. Galileo fue obligado a abjurar de sus ideas para no ser torturado y asesinado, sin embargo en el último minuto susurró: *Eppur si muove* (Y, sin embargo, se mueve). Con ese acto de resistencia Galileo estableció las bases de la modernidad, es decir, la separación entre los sujetos del derecho y los objetos de la ciencia a la cual el derecho no se puede interponer. Galileo delimitó el espacio de la naturaleza como terreno exclusivo del saber científico.

Para el derecho antiguo y para la ciencia moderna, la naturaleza constituía una referencia, porque no existía ningún sujeto en su lugar: lo objetivo, en el sentido del derecho pero también en el sentido de la ciencia, emanaba de un espacio sin hombre [...]; pues bien, en lo sucesivo, ese espacio depende hasta tal punto de nosotros que oscila y que nosotros nos inquietamos, de esa desviación de los equilibrios previstos. ¡Nosotros inquietamos a la Tierra y la hacemos temblar! He aquí que, de nuevo, ella tiene un sujeto (Serres, 1991:144).

Esta cita debe ser analizada en dos tiempos. En el primero Serres hace referencia a la co-constitución de *lo objetivo* en el derecho y en la ciencia. Pues, a partir de la revolución técnico-científica, la objetividad del mundo se constituyó *in facto* como un cimiento sólido en el cual se inscribieron tanto las leyes de la ciencia como las normas del derecho. Ahora bien, como señaló Latour, lo que Serres exploró también es la debilidad congénita del derecho natural que “consiste en decir simultáneamente que en efecto hay derecho en la naturaleza – dimensión prescriptiva– y que, no obstante, el derecho verdadero se encuentra del lado de la cultura” (2017). Sin embargo, hoy asistimos

a un proceso de subversión de las posiciones de sujeto y objeto de cultura y naturaleza propias de la modernidad, bajo las que se constituyó tanto la ciencia como el derecho moderno. Así, como argumenta Serres en la parte final de la cita, el segundo momento de ese “espacio objetivo”, de esa naturaleza sólida, emerge la Tierra como sujeto. Lo que considerábamos una materia pasiva de pronto *actúa y nos hace actuar*. Precisamente ahí Serres alude directamente a la hipótesis Gaia de James Lovelock.

Gaia irrumpe en el campo científico como una figura enigmática ya que se presenta, según Latour (2017), como la posibilidad de un retorno a la Tierra. A su vez, esta dejó de ser objetiva, pasó de ser interpretada como una materia inerte para ser concebida como una materialidad animada por millones de agentes. La hipótesis Gaia de Lovelock, presentada en 1969, es simétricamente opuesta a la de Galileo y, a su vez, tiene la potencialidad de conmocionar al mundo científico tanto como lo hizo el astrónomo italiano en el siglo XVII. Si para Galileo todos los planetas se asemejan en tanto son cuerpos de una misma materia uniforme que giran alrededor del sol; para Lovelock la Tierra es un planeta único, que no se asemeja a ningún otro, porque es un planeta *vivo*, esto quiere decir: en perpetuo desequilibrio químico. En su conceptualización, la vida y entorno forman una simbiosis que los lleva a comportarse como un superorganismo vivo, como un sistema retroalimentado constituido por la corteza terrestre, el mar, la atmósfera y la biota, que tiene el objetivo de lograr un entorno físico y químico óptimo para la vida en el planeta.

Si, como explica Latour, el descubrimiento de Galileo vuelve posible la extensión infinita del mundo y su conocimiento objetivo, a partir del cual se pueden formular leyes; el descubrimiento de Lovelock pone en crisis la concepción clásica de la naturaleza. Pues, según su hipótesis, nosotros no estamos simplemente en el interior de un espacio que nos es externo, sino, por el contrario, habitamos un ambiente vivo, que crece y se extiende junto con la acción de millones de organismos. Timothy Lenton, científico del equipo de Lovelock, argumentó:

La teoría de Gaia apunta a ser compatible con la biología evolucionista y considera a la evolución de los organismos y su ambiente material tan *imbricada* que forma un proceso único e *indivisible*. Los organismos poseen propiedades que alteran el ambiente porque el beneficio que esas propiedades aportan (a la viabilidad del organismo) supera el costo de energía en el individuo (Lenton, 1998, citado en Latour, 2017:120).

Más allá del dualismo objeto-sujeto o naturaleza-cultura, acá aparece una idea de *imbricación* según la cual lejos de ser sujetos externos o simplemente huéspedes de nuestro planeta Tierra, la humanidad se constituye como una parte intrínseca e indivisible de él. Gaia se extiende tan lejos como nuestra especie; y sobreviviremos tanto como aquellos otros organismos que respiran y nos posibilitan respirar en un todo indiviso. La Tierra no es indiferente a nuestra acción, por el contrario, es sensible a lo que hacemos y ella misma retroactúa sobre nuestras actividades, en un proceso de reacomodamiento, en términos latourianos, de ajuste y reajuste fundamental y necesario para el sostenimiento de la vida. En esta línea los geólogos advierten que entramos en una nueva etapa geológica: el Antropoceno, época en la que las actividades del hombre empezaron a provocar cambios biológicos y geofísicos a escala mundial².

Por lo tanto, en esta etapa geológica, debemos hacer un nuevo pacto de convivencia, reinventar el contrato social pero ahora incluyendo a la naturaleza como parte esencial. Debemos hallar un nuevo entendimiento del concepto *naturaleza*, que esté basado en una perspectiva emancipadora que ponga fin a la concepción moderna occidental. De este modo, el nuevo contrato natural, esgrimido supone la hora del Antropoceno, en el cual la Tierra se irgue como

² El concepto Antropoceno fue empleado en el año 2000 por el ganador del premio Nobel en química Paul Crutzen. El Antropoceno describe la época actual de la historia terrestre que está caracterizada por el irreversible impacto global de las actividades humanas sobre los ecosistemas. El uso de este término fue ganando fuerza desde el 2008 con la publicación de numerosos artículos que apoyan esta tesis.

sujeto. Este nuevo contrato, en palabras de Serres, reconoce la importancia de lograr un nuevo equilibrio entre la potencia humana actual y las fuerzas del mundo. En un acuerdo de simbiosis y reciprocidad, basado en el abandono de la idea de naturaleza como recurso a dominar, poseer y explotar. El nuevo contrato natural debe estar a la altura de esta nueva encrucijada de la historia: “muerte o simbiosis” (Serres, 1991:62), entendiendo a este último como la asociación entre organismos de especies diferentes para beneficiarse mutuamente en su desarrollo vital.

¿Puede la naturaleza ser un sujeto de derecho? Más acá de nos

Si Galileo estableció la separación entre los sujetos del derecho y los objetos de la ciencia, delimitando la esfera de la naturaleza al terreno exclusivo del saber científico; el nuevo contrato natural supone, por el contrario, volver a traer a la naturaleza, ahora resignificada, a la esfera del derecho.

Podemos definir el derecho como la limitación mínima y colectiva de la acción parasitaria. El parásito, tal como explica Serres (1980, 1991), confunde el uso y el abuso; ejerce sus derechos perjudicando a su anfitrión a quien termina destruyendo. En esta línea podemos pensar cómo el contrato social, que solo reconocía derechos a los sujetos humanos, no a todas las personas, por supuesto, termina generando un desequilibrio mortífero en el mundo. A su vez, el contrato natural busca instaurar un nuevo equilibrio que limite el dominio abusivo del ser humano en un mundo devenido sujeto que se enmarca en esta nueva época geológica que denominamos Antropoceno.

Por los argumentos expuestos se puede observar que no se trata simplemente de generar una nueva rama del derecho, como el derecho ambiental, que pasó inmediatamente a la esfera del derecho penal (Zaffaroni, 2011) y que considera al ambiente como un derecho

humano³. Sino que, por el contrario, se trata de reconocer la existencia de sujetos de derecho no humanos, lo cual pone en crisis el concepto mismo del derecho moderno.

¿De qué forma se puede reinventar el derecho para pensar un nuevo contrato natural? creemos que para poder pensar *más allá de la modernidad*, y de su ontología dualista, debemos mirar *más acá de nos*. Hacemos referencia a las cercanas experiencias constitucionales latinoamericanas, especialmente los casos de Ecuador, de Bolivia y el actual proceso constituyente chileno, todavía con final abierto.

Antes de entrar en estos casos, es importante resaltar la contribución histórica realizada desde Latinoamérica al constitucionalismo comparado, muchas veces olvidada o no tenida en cuenta. Anteriormente hicimos mención a la dinámica de los derechos modernos basados en la tipología de Marshall, sin embargo, es necesario recordar que la inclusión constitucional de los derechos sociales no se originó en Weimar en 1919, sino dos años antes, en 1917, con la Constitución mexicana que estableció los principios del derecho social ampliando el campo de derechos fundamentales como un producto legado de la Revolución mexicana (1910).

Es importante resaltar la contribución histórica realizada desde Latinoamérica al constitucionalismo comparado.

Ahora bien, este progreso inclusivo moderno que parte de los derechos civiles, a los políticos y de ahí a los derechos sociales, siempre tuvo como referencia al ser humano. El centro siempre fue “el hombre” como premisa de lo universal, posteriormente cuestionada desde diferentes marcos teórico-políticos. Es decir, siempre se trató

³ Esto, tal como analiza Zaffaroni, también presenta problemas y desafíos para pensar el derecho respecto de personas que todavía no existen: las generaciones futuras. Ver Zaffaroni, E. (2011:66).

de un progreso en los límites impuestos por una modernidad antropocéntrica.

La innovación que propone el texto constitucional de Ecuador a comienzos del siglo XXI, más puntualmente en la Asamblea Constituyente de Montecristi en el año 2008, radica en una ruptura ontológica con dicho antropocentrismo y con cierta noción parasitaria del progreso, en términos de Serres. El preámbulo del texto constitucional dictamina:

PREÁMBULO

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana, el sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: Constitución de la República del Ecuador.

En este preámbulo podemos reconocer los pilares fundamentales que hacen de este texto una contribución inédita en la historia del derecho y que nos permiten avizorar un camino hacia un nuevo contrato. En primer lugar, el reconocimiento a las *raíces milenarias* y a la diversidad cultural y religiosa del pueblo ecuatoriano. Se reconoce y se celebra la multiplicidad, la plurinacionalidad. El segundo pilar, el celebrar la naturaleza concibiéndola como Pachamama, esto es, una concepción alejada de la idea moderna de naturaleza como recurso a explotar. Y el tercer pilar, una nueva ética, un nuevo contrato de convivencia no solo entre los ciudadanos, sino también en armonía con la naturaleza, denominado *sumak kawsay*.

Sumak kawsay es una expresión en quechua que se traduce como *buen vivir*. Una ética que exige complementariedad, equilibrio y reciprocidad entre los hombres y entre estos y la Pachamama. En ese sentido, se distingue del tradicional *bien común*, que solo incluye al ser humano (Zaffaroni, 2011). El *sumak kawsay* abarca todo lo viviente, incluyendo como tal al planeta Tierra. Podemos percibir acá, salvando la enorme distancia cultural y epistémica, una afinidad electiva o, por lo menos, cierta complementariedad entre la hipótesis científica y occidental de Gaia y la noción de los pueblos originarios respecto a la Pachamama. En ambos está en juego una apertura del concepto de *lo viviente* y del propio sujeto. Esto permite considerar a la naturaleza, redefinida bajo una ontología no dualista, como sujeto de derecho. Precisamente en este punto se encuentra la máxima contribución de este texto constitucional de cara a un nuevo pacto de convivencia.

Sin la pretensión de profundizar en la Constitución ecuatoriana, pero invitamos a que lo hagan, queremos subrayar la pertinencia del Título II del capítulo 2 y el capítulo 7 respecto a los derechos del buen vivir y a los derechos de la naturaleza. Dentro de este último, el capítulo 71 indica que:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (Constitución de la República del Ecuador).

Acá se puede apreciar una definición de naturaleza, Pachamama, y la reivindicación de su derecho a la existencia, del respeto a sus ciclos vitales y a su regeneración. A su vez abre la posibilidad de toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad a exigir a la autoridad pública que ese derecho sea respetado, sin necesidad de estar afectado de forma directa.

Por otro lado, pero en esta misma línea, la constitución boliviana, votada un año más tarde, en 2009, tiene sus similitudes y diferencias respecto a los tres pilares anteriormente citados. Al igual que la Constitución de Ecuador, establece un Estado plurinacional y, asume y promueve la ética del *suma qamaña*, expresión aymara cuya traducción es el *vivir bien*. De igual forma la naturaleza es concebida como Pachamama y tiene un lugar preponderante en el Preámbulo:

PREÁMBULO

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Esta búsqueda del vivir bien, a diferencia del texto ecuatoriano, no se traduce en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, sino en un paradigma de desarrollo sustentable que

promueve la participación ciudadana en el marco de una gestión ambientalista. Así, a pesar de invocar a la Pachamama, la naturaleza no deja de concebirse como un recurso a ser explotado en el marco de una adecuación equilibrada entre desarrollo y medio ambiente.

El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 346).

De todas formas, resaltamos la impronta democrática y participativa de la Constitución en torno a la gestión del medio ambiente:

La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 352).

En este último artículo podemos ver otra de las características centrales y revolucionarias para el derecho constitucional: el pluralismo jurídico. Hacia el final habla del respeto por las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas. De este modo, el marco normativo para la consulta lejos de ser homogéneo para toda la ciudadanía, reconoce la pluralidad de formas jurídicas entre las naciones que integran el Estado Plurinacional de Bolivia. Si bien por cuestiones de extensión no podemos profundizar en este tema, no queremos dejar de resaltarlo, ya que, tal como indica Boaventura de Sousa Santos, este reconocimiento plurinacional de la justicia indígena constituye

una verdadera transición paradigmática porque pone en tela de juicio los tres principios fundamentales del derecho eurocéntrico moderno: el principio de soberanía, el de unidad y el de autonomía (2018:247).

En esta línea, si bien la Constitución boliviana no reconoce derechos a la naturaleza como sí lo hace la de Ecuador, desde la perspectiva de Zaffaroni las consecuencias prácticas son similares, puesto que ambas habilitan a cualquier persona a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requerimiento de encontrarse afectado personalmente (2011:111). A esta apreciación adicionamos que Bolivia, al año siguiente, en diciembre de 2010, dictó la ley sobre los Derechos de la Madre Tierra, reconociendo formalmente a la naturaleza como sujeto de derechos.

En el artículo 2 del Capítulo I de dicha ley se detallan los principios de cumplimiento obligatorio: Armonía, Bien colectivo, Garantía de regeneración, Respeto y Defensa de los derechos de la Madre Tierra, No mercantilización e Interculturalidad. Y en el artículo 3 del Capítulo II se define a la Madre Tierra:

La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común.

La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos. (Ley sobre los Derechos de la Madre Tierra, 2010).

Esta ley, por lo tanto, no solo consagra a la naturaleza como sujeto de derechos, sino que profundiza y radicaliza la perspectiva ecológica respecto del texto constitucional ecuatoriano.

Actualmente son varios los países que, aún sin reconocer los derechos de la naturaleza en sus constituciones, los han dictaminado vía leyes votadas por el poder legislativo nacional. También podemos ver una profusión de reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho en los gobiernos locales. Respecto al primero de los casos, resalta Uganda que en el año 2020 dictó la *National Environmental*

Act, consagrando el derecho de la naturaleza a existir, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos de evolución. También podemos sumar los casos de Nueva Zelanda con dos leyes relevantes: la Ley *Te Urewera* (2014) y la Ley *Te Awa Tupua* (2017); de Australia con la *Yarra's Protection Act* (N° 49) de 2017; y las leyes dictaminadas por gobiernos locales de México, Perú, Colombia, Reino Unido, Países Bajos y Estados Unidos.

Nos interesa concluir este apartado con la experiencia reciente de la Asamblea Constituyente de Chile. Si bien la propuesta de la nueva Constitución no pasó la prueba del voto popular en el *referéndum* del 4 de septiembre de 2022 y, por lo tanto, se tendrá que constituir una nueva Asamblea para proponer otro texto, consideramos de sumo interés el análisis de la misma por la novedad que representó respecto a la temática que nos convoca. En el primer capítulo, *Principios y disposiciones generales*, se reconoce a Chile como Estado “plurinacional, intercultural, regional y ecológico” identificando como valores intrínsecos e irrenunciables “la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza” (Art. 1). En el artículo 8 del mismo capítulo define el buen vivir y explicita que

las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable. El Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la Sociedad.

Luego, en el capítulo 2, *Derechos fundamentales y garantías*, comprende en su artículo 18 a la naturaleza como titular de derechos. Y, finalmente el capítulo 3 está consagrado íntegramente a la *Naturaleza y al medio Ambiente* como su nombre lo indica. Allí no solo vuelve a designar a la naturaleza como sujeto de derecho sino que también, en su artículo 148, crea un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado *Defensoría de la naturaleza* que tendría como función la promoción y protección de los derechos de la naturaleza.

La propuesta constitucional chilena se puede considerar como un intento audaz dentro del derecho moderno. Sin embargo, los contra giros de la historia dieron como resultado su rechazo en el referéndum y la elección de un nuevo consejo constituyente neo-conservador. Estos vaivenes nos instan a reflexionar en cómo mejorar los mecanismos constituyentes para que estos procesos deriven en verdaderos productos democráticos y participativos, de modo tal que no queden sujetos a las derivas coyunturales. Es decir, lograr un horizonte que permita comprender la importancia de construir colectivamente un pacto de convivencia cuyo valor sustancial trascienda el momento y los actores políticos que los encarnan y posibilite una construcción proyectiva considerando las posibilidades de vida de las generaciones futuras.

Los desafíos en la enseñanza del derecho

Para finalizar este capítulo queremos destacar enfáticamente la importancia histórica que tienen estos procesos constituyentes latinoamericanos. Ellos rescatan las cosmovisiones ancestrales proponiendo no solo nuevas leyes sino, más profundamente, reinventando el derecho a partir de una ética y una ontología del buen vivir que eclosiona el dualismo moderno que concibe escindidamente a los sujetos del derecho y a los objetos de la ciencia.

Como bien expresa Serres “por primera vez desde hace trescientos años, la ciencia se dirige al derecho y la razón al juicio” (1991:144). Necesitamos de manera urgente un nuevo contrato que repiense las fronteras que limitan nuestros modos y posibilidades de acción tanto científicas como políticas, y estamos seguros que el derecho si se lo concibe no como una herramienta conservadora, sino, por el contrario, desde una perspectiva emancipadora tendrá un rol central. La pregunta es si estamos a la altura de este desafío para la formación de nuevos abogados y abogadas. ¿Cómo formar nuevas generaciones que se aproximen al derecho de manera que no sean

simples reproductores de las burocracias jurídicas y se permitan pensar creativamente, y, por qué no, poéticamente, la potencialidad de su práctica?

Consideramos que la incorporación de la naturaleza al derecho constitucional no solo abre un nuevo capítulo en la historia del derecho sino que vincula, más profundamente, el modo en que concebimos nuestra existencia, nuestro progreso, nuestros lazos sociales y, especialmente, nuestra relación con el mundo.

Por otro lado, que la modernidad se encuentre en crisis no quiere decir que todos sus logros deban ser descartados, por el contrario, quizás sea necesario que el nuevo contrato produzca un nuevo reensamblado, con otras ontologías y éticas *no modernas*. Por eso nos pareció necesario el enlace conceptual entre Gaia y Pachamama, como también los desafíos entre el llamado desarrollo económico y el cuidado del planeta.

Es pertinente decir que no concebimos las experiencias constituyentes de Ecuador y Bolivia como respuestas absolutas para la formulación de un nuevo contrato, sino, por el contrario, como avances históricos concretos hacia un nuevo paradigma del derecho que deje traslucir las “tensiones creativas” (Linera: 2018) de esta época. Tal como expresa de Sousa Santos:

El derecho y la justicia son una de las ventanas privilegiadas para analizar las contradicciones, las ambivalencias, los ritmos, los avances y retrocesos de los procesos de transformación social, sobre todo de los que se afirman como portadores de nuevos proyectos políticos o como momentos decisivos de transición política. (2018: 244)

Por todo lo expuesto creemos que el desafío en la enseñanza del derecho es el de acompañar al estudiantado para que puedan observar desde esas ventanas, comprender las nuevas tensiones que atraviesa nuestra historia y comprometerse con las transformaciones que sean necesarias para hacer más habitable este mundo.

Derecho y espacio social

Un comentario bibliográfico

Gabriel Ignacio Anitua

La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial

Leticia Barrera

Siglo XXI Editores. 2022

He tenido la fortuna de participar de la presentación de la nueva edición del libro que hace ya diez años Leticia Barrera presentó en base a su muy interesante tesis doctoral. Fue una celebración a la nueva edición, que se explica porque ya se ha leído tanto el trabajo como para agotarlo, y también una invitación a que se le siga sacando provecho en el futuro con nuevas lecturas y relecturas.

El trabajo es interesante, original, y se enmarca dentro del necesario interés académico por develar lo que sucede en el campo de lo judicial, que no es el lugar más transparente de la administración pública.

Mariana Valverde, autora del muy valioso prólogo, señala la ventaja de que Barrera utilice un lenguaje claro, lo que hace que el destinatario imprescindible de este libro sea un público general, que democráticamente pueda entender y pensar los cambios en esa institución. Pero tengo para mí, que el libro también es pertinente para públicos especializados que, en verdad, tampoco se han ocupado suficientemente del funcionamiento de la Corte Suprema desde las leyes ni la filosofía del derecho o la exégesis constitucional.

Como el título lo indica, se trata de una *etnografía* y nos habla de lo que sucede tras las bambalinas y también lo que muestra de su accionar la Corte Suprema. Tampoco se ha hecho anteriormente ese abordaje y aporta conocimiento muy necesario.

Como sugiere la autora, en el título del prefacio a la presente edición, *Pensar la Corte Suprema, diez años después*, esa descripción densa da cuenta de otro un momento en que evidentemente esa puesta en escena era una preocupación de los nueve integrantes de la Corte, como una forma de encontrar legitimidad en su trabajo. Intención que se observa, pese a todo, en las personas que trabajaban allí y fueron entrevistadas por Leticia.

En estos años “pasaron cosas”, la autora menciona, como mojonnes de esa “década compleja”: la reforma judicial de 2013, denominada *Democratización de la justicia*; la declaración de inconstitucionalidad de una de las leyes que la integraban y la declaración de inaplicabilidad de la medida que disponía el control de las declaraciones juradas de funcionarios judiciales por la Oficina Anticorrupción.

También cita acontecimientos biológicos: el fallecimiento de la jueza Carmen Argibay, el juez Enrique Petracchi y el juez Carlos Fayt, quien estuvo en el cargo mucho más de lo permitido, hasta que asumió Mauricio Macri; la jubilación por límite de edad de

Eugenio Zaffaroni y, pasado ese límite, de Elena Highton. A partir de 2015, el nombramiento, primero ilegal y luego legitimado, de los jueces Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti.

Todo esto, junto a otras medidas políticas trascendentes de la política y la misma Corte, como el decreto de necesidad y urgencia (DNU) emitido en diciembre de 2015, en el que se transfería el Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la Corte Suprema, que realizó esas tareas en conjunto con la politizada justicia federal de Comodoro Py; la sentencia dictada por la Corte en el *caso Muiña* en mayo de 2017 y el rechazo de la comunidad jurídica y de la sociedad civil que se manifestó masivamente; el reemplazo de Ricardo Lorenzetti de la presidencia del cuerpo, primero por Rosenkrantz y luego por Rosatti, quien sumió en lo interno y visible a la Corte de cuatro miembros en una “guerra de palacio”; “una serie de causas judiciales de 2021 y abril de 2022 que tensionaron las relaciones de la Corte con el gobierno del presidente Alberto Fernández”; y el tratamiento “en el Senado de la Nación en reuniones plenarias de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia tres proyectos de ley para la reforma de la Corte”.

A esa enumeración le añadiría lo que dejó de hacerse de cara a la ciudadanía, y es parte central de la tesis y el libro: las audiencias públicas; y lo que sí se mostró, inauguraciones del año judicial con más que discutibles ideas sobre el episodio de la muerte de Alberto Nisman o la investigación de la propia Corte del atentado de la embajada de Israel, o las fotos del presidente de ese entonces, Lorenzetti, junto al juez de instrucción Claudio Bonadío y el señor Sergio Moro, juez que encarceló a Luiz Inácio Lula da Silva en un procedimiento ilegítimo, y luego fue ministro de Jair Bolsonaro, lobista de intereses económicos y ahora senador electo.

En fin, todo eso pone en evidencia una deslegitimación profunda de la instancia analizada, producida en estos últimos años. Pero justamente, entiendo que eso le da un nuevo sentido al libro que presentamos y que nos permitió discutir mucho sobre lo que la

Corte Suprema realmente hace. Un primer paso para intentar pensar lo que debería hacer y también, en todo caso, lo que podría hacer.

En efecto, creo que esta obra es un aporte para reflexionar sobre el problema de la legitimidad del poder judicial, aunque lo hace sin grandes pretensiones, enfocándose en un Tribunal que es tal vez el más visible en el ámbito de la administración del Estado. El texto, como dije, no solo es original para el conocimiento que se debe producir en ámbitos académicos del derecho, la ciencia política, la sociología y antropología, sino de gran utilidad para el debate público político.

El problema de la legitimidad del poder judicial no está declarado pero subyace en el trabajo de Barrera. Si bien la autora admite las preocupaciones políticas y epistemológicas que motivaron su estudio sobre la Corte Suprema, la exposición de su trabajo procede mediante un riguroso método etnográfico, que parece así estar hablando desapasionadamente de lo que realmente pasa en Talcahuano 550 y cómo es el trabajo de su numerosa burocracia que, como toda burocracia, trabaja mucho y no necesariamente bien, pero en secreto.

Develar esos laberintos, envíos y traslado de papeles forma parte de la parte más voluminosa del libro que hace hincapié en un instituto muy vilipendiado, especialmente por quienes litigan, que es el desistimiento de los recursos denominado 280¹.

La segunda parte del libro es más breve y da cuenta de su opuesto, la buscada publicidad: audiencias públicas para problemas escogidos, que parece ser el modo en que las personas que actúan en el ámbito judicial, incluyendo a quienes, en el momento estudiado, ocupan cargos como ministros y funcionarios, confiaban para responder al problema de la legitimidad. El desprestigio y desconfianza acumulados por la Corte implicaron su renovación desde 2004,

¹ Recurso creado pretorianamente, mediante el cual no se admite el tratamiento de un recurso extraordinario, apelando sucintamente al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCC) y eludiendo toda argumentación ulterior.

así como los intentos de reconstrucción institucional que también otorgaron seguridad jurídica para avanzar en sentencias de contenido favorecedor al cumplimiento de derechos. Ante esta situación, las audiencias públicas cumplían un rol importante. Esta intuición se deduce del título mismo del libro de Barrera, que indica la importancia de la escenificación del poder judicial, de la manifestación pública de los símbolos de su autoridad.

Por eso me parece tan interesante que Leticia dedique la parte más importante de la obra al *detrás de escena*, al orden burocrático que ocupa cuatro capítulos y la mayor extensión de páginas, en contraste con la puesta en escena. Esta última, resulta evidente que requiere de organización, pero es ese lugar brillante y visible, una *cifra dorada* de su actuación, siempre será menos numeroso que el trabajo diario y que afecta a más personas, e incluye la *cifra negra* del artículo 280 del CPCC. Por cierto, que ello puede ser trasladado a otras esferas de la justicia, evidenciada en la importancia del momento de la instrucción penal sobre el juicio oral o la cantidad de sentencias impuestas en juicio, ni hablar del jurado allá donde existe, contra las arregladas en *abreviados*, u otras formas poco espectaculares.

Todo lo dicho, sin contar con la retirada de ese intento de legitimación por la publicidad en la propia Corte Suprema². La falta de confianza de poder legitimarse de esa manera, se dio al tiempo que dejar de practicar un activismo garantista, y en su lugar realizar un decisionismo restrictivo de derechos colectivos o sociales, en forma cada vez más velada.

Pero la maquinaria burocrática funciona igual, es por ello especialmente interesante el método y los resultados de la autora, que dan a conocer los modos y culturas que aparecen en su descripción de los lugares del palacio de tribunales; de las prácticas de circulación, movilidad, acceso y movilización de expedientes y de personas, y de quienes están autorizadas a acceder o no. También es

² Para 2022, había prometido realizar algunas audiencias públicas, pero solo realizó una de menor importancia y que no atañe cuestiones federales: *el caso Denegri*.

relevante la caracterización de quienes ejercen como funcionarios de justicia, sobre todo aquellas personas no conocidas o que no tienen el rango de jueces, pero acceden a la condición de sujetos de un discurso, que pueden inicializar o firmar con nombre propio, y también aquellos más anónimos.

Como deja demostrado con la aplicación del artículo 280 del CPCC, hay mucho trabajo en esas decisiones que intentan dar respuesta a un volumen creciente de causas que, si no se hace público, no tiene que ver tanto con la economía procesal, sino con el intento de resolver o *sacar* una mayor cantidad de casos. También, con una práctica de construcción de la autoridad judicial asociada al valor simbólico de tomar decisiones discrecionales, sin tener que dar argumentos y de esa manera evitar el posible control y crítica.

En ese sentido, basta recordar las prácticas del sistema judicial del Antiguo Régimen, y pienso en la profunda influencia del régimen colonial de las Reales Audiencias y su genealógica consecuencia en este Tribunal, que prohibía expresamente que las sentencias fuesen motivadas.

Este modo de dar respuesta al problema de la legitimidad de la autoridad judicial, como señaló con agudeza Luciano Nosetto en la presentación del libro, indica “una estrategia de legitimación que, en su renuencia a la publicidad, difícilmente pueda tenerse por democrática o liberal, y menos aún por republicana”, que también juega con luces y sombras con las llamadas *acordadas de transparencia*, con las que se intentó recuperar prestigio y legitimidad, en la primera década del milenio. El libro comenta especialmente la causa por la contaminación de la cuenca del Riachuelo, *el caso Mendoza*.

Tal vez las expectativas de quienes actúan en el Tribunal, así como de los públicos y litigantes, analizadas en el libro junto con la ponderación de lo hecho por jueces, juezas y ONG, no se cumplieron eficazmente. Este apartado es interesante para pensar en el relativo desuso en los diez años que pasaron desde la investigación y sobre cómo puede pensarse en reformas que eviten la discrecionalidad de la misma Corte para fijar su propia agenda.

La Corte Suprema en escena sirve, citando a Nosetto, para dar cuenta de la problemática de “reducir la legitimidad de los poderes públicos a transparencia y accountability que fueron los que eclosionaron en la crisis de 2001”. Todos los intentos de reformas del poder judicial pueden ser vistos como fracasos, si no se aborda la relación de las personas que trabajan a sueldo del Estado con una democrática rendición de cuentas, pero también con las limitaciones a su discrecionalidad, que de distintas maneras, casi siempre fallidas, se intenta, al menos desde las revoluciones del siglo XVIII que dieron lugar a nuestra independencia.



Testimonio

A modo de epílogo

Darío Pedro Almada

La invitación

Era la mañana del diez de julio y comenzaba el turno de exámenes finales. Salí a comprar un café mientras caminaba por los largos y relucientes pasillos del primer piso, no sin antes detenerme a contemplar por un segundo el pintoresco paisaje: imperceptibles murmullos entremezclados con el álgido sonido de los cuadernos anillados que una y otra vez vuelven sobre sus páginas, miradas erráticas, gestos de incertidumbre y algún que otro ¡Vamos todavía! que intempestivamente irrumpen el clima de suspenso que

invade el entorno. De pronto saco mi celular del bolsillo y leo un enigmático mensaje: “Che, Dari. No sé si te veo hoy, pero te quería proponer algo, solo si te animas y te dan ganas”.

No fueron pocos los interrogantes que me invadieron después de aceptar esta invitación a escribir estas líneas para el libro de la carrera, aunque les confieso que el que más me inquietaba era el relativo a las *formas*, ¡Vaya problema de nuestra profesión! Pues en el mundo del derecho importa lo que tenemos para decir en tanto eso que decimos respete algunas cuantas reglas. Pensé que en el marco de un libro de carrera no podía escribir otra cosa que un texto académico. Sin embargo, decidí que sería mucho más genuino y enriquecedor simplemente dedicar estas breves líneas a recoger algunas experiencias de estos casi 10 años en el IUPFA, en los cuales he tenido la posibilidad y el privilegio de forjar mi profesión, iniciar mi carrera docente y formar parte del equipo de gestión de la carrera. El registro por supuesto es personal, aunque no por ello deja de tener implicancias políticas. En resumen, daré testimonio.

Ser policía y estudiar abogacía en el IUPFA

Me propuse estudiar abogacía en el IUPFA casi inmediatamente después de egresar de la Escuela de Suboficiales y Agentes de la PFA. Recuerdo que en aquel momento me encontraba trabajando en horarios rotativos, por lo que aquella nueva meta se veía un tanto lejana si no conseguía una jornada que me permitiera asistir regularmente a la universidad. Me presenté en la oficina de administración de la comisaría en la cual había sido asignado, donde la respuesta fue un rotundo NO. ¿Los motivos? Me dijeron que no había una vacante en el turno de la mañana. Sin embargo, ya para ese entonces había notado que no era muy usual que los agentes estudiaran, de hecho ningún efectivo estudiaba en la comisaría, y mucho menos que solicitaran un cambio de horario tan solo unos meses después de haber egresado del instituto de formación.

Faltaba muy poco para que comenzara el período de inscripciones y mis posibilidades se agotaban. Recuerdo que conocí en aquel entonces a un experimentado suboficial que vivía muy cerca de mi casa, quien muy amablemente se ofreció a llevarme al trabajo en su camioneta. Cuando le conté de mi deseo de entrar a la universidad, me llevó directamente a hablar con el jefe de calle quien sin salir del asombro no dudó ni por un segundo en apoyarme. Ese mismo día en altas horas de la noche, vino a verme con la noticia de que pasaba al horario de la mañana.

A partir de allí comenzaría con la interesante experiencia de estudiar derecho casi en forma paralela a *convertirme en policía*. Esta doble construcción profesional e identitaria, lejos de ser armónica, se encontró plagada de tensiones y contradicciones que me llevaron a interesarme de una forma particular por el proceso de *profesionalización de las fuerzas de seguridad*, frase que por cierto escuchamos repetidamente tanto en los discursos conservadores como progresistas, sobre todo a partir de la década de los 90 cuando se dieron en la región la mayor parte de las reformas policiales.

El recorrido, las tensiones y las preguntas

La pregunta por el horizonte y el sentido de nuestras instituciones de educación superior no puede hacerse sino en conjunto con aquella relativa a qué proyecto de país queremos construir. No se trata solo de preguntarse, ¿para qué sirve la universidad?, sino más bien ¿a quién le sirve el modelo de universidad y de enseñanza que tenemos? En el caso del IUPFA, su ámbito específico y su razón de ser es la de formar profesionales con experticia en la problemática de la seguridad. En razón de ello, la pregunta por el tipo de profesional que queremos formar va aunada a la pregunta relativa al modelo de seguridad al cual aspiramos.

En mi carrera policial supe experimentar la constante pulsión por la *mano dura*, al mismo tiempo que percibí una fuerte banalización

del paradigma de formación y de trabajo humanista instaurado con la creación del Ministerio de Seguridad. Me pasó de notar un fuerte repudio hacia estas ideas, y en general hacia todo lo que tuviese que ver con el cuestionamiento del accionar policial y sus ¿indiscutibles? Facultades, para preservar el orden y *defender la sociedad*. La contracara de aquel registro de simplificación de la compleja problemática social de la (in)seguridad fue sin dudas la formación académica con la cual me encontraría en el IUPFA.

Durante los primeros años, la carrera se encontraba abierta únicamente al personal de la fuerza, lo cual desde mi punto de vista la privaba de contar con una riqueza específica propia de la sinergia y la simbiosis que puede aportar la confluencia en el espacio áulico de actores institucionales y de la comunidad. En este sentido, el registro del quehacer policial y los esquemas de pensamiento fuertemente atravesados por el proceso identitario de construcción del *ser policía*, parecían trasladarse indefectiblemente a la vida académica del estudiantado. Hablar sobre abolicionismo, garantismo o derechos humanos parecía ser siempre un sinónimo de “defensa del enemigo social”.

Resultaba curioso observar que una gran parte de los cursantes aducía estudiar la carrera de derecho como un complemento de su formación policial o bien para acceder al incremento salarial previsto en la legislación. Asimismo, era usual la deserción estudiantil como consecuencia de intempestivos cambios en las condiciones laborales del personal de la fuerza. De hecho poseo el registro anecdótico de una muy destacada estudiante de la carrera que, promediando el último año, fue trasladada a una delegación del interior del país.

El proceso de apertura de la carrera a la comunidad fue paulatinamente generando una masa estudiantil más heterogénea y crítica que enriqueció notablemente el espacio del aula y permitió posicionar a la carrera como una buena alternativa para jóvenes con interés en construir un perfil profesional fuertemente orientado hacia la función pública y a la atención del complejo problema de la seguridad. Esta

nueva etapa me atravesó no ya desde un rol de estudiante, sino transitando los difíciles primeros años de ejercicio profesional. Me sumé formalmente ese mismo año al cuerpo docente, luego como profesor de tiempo completo y por último al equipo de gestión de la carrera.

Con el nuevo plan, se incorporaron los seminarios electivos como proyectos pedagógicos independientes que buscaban propiciar un giro reflexivo en la enseñanza del derecho. La propuesta implicaba virar desde el paradigma clásico de las clases magistrales hacia propuestas más dinámicas y participativas donde el conocimiento se construye colectiva y horizontalmente. Tomar la palabra y con ella el protagonismo resultó un enorme desafío no solo para el estudiante, sino también para el propio docente, quien en lugar de preparar una clase debía afinar sus destrezas pedagógicas para constituirse como *facilitador* de los procesos de aprendizaje.

Se instauró la asignatura *Elementos de sociología* en el primer año de la carrera con el afán de derribar de una vez y para siempre el mito de que el conflicto es siempre sinónimo de desorden y, por lo tanto, una consecuencia negativa para el espacio social y para la comunidad. El conflicto es una enorme oportunidad para debatir colectivamente como afrontar los desafíos de la convivencia social, y, aunque muchas veces su expresión se traduzca en dolor, déficit y pérdida, lo cierto es que la única salida es a través de su reconocimiento y no de su negación. La legitimidad del derecho se construye y su autoridad no se presume.

La segunda modificación, se dio con la implementación de espacios curriculares tendientes a aprovechar y potenciar esa rica intersección entre el derecho y las ciencias forenses que caracteriza al espacio institucional del IUPFA. Los talleres *La prueba en el proceso penal* y *La evidencia en la investigación científica del delito* son propuestas innovadoras que enriquecen esa sinergia y propician la recuperación del diálogo perdido entre las distintas disciplinas que confluyen en el marco del proceso penal, con el horizonte de mejorar las prácticas y elevar los estándares. Además, el foco de los talleres está en aprender haciendo.

Este nuevo plan de estudios procura formar operadores jurídicos mucho más comprometidos con la gestión y reducción de los conflictos primarios que interesados en defender intereses binarios por medio de la utilización del siempre frívolo y estéril lenguaje que gobierna nuestras prácticas. En esta titánica tarea, se procura recoger, valorar y por sobre todas las cosas *no desperdiciar la experiencia* de una infinidad de actores sociales e institucionales que día a día confluyen en las aulas trayendo entre sus manos un conocimiento invaluable del espacio social, sus conflictos, y sus tensiones. Por ese motivo, la propuesta articula sus espacios curriculares en asignaturas, prácticas, talleres y seminarios.

Lo personal y lo político

Lo personal es político es una frase que se popularizó en la década del 60 en el movimiento feminista y estudiantil como un forma de rechazar radicalmente la idea de que algunos asuntos no pueden formar parte de algunos debates en torno a *lo público*. Estos movimientos, con sus matices y sus propios vaivenes, procuraron enarbolar las banderas de la emancipación a partir de la acción política y de la lucha progresista contra una sociedad excluyente y opresora. Las feministas, desde aquel momento y hasta la actualidad, han propiciado visibilizar el carácter omnipresente, sutil, subyacente y sistémico de la super-estructura patriarcal que habita y moldea cuidadosamente cada una de nuestras prácticas discursivas y no discursivas. El movimiento reformista por su parte, concentró sus críticas en un modelo educativo atrocemente elitista, conservador y excluyente diseñado para justificar y preservar los privilegios de unos pocos y poderosos tecnócratas que se erigían en amos y señores de verdades ahistóricas e inmutables.

El derecho vigente transita una importante crisis de legitimidad y de autoridad debido a su incapacidad de representar las voces de

los oprimidos y las minorías de un espacio social que se muestra cada vez más complejo, heterogéneo y desigual. Una buena forma de mantener vivo aquel espíritu de lucha, de reivindicación y sobre todas las cosas de participación no es sino a través de la construcción de una comunidad educativa dispuesta a recoger, valorar y potenciar cada una de esas microrealidades de nuestros estudiantes.

A lo largo de estos años hemos logrado forjar entre todos y todas una serie de características que distinguen a nuestra querida carrera y la convierten en una propuesta pedagógica que esperamos, sea superadora:

- *Cercana*: la introducción del estudiante a la vida universitaria implica un complejo proceso de nuevas interacciones. El ambiente académico del IUPFA se caracteriza por la calidez y cercanía de todas las personas que formamos parte de la comunidad educativa. Esta es sin lugar a dudas una de las características que se destacan, por cuanto se promueve el acompañamiento personalizado de las trayectorias estudiantiles mediante una serie de programas tendientes a hacer más amigable el proceso de incorporación a la vida universitaria.
- *Orientada hacia un saber hacer*: la carrera está pensada para estimular el desarrollo de habilidades y de destrezas en reemplazo de la tradicional enseñanza bancaria, memorística y acrítica de leyes codificadas y grandes dossiers que tanto ha imperado en la enseñanza del derecho.
- *Con foco en el futuro profesional*: La carrera cuenta con espacios de prácticas profesionales en todos los años que procuran nutrir las trayectorias de habilidades prácticas para los desafíos de un mundo moderno, hiperconectado y mediatizado por las tecnologías de la información y la comunicación. Se promueve allí la construcción de un ejercicio ético y responsable de la profesión de abogado, con un fuerte enfoque hacia los valores democráticos y republicanos.

- *Articulada y diversa*: El plan de estudios está diseñado para desplegar una riqueza específica en su oferta académica. Sin embargo, no por ello se ha descuidado la necesidad de sostener los estándares y el dialogo intersubjetivo entre los distintos espacios curriculares. Existe un constante esfuerzo por trazar líneas de trabajo en forma horizontal y vertical en los espacios curriculares del plan de estudios con el objetivo de lograr una articulación que permita dotar de sentido a cada propuesta.
- *Integrada a la extensión y a la investigación académica*: Concebimos una formación integral compuesta por el trinomio docencia-extensión-investigación procurando que nuestros estudiantes no solo *consuman* conocimientos en las aulas. Buscamos que se formen para explorar y expandir los albores del conocimiento, para aplicar aquellos adquiridos en la transformación de las distintas realidades sociales al tiempo que se nutran de aquellas tensiones, desafíos, disputas e injusticias que habitan el espacio comunitario y a las cuales la universidad no puede dar la espalda.
- *Con un fuerte componente humanista y social*: El derecho nace del centro, pero también de la periferia. Reconocer que lo instituido es contingente y que lo instituyente es posible es una de las grandes ilusiones que nos movilizan. Toda la justificación de nuestras prácticas debe estar orientada por el ideal de la igualdad y la justicia social y toda nuestra formación debe estar al servicio de mejorar la calidad de vida de las personas.

Autocomplacencia, nunca

Sin perjuicio de esas fortalezas, no puedo dejar de mencionar los desafíos que nos obsesionan y sobre los cuales trabajamos día a día: la carrera debe consolidar el proceso de transversalización de la perspectiva de género a todos los espacios curriculares; incrementar cuantitativamente la implementación de prácticas de extensión

universitaria en espacios curriculares estratégicos del plan de estudios en miras a potenciar las destrezas adquiridas y fortalecer el compromiso social del estudiantado; consolidar el proceso de apertura de la carrera a la comunidad mediante un aumento de las vacantes disponibles; fortalecer el diálogo y la integración de la carrera de abogacía del IUPFA con otras carreras de derecho de universidades nacionales y privadas; generar un programa sustentable de estímulos tendiente a incrementar el porcentaje de estudiantes implicados en actividades de investigación; a nivel institucional, impulsar políticas públicas tendientes a priorizar la formación académica de los miembros de la fuerza garantizando condiciones laborales estables a el estudiantado para evitar la deserción; generar programas de movilidad estudiantil nacionales e internacionales.

Intersecciones

A lo largo de estos casi 10 años, he sido testigo privilegiado de la evolución de una carrera que hoy debe ser motivo de orgullo de todas las personas que formamos parte de ella. En estas breves líneas he tratado de esbozar un pequeño registro de mi trayectoria donde, en no pocas oportunidades, me aventuré a realizar valoraciones que por supuesto pueden o no ser compartidas. Esta invitación a habitar las *intersecciones del derecho* promete situarnos en una serie de diálogos que creíamos perdidos, muchas veces por la intransigencia de nuestros operadores aunque también por el propio narcisismo de una ciencia jurídica que promete mucho más de lo que cumple. En ese camino por recorrer, mi testimonio es el registro personal y político de la intersección entre el *ser policía* y el *ser profesional*. Mi horizonte fue el de situar el terreno de lo personal en la profunda discusión por el tipo de universidad y de profesional que queremos forjar en este espacio universitario.

La profesionalización de los miembros de las fuerzas de seguridad es invocada usualmente como una necesidad impostergable y

como una condición ineludible para el mejoramiento de la seguridad ciudadana. Sin embargo, no puedo evitar pensar el poco contenido que parecemos darle a esa expresión, a pesar de tratarse de una política pública que cuenta con un amplio consenso de los espacios políticos. ¿A dónde van quienes se gradúan luego de finalizar sus trayectos formativos? ¿En qué medida la institución los sitúa en áreas proclives para aprovechar sus potencialidades? ¿Qué sucede con quienes aspiran a profesionalizarse y no lo logran? Estas son solo algunas de las preguntas que debemos hacernos si pretendemos construir un Instituto Universitario al servicio de sus propósitos institucionales, pero por sobre todas las cosas *al servicio de la comunidad*.



Obras consultadas

Un horizonte abierto

- Abramovich, V. (1991). El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho. *No hay Derecho*, (4), Buenos Aires.
- Baytelman, A. (2002). Capacitación como fútbol. En *Revista Sistemas Judiciales*, 1.
- Borges, J. L. (2011). *Obras completas 4*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Cortázar, J. (1968). Carta Fernández Retamar. *Primera Plana*, Buenos Aires.
- De Beccaria, M. (1993). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Heliasta SRL.
- Dreyfus, H. L. (1990). *Being-in-the-world: A commentary on Heidegger's being in time, Division I* (M. Lanusse, Trad.). Londres: The MIT Pres.
- Esposito, R. (2013). *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Barcelona: Herder.
- Ferrajoli, L. (2016). *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Crítica penal y poder*, (11).
- Ihering, R. V. (2018). *La lucha por el Derecho*. Santiago de Chile Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Kahn, P. W. (2014). *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Siglo del Hombre Editores.

- Kronman, A. T. (1993). *The lost lawyer: Failing ideals of the legal profession*. Harvard University Press.
- Lanusse Noguera, M. (2022). Deber, Poder y querer. El conatus de Spinoza y esos tres registros sobre el filo de la autonomía y la heteronomía. En J. Millón Quintana y M. F. Saulino (Coords.), *Tomando las consecuencias en serio: Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell*. Buenos Aires: La Ley.
- Leiter, B. (1996). Heidegger and the Theory of Adjudication (M. Lanusse, Trad.). *Yale LJ*, 106.
- Liotard, F. (1964). *¿Por qué filosofar? Cuatro conferencias*. Disponible en: <http://www.philosophia.cl/Escuela%20de%20Filosof%C3%ADa%20Universidad%20ARCIS>
- Taylor, C. (1997). *Argumentos filosóficos* (F. Birulés Bertrán, Trad.). Barcelona: Paidós.
- Tonkonoff, S. (2019). *La oscuridad y los espejos: ensayos sobre la cuestión criminal*. Buenos Aires: Pluriverso Ediciones.
- Williams, B. (2011). *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Routledge.
- Wittgenstein, L. (2021). *Investigaciones filosóficas*. Madrid: Trotta.

Parte I. La cuestión de la prueba

Derecho y prácticas probatorias en clave comparada

- Alliaud, A. M. (2016). *Audiencias preliminares*. Buenos Aires: Didot.
- AAVV. (2021). *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis.
- AAVV. (2020). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- AAVV. (2020). *Pensar la prueba*, 1. Buenos Aires: Editores del Sur.
- AAVV. (2022). *Pensar la prueba*, 2. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Baytelman, A. y Duce, J. M. (2016). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Betts, S. (2013). *A Critical Analysis Medical Opinion Evidence in Child Homicide cases* (Ph.D. thesis, University of New South Wales). Disponible en: unsworks.unsw.edu.au/api/datastream/unsworks:11195/SOURCE01?view=true
- Binder, A. M. (2009). *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC.

- Binder, A. M. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Binder, A. M. (2013). *Derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Binder, A. (2021). *Derecho procesal penal. Tomo V. Teoría del juicio de conocimiento. Verdad y proceso penal. Principio de inocencia. El concepto de hecho. Requisitos de verificabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Binder, A. M. (2022). *Derecho procesal penal. Tomo VI. Teoría del juicio de conocimiento. Condiciones de verificación*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Capper, C. y Cross, R. (1990). *Cross on Evidence*. London: Butterworths.
- Comanducci, P. (1992). La motivazione in fatto. En G. Ubertis et al. (Eds.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè.
- Cunliffe, E. (2003). *Weeping on Cue: The Socio-Legal Construction of Motherhood in the Chamberlain Case* (LL.M. thesis). University of British Columbia.
- Cunliffe, E. (2011). *Murder, Medicine y Motherhood*. Oxford: Hart Publishing.
- Cunliffe, E. (2012). Sexual Assault Cases in the Supreme Court of Canada: Losing Sight of Substantive Equality? *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 57. <https://doi.org/10.60082/2563-8505.1241>
- Dinard, M. (2022). *La admisibilidad de pruebas de baja calidad y su impacto en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Duce, M. J. (2013). *La prueba pericial*. México: Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Didot-Ubijus.
- Duce, M. J. (2015). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. y Vázquez, C. (2020). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial, un encuentro entre diferentes tradiciones*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrua, P. (2007). *Il giusto processo*. Bologna: Zanichelli.
- Ferrua, P. (2021). Contradictorio y verdad en el proceso penal. En *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis.
- Ferrua, P. (2010). *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28.

- Haack, S. (2004). Truth and Justice, Inquiry and Advocacy, Science and Law. *Ratio Juris*, 17.
- Hogarth, R. (2008). *Intuition in Judgment and Decision Making*. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates.
- Innocence Project. (2019). *DNA Exonerations in the United States*. New York. Disponible en www.innocenceproject.org.
- Kahneman, D., Frederick, S. (2002). *Representativeness- Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment and Decision Making*. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates.
- Kahneman, D., Klein, G. (2009). Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree. *The American Psychologist*, 64(6), 515-526.
- Kahneman, D. (2011). Falling Rape Conviction Rates: (Some) Feminist Aims and Measures for Rape Laws. *Feminist Legal Studies*, 19, 27.
- Laudan, L. (2011). *Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Lorenzo, L. (2016). *Manual de litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Lorenzo, L. y Lopardo, M. (2021). *Los caminos de la prueba*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Marrero, D. (2015). *Lineamientos generales para una epistemología jurídica*. Bogotá: Uniandes.
- Moreno Holman, L. (2015). *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot.
- Pennington, N., Hastie, R. (1986). Evidence evaluation in complex decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51(2), 242-258. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.51.2.242>
- Pastore, B. (1996). *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermenèutico*. Milano: Giuffrè.
- Posner, R. A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Provincia del Chubut. (2010). Código Procesal Penal (Ley XV N° 9). Disponible en <https://www.juschubut.gov.ar/images/CPF-CH-pairaimprimir.pdf>
- Ronelli, J. O. (2024). *Manual de enfoques científicos y fundamentos sobre criminalística: una mirada actualizada*. Buenos Aires: Editorial IUPFA.
- Rovatti, P., Limardo, A. (2020). *Pensar la prueba, 1*. Buenos Aires: Editores del Sur.

- Rovatti, P., Limardo, A. (2021). *Pensar la prueba*, 2. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Rovatti, P., Limardo, A. (2023). *Pensar la prueba*, 3. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Rúa, G. S. (2014). *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Rúa, G. S. (2015). *Examen directo de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Schiavo, N. (2016). *El juicio por jurados*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Strong, J. W. (1992). *McCormick on Evidence*. Paul: West Publishing Co.
- Senese, S. (2021). La motivación de la verdad fáctica. En *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Editorial Temis.
- Taruffo, M. (1992-2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2002). *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid: Trotta.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Wróblewski, J. (1971). Legal decision and its justification. *Logique et Analyse, Nouvelle Série*, 14(53/54), 409-419. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/44074477>

Diálogos entre derecho y criminalística

- Baytelman, A. (2002). Capacitación como fútbol. *Revista Sistemas Judiciales*, 1.
- Binder, A. M. (2007). La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición. En *Congreso Federal de Justicia Penal. Anais*.
- Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council. (2009). *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Washington: The National Academies Press.
- Díez, J. A. y Moulines, C. U. (1997). *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Barcelona: Ariel S.A.
- Executive Office of the President's Council of Advisors on Science and Technology. (2016). *Report to the president, Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*. Washington: PCAST Working Group.
- Kuhn, T. S. (2019). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Parte II. La cuestión de la pena

Derecho, pena y sistema acusatorio

- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Harfuch, A., Angulo, D. y Vela, R. (2006). La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena. Observaciones críticas al fallo “Romero Cacharamé” de la CSJN. En Z. Felini (Ed.), *En Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Magariños, M. (2008). *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Mapelli Caffarena, B. (1995). La judicialización penitenciaria: un proceso inconcluso. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid.
- Pavarini, M. (2001). La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Teoría y Praxis*, 1(1), 23-54. Buenos Aires: AD-HOC.
- Pitlevnik, L. (2019). La salud de los enfermos: discurso y realidad en las decisiones en torno a la ejecución de las penas. En P. Vacani (Ed.), *Derecho penal y penas ilícitas. Hacia un paradigma pospandemia*. Buenos Aires: Vacani.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Salt, M. y Rusconi, M. (1989). Ejecución y proceso penal: el rescate del poder de los jueces. En *Lecciones y Ensayos*, 53. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Vacani, P. A. (2012). El registro temporal en las distintas posiciones en el campo. En E. R. Zaffaroni (Dir.) y P. Vacani (Coord.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar.
- Vacani, P. (2023). Estrategias de intervención sobre la reinserción social en la litigación de la ejecución penal. En *Estudios sociales sobre derecho y pena. Revista del Instituto de Criminología*, (1).
- Zaffaroni, E.R. (1995). Los Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En *El derecho penal hoy*. Editores del Puerto

Referencias documentales

Boletín Oficial. (1992, 5 de septiembre).

Boletín Oficial. (1996, 8 de julio).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1995, 19 de enero). *Neira Alegría y otros vs. Perú*.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1999, 30 de mayo). *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000, 16 de agosto). *Durand y Ugarte vs. Perú*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000, 18 de agosto). *Cantoral Benavides vs. Perú*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2006, 1 de febrero). *López Álvarez vs. Honduras*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2006, 5 de julio). *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018, 22 de noviembre). *Plácido Sá Carvalho*.
- Clarín. (2004, 22 de agosto). *Libertad condicional: un mecanismo bajo sospecha*.
- Clarín. (2014, 28 de noviembre). *Como se decide la libertad de un preso*.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (n.d.).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2011, 1 de noviembre). *Méndez, Daniel Roberto*.
- Diario Página 12. (2000, 14 de abril). *La corrupción carcelaria abre puertas impensadas*.
- Diario Página 12. (2012, 5 de noviembre). *La libertad condicional y el linchamiento mediático*.
- Diario Página 12. (2014, 9 de junio). *Mirando la paja en el ojo ajeno*.
- Ley 24.660. *Ley de Ejecución Penal*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA). (2012, 27 de junio). *C. 87.463*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (SJM). (1995, 19 de octubre). *Badín, R. y otros c/Provincia Buenos Aires, sin Daños y perjuicios*.

Derecho y educación

- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Beade, I. P. (2011). En torno a la idea de educación: Una mirada desde la reflexión pedagógica kantiana. *Signos filosóficos*, 13(25), 101-120.

Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_art-textypid=S166513242011000100004ylg=esytlng=es

- Bergman, M. (2014). *Condiciones de socialización, entorno y trayectoria asociados a la reincidencia en el delito: una aproximación explicativa utilizando un modelo multivariado de análisis*. Buenos Aires: Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, Universidad Nacional de Tres de Febrero.
- Colombero, P. (2020). Investigar en derecho en - y sobre - la cárcel. La experiencia del Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto. *AB-Revista de Abogacía, Año IV* (6).
- Galtung, J. (s.f.). Violencia cultural. *Gernika gogoratzuz, documento n°14*.
- Garland, D. (2018). *Castigar y asistir*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gentili, P. (2008). Una vergüenza menos, una libertad más. La Reforma Universitaria en clave de futuro. En *La reforma universitaria: desafíos y perspectivas noventa años después*. Buenos Aires: CLACSO.
- Gual, R. y Colimedaglia, M. (2022). Orden carcelario en tiempos de COVID. El caso de la cárcel de Devoto. En *Ícaro, 16*(13).
- Guthmann, Y. y Rivera Beiras, I. (2023). *La creación de la Escuela de Criminología Crítica de Barcelona: la institucionalización académica de una nueva mirada sobre el control social y punitivo (1980-2022)*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Kant, E. (2000). ¿Qué es la Ilustración? En *Filosofía de la Historia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, I. (1991). *Pedagogía*. Madrid, España: Akal.
- Mesutti, A. (2008). *La justicia deconstruida*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Neuman, E. y Irurzun, V. (1968). *La sociedad carcelaria*. Buenos Aires: De Palma.
- Nils, C. (1984). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sykes, G. (2017). *La sociedad de los cautivos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Watchel, T. (2013). Definiendo qué es restaurativo. *Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas*. IIRP Graduate School
- Wright Mills, C. (1981). *La imaginación sociológica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zino, J. (2021). La cárcel es un campo en un campo de luchas. En *Revista Crítica Penal y Poder, 21*, 106-110. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

Derecho, conflicto y lazos sociales

- Achutti D. (2014). *Justicia restaurativa y abolicionismo penal, contribuciones para un nuevo modelo de administración de justicia en Brasil*. Sao Paulo: Saraiva
- Bacigalupo, E. (2014). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi
- Barros Leal, C. (2010). La justicia restaurativa: una visión global y su aplicación en las cárceles. En *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 10(10), 45-51. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r27312.pdf>
- Baruch Bush, R. A., & Folger, J. P. (1996). *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros* (A. Leal, Trad.). Buenos Aires: Granica.
- Beloff, M. (2000). Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. justicia y derechos del niño. Disponible en: https://www.edumargen.org/docs/curso43-11/unid01/apunte06_01.pdf
- Binder, A. M. (2001). *La lucha por la legalidad. Fichas para el trabajo universitario del INECIP*. Montegrande: Ediciones del Instituto
- Braithwaite, J. (2006). Narrativa, compulsión y compasión. En *Law & Social Inquiry*, 31(2).
- Burton, J. W. (1988). La resolución de conflictos como sistema político. En *George Mason University, Institute for Conflict Analysis and Resolution*. Disponible en: <https://www.inter-mediacion.com/conflicto-y-los-metodos-para-resolverlo/la-resolucion-de-conflictos-como-sistema-politico/>
- Cohen, Stanley. (1988). *Against Criminology*. Londres: School and Economics.
- Daroqui, A., & Guemureman, S. (2000). Los menores de ayer, de hoy y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica. En *Delito y sociedad*, (13). Buenos Aires.
- Galtung, J. (2003). *Paz por medios pacíficos: Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Oslo: Bakeaz; Gernika Gogoratz.
- Gargarella, R. (2015). El hombre que se atrevió a pensar distinto sobre el delito. En *Diario La Nación*. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-hombre-que-se-atrevio-a-pensar-distinto-sobre-el-delito-nid1798188/>
- Hulsman, L., y De Celis, B. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona: Ariel.

- Miller, G. (1985). El crimen imposible de Louk Hulsman (Tahí Barrios Hernández, Trad.). En *Revista L'Ane, le magazine Freudien*, 22.
- Organización de los Estados Americanos. (2008). *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/11.133 Doc. 34.
- Paz, S. [Silvana]. (2018). *El costo social del delito*. En *El día*. Disponible en: <https://www.eldia.com/nota/2018-4-22-4-0-52-el-costosocial-del-delito-policiales>
- Paz, S. [Silvana], y Paz, S. [Silvana]. (2005). *Justicia restaurativa*. Brasil: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; PND Brasil. Ministerio Público de la Unión.
- Paz, S. [Silvana], y Paz, S. [Silvana]. (2010). *Justicia restaurativa y Derechos Humanos: 10 años del centro de formación judicial*. Buenos Aires: Eudeba.
- Paz, S. [Silvana], y Paz, S. [Silvana]. (2018). Dispositivo restaurativo para el abordaje eficaz del conflicto penal juvenil. En *La Trama*, 56.
- Paz, S. [Silvana] y Paz, S. [Silvana]. (2020). *Prácticas restaurativas en acción*. *La Trama*, 65.
- Paz, S. [Silvana], & Paz, S. [Silvana]. (2022). Prácticas restaurativas a partir del encierro: De la hoja de ruta al plan de vuelo. En *Revista Judicial*, 132, 233-263. Disponible en <https://poder-judicial.go.cr/PRACTICAS%20RESTaurativas%20PAZ.pdf>
- Salguero Salvador, G. (1998). Hacia la consolidación del derecho humano a la paz. En *Revista Relaciones Internacionales*, 7(15). Universidad Nacional de La Plata. Disponible en https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/RE15.htm
- Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. En *Academia y Derecho*, 7(12).
- Tieghi, O. (1995). *Abolicionismo radical y abolicionismo institucional*. En *Revista chilena de Derecho*, 2 (2)
- Zehr, H. (2015). *The little book of restorative justice*. Nueva York: Good Books.

Parte III. Paradigmas para un nuevo perfil profesional Género y derecho

- Camilloni, A. (2019). La enseñanza del derecho orientada hacia la creatividad. *En Pedagogía universitaria y didáctica del Derecho*, 6(1), 5-22.
- Chejter, S. y Guthmann, Y. (2020). *Seminario Derecho, género y ciencias sociales: nuevas perspectivas teóricas y metodológicas*, dictado en el marco del Doctorado de Ciencias Sociales de la UBA (julio-agosto).

- Descartes, R. (2020). *Meditaciones metafísicas*. Madrid: Verbum.
- Frederici, S. (2021). *Brujas, caza de brujas y mujeres*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Frederici, S. (2010). *Calibán y la bruja: Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de sueños.
- MacKinnon, C. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence En *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (8)
- MacKinnon, C. (1989). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- MacKinnon, C. (2018). *Feminismo inmodificado*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Monárrez Frago, J. (2019). Femicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores. En *Estado y Comunes*, 8(1), 85-110. Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito, Ecuador. Disponible en: https://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes/article/view/99/101
- Pitch, T. (2003). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 435-459.
- Rodríguez, Marcela y Chejter, Silvia (2014). *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rodríguez, M. (2012). Tramas de la prostitución y la trata con fines de explotación sexual. *Documento de trabajo CIEP*. Disponible en: <https://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/doc%2084.pdf>
- Valéry. (2005). *Descartes, por detrás*. Buenos Aires: Losada.

Estrategias ante el androcentrismo del derecho en la enseñanza del derecho

- Bárcena, F. (2020). ¿Qué significa dar una clase? Sobre profesores y estudiantes. En *Cuarto poder*. <https://www.cuartopoder.es/ideas/2020/06/04/que-significa-dar-una-clase-sobre-profesores-y-estudiantes/>
- Barrancos, D. (2007). *Mujeres en la sociedad Argentina. En Una historia de cinco siglos*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
- Buquet Corleto, A. (2016). El orden de género en la educación superior: una aproximación interdisciplinaria. En *Nómadas*, 44, 27-43.

- Cano, J. E. (2017). Elementos para (re) pensar la ciudadanía de las mujeres y la (re) formulación del antagonismo. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 15(1), 57-78.
- Cano, J. E. (2019). *Las mujeres: sus cuerpos y sexualidades. Un estudio sobre derechos sexuales y reproductivos a través de las sentencias sobre violación y aborto (Argentina, 2012-2017)*. La Plata: SENDICI. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/90742>
- Cano, J. E. (2020). Elementos de sociología para abogacía. El desafío de la transversalización de la perspectiva de género feminista. En C. Giordiano y G. Morandi (Eds.), *Memorias de las 3° Jornadas sobre las prácticas docentes en la Universidad Pública. El proyecto político académico de la Educación Superior en el contexto nacional y regional*. Universidad Nacional de La Plata.
- Cano, J. E. (2021). Las mujeres “mulas” en la jurisprudencia: la introducción del género en el derecho penal de los estupefacientes. En *Thompson Reuters La Ley*.
- Cano, J. E. (2022). Quién(es) decide(n) la IVE. Nuevos contextos y viejos argumentos en el campo jurídico. En *Derecho y Ciencias Sociales*, 26, 1-14.
- Cano, J. E. y Goga, D. (2022). Corporalidades y subjetividades en la enseñanza del derecho penal. En *Minerva. Saber, arte y técnica*, 2, 56-70.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994). Suscripta en Belém do Pará en la República Federativa del Brasil.
- Da Silva, T. T. (2001). *Documentos de identidad. Una introducción a las teorías del curriculum*. Octaedro.
- De Sousa Santos, B. (2020). *La cruel pedagogía del virus*. Buenos Aires: CLACSO.
- DIU. Secretaría de Políticas universales, Ministerio de Educación. (2019-2020). *Mujeres en el sistema universitario argentino*. Disponible en: <https://bancos.salud.gov.ar/sites/default/files/2021-05/Mujeres-en-el-Sistema-Universitario-Argentino-19-20.pdf>
- Edelstein, G. (2021a). *Clase 2. La enseñanza como práctica socio-histórica compleja*. Clase en el marco de la asignatura “Análisis de las prácticas de la enseñanza” de la Especialización en docencia universitaria, Universidad Nacional de La Plata.
- Edelstein, G. (2021b). *Clase 5. Construcción didáctica; construcción metodológica y configuraciones didácticas*. Clase en el marco de la asignatura “Análisis de las prácticas de la enseñanza” de la Especialización en docencia universitaria, Universidad Nacional de La Plata.

- Flores, V. (2008). Entre secretos y silencios. La ignorancia como política de conocimiento y práctica de (hetero)normalización. En *Revista Trabajo Social UNAM*, 18, 14-21.
- Franchi, A. (2019). Las mujeres y la ciencia: obstáculos y desafíos para lograr la equidad de género. En *CTyP*, 2(3), 1-8.
- Freire, P. (2008). *Pedagogía de la autonomía*. Siglo XXI Editores.
- Giddens, A. (2011). *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*. Brasil: Amorrortu.
- Hunter, R., McGlynn, C. y Rackley, E. (Eds.). (2010). *Feminist Judgments: An Introduction*. En *Feminist Judgments. From Theory to Practice*. Hart Publishing.
- Kohen, B., Ariza, S. y Ramallo, M. de los Á. (2019). Women in the legal academy at the Law School of the University of Buenos Aires. En S. Schultz et al. (Eds.), *Gender and Careers in the Legal Academy*. Hart Publishing.
- MacKinnon, C. (2005). Integrando el feminismo en la educación jurídica. En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(6), 157-174.
- Marrero, A. (2006). El asalto femenino a la universidad: un caso para la discusión de los efectos reproductivos del sistema educativo en relación al género. En *Revista Argentina de Sociología*, 4(7), 47-69.
- Ministerio de Educación Argentina. (2019-2020). *Mujeres en el Sistema Universitario Argentino*. Secretaría de Políticas Universitarias. Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2021-05/Mujeres-en-el-Sistema-Universitario-Argentino-19-20.pdf>
- Morgade, G. (2018). Las universidades públicas como territorio del patriarcado. En *Política Universitaria, IEC/CONADU*, 5(5), 32-42.
- Navarro Tosar, R. (2022). *Canon sociológico histórico. Un producto cultural excluyente de las mujeres*. Conferencia dada en XXXIII Congreso Latinoamericano de Sociología. ALAS 2022. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fc4WEEzUs4Q> [Consulta 13 de mayo de 2024].
- OM. (2021). Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2022). *Informe Mapa de género de la justicia Argentina*. Disponible en <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html>
- Piccone, M. V. (2018). *Género y enseñanza del derecho. Abordaje crítico en el marco del proceso de acreditación de las carreras de abogacía*. Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica.

Derecho y seguridad ciudadana

- Binder, A. M. (2008). El control de la criminalidad en una sociedad democrática. En *Seguridad y Ciudadanía*. Buenos Aires: Edhasa.
- Durkheim, E. (2003) *Las reglas del método sociológico*. Buenos Aires: Gorla.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón, teoría del garantismo judicial*. Madrid: Trotá.
- Freire, P. (1993). *Pedagogía de la esperanza: un reencuentro con la pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (1994). *Informe sobre Desarrollo Humano*. Nueva York: Fondo de Cultura Económica. Disponible en <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1994escompleteonostats.pdf>
- Ranguni, V. y Russo, D. (2010). El campo de la seguridad. Conceptos y definiciones. En *La seguridad ciudadana. Cuadernos de Seguridad*. Buenos Aires: Secretaría de Seguridad Interior.
- Saín, M. (2002). *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Sirimarco, M. (2001). El disciplinamiento de los cuerpos. Cuando el castigo construye sujetos. En *Cuadernos de antropología social*, (14).
- Sirimarco, M. (2017). *El “vigilante de la esquina”: el rol de la nostalgia en la construcción de relatos policiales argentinos*. En *Antropología Portuguesa*, 34, 31-50.
- Zaffaroni, E. (2018). ¿Estado gendarme o Estado fraterno? En *Derechos en acción*, 7 (7), 335-347.

Derecho y política criminal

- Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Tratado de Derecho Penal*. Depalma.
- Alagia, A. y Slokar, A. (2011). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Fondo de Cultura Económica.
- Binder, A. M. (2007). La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición. En *Congreso Federal de Justicia Penal. Anais*.
- Binder, A. M. (2011). *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*.

- Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal, tomo II, Dimensión político criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Christie, N. (2008). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Vol. 5. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional*. En *Crítica penal y poder*, 11.
- Lanusse Noguera, M. y Paschkes Ronis, M. (2023). Sobre el derecho y la violencia. Esa (escurridiza) pareja de amantes que no se deja pensar. En *Minerva*, 2(5), 44–55. Disponible en: <http://ojs.editorialiupfa.com/index.php/minerva/article/view/29>
- Maier, J. (1993). *El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición*. En *Revista de Derecho Penal*.
- Messuti, A. (2008). *La justicia deconstruida*. Barcelona: Bellaterra.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma.

Parte IV. Reflexiones epistemológicas y hermenéuticas

Derecho y republicanismismo penal

- Bettioli, G. (1965). *Derecho penal: Parte general*. Bogotá: Temis.
- Binder, A. M. (2013). *Derecho procesal penal. Tomo I. Hermeneútica del proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal. Tomo II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Braithwaite, J. y Petit, P. (2015). *No solo su merecido, por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazabal Malaree, H. (2006). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Trotta.
- Castoriadis, C. (2003). *La institución imaginaria de la sociedad*. Tusquets.
- Christie, N. (2001). *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica.
- Cover, R. (2002). *Derecho, Narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Yale Law School, UP, Gedisa.

- Delgado, F. y Lanusse Noguera, M. (2013). *Alusiones en torno a la irracionalidad de la administración de justicia. Entre la suspensión de la reflexión y una sensibilidad anestesiada*. Disponible en: <http://www.infojus.gov.ar>, Id SAIJ: DACF130335
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo, por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Duff, A., Green, S. P., Beade, G. A., Ferreccio, R. L. y de Urbina Gimeno, Í. O. (Eds.). (2020). *Fundamentos filosóficos del derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- Fernández, G. (1995). Bien jurídico y principio de culpabilidad. En J. Maier y A. Binder (Eds.), *El Derecho Penal Hoy, homenaje a David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Fernández, G. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito, un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo: BdeF.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fletcher, G. (2008). *Gramática del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo, por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores
- Goya, F. (1799). *El sueño de la razón produce monstruos [Aguafuerte y aguatinta]*. Museo del Prado, Madrid.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Lanusse Noguera, M. y Paschkes Ronis, M. (2021). Sobre el derecho y la violencia. Esa (escurridiza) pareja de amantes que no se deja pensar. *Minerva*, 2(5), 44–55. Disponible en <http://ojs.editorialiupfa.com/index.php/minerva/article/view/29>
- Maier, J. (1993). *El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición*. En *Revista de Derecho Penal*, 2.
- Messuti, A. (2008). *La justicia deconstruida*. Barcelona: Bellaterra.
- Nino, C. S., & Zaffaroni, E. R. (2000). *Un debate sobre la pena: Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni*. Editorial Jurídica Continental.
- Silva Sánchez, J. M. (2015). *En busca del Derecho Penal, Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Montevideo: BdeF.
- Tonkonoff, S. (2019). *La oscuridad y los espejos, Ensayos sobre la cuestión criminal*. Buenos Aires: Pluriverso Ediciones.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2007). *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi.

Derecho y cambio social

- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Douzinas, C. (2008). El fin (al) de los derechos humanos. *En Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, 22, 6-34.
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *En Estudios constitucionales*, 6(1), 337-343.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Grüner, E. (1995). *Foucault: una política de la interpretación*. M. Foucault, Nietzsche, Freud, Marx. Buenos Aires: El Cielo por Asalto
- Iranzo, C. (2009). Pierre Rosanvallon. La democracia y sus condiciones. *Cuadernos del CENDES*, 26(71).
- Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil [1690]*. Madrid: Alianza.
- Puga, M. y Máximo, L. (2009). El regreso del búmeran. *En Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10(1).
- Sen, A. (2012). *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.

Derecho y naturaleza

- Casullo, N. (2009). *La modernidad como autorreflexión*. En N. Casullo, R. Forster, y A. Kaufman, *Itinerarios de la modernidad. Corrientes del pensamiento y tradiciones intelectuales desde la Ilustración hasta la posmodernidad*. Buenos Aires: Eudeba.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Registro Oficial No. 449*. Quito.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, Bolivia.
- De Sousa Santos, B. (2006). *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, B. (2018). *Construyendo las epistemologías del sur. Para un pensamiento alternativo de alternativas. Antología esencial. Vol. II*. Buenos Aires: CLACSO.
- García Linera, Á. (2018). *Las tensiones creativas de la revolución. La quinta fase del proceso de cambio*. Buenos Aires, Luxemburg.

- Heidegger, M. (1997). La pregunta por la técnica. En *Filosofía, ciencia y técnica*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Losada.
- Kant, I. (2011). *¿Qué es la ilustración?* Buenos Aires: Prometeo.
- Latour, B. (2007). *Nunca fuimos modernos. Ensayo de antropología simétrica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Latour, B. (2017). *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Locke, J. (2003). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Losada.
- Lovelock, J. (2007). *La venganza de la Tierra. Por qué la Tierra está rebelándose y cómo podemos salvar todavía a la humanidad*. Barcelona: Planeta.
- Marshall, T. H. y Bottomore, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- Paschkes Ronis, M. (2021). Modernidad, conocimiento y política. Un análisis comparado entre la opción de-colonial y la perspectiva “no moderna”. En *Revista Entramados y Perspectivas, Universidad de Buenos Aires*, 11(11), 260-283.
- Rancière, J. (2012). *El desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Serres, M. (1980). *Le parasite*. París: Grasset.
- Serres, M. (1991). *El contrato natural*. Valencia: Pretextos.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue.



Autoría

Darío Pedro **Almada**

Abogado del Instituto Universitario de la Policía Federal (IUPFA), con cursos de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se está especializando en Docencia Universitaria (IUPFA). Becario del curso de posgrado internacional *Ilegalidad, Regulación y Estado* de la Universidad de Saint Gallen, Suiza. Coordinador de la carrera de Abogacía del IUPFA, donde además es docente e investigador.

Gabriel Ignacio **Anitua**

Abogado y licenciado en Sociología (UBA), máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona (UB), con diploma de Estudios Avanzados en Derecho penal de la Universidad del País Vasco y doctor en Derecho. Profesor de *Derecho penal*

y *Política Criminal* y de *Derecho Penal y Criminología* (UBA) e investigador CONICET (UNPaz). Director del doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Defensor Público Oficial desde 2013 a 2022. Docente e investigador de la carrera de Derecho del IUPFA.

María Victoria **Campos**

Licenciada en Sociología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y magister en Derechos Humanos y Políticas Sociales de la Universidad de San Martín (UNSAM). Investigadora y autora de diversos artículos académicos. Integra equipo de investigación de un proyecto acreditado de la Secretaría de Investigación y Desarrollo del IUPFA.

Julieta Evangelina **Cano**

Abogada y socióloga de la Universidad de La Plata (UNLP), máster en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca, máster en Derecho de la Universidad de Palermo, máster en Investigación Aplicada en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía de la Universidad Jaume I, diplomada en Géneros, políticas y participación Universidad de General Sarmiento y doctora en Ciencias Sociales (UNLP). Profesora de sociología (UNLP), docente investigadora (IUPFA y UNLP) y asesora del Ministerio de Mujeres y Diversidad de la Provincia de Buenos Aires.

Romina Laura **Donaire**

Abogada del Instituto Universitario de la Policía Federal (IUPFA), becaria del curso de posgrado internacional *Ilegalidad, Regulación y Estado* de la Universidad de Saint Gallen, Suiza, con amplia experiencia en la Secretaría de Extensión Universitaria. Actualmente integra el equipo de la Dirección de Carreras Área Jurídica (IUPFA).

Verónica **Durand**

Licenciada en Sociología de la Universidad de Buenos Aires y maestranda en Criminología por la Universidad Nacional del Litoral, con más de 20 años de experiencia en gestión estatal vinculado a la seguridad y ejecución de la pena. Profesora de Seguridad Ciudadana y Abogacía (IUPFA).

Gaspar **Geraghty Fleming**

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), especialista en Derecho Penal (UBA), Secretario de una Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente en la Facultad de Derecho de la UBA, el IUPFA y en el Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP).

Yanina **Guthmann**

Doctora en Ciencias Sociales (UBA), profesora (IUPFA) y autora del libro *La creación de la "Escuela" de Criminología Crítica de Barcelona* (Tirant Lo Blanch). Investigadora Adjunta en CONICET en temas de epistemología y sociología del derecho, derechos humanos; acceso a la justicia; género y derecho.

Máximo Lanusse **Noguera**

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), con estudios superiores en filosofía (UBA) y posgrado en derecho Penal (UP). Becario del programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Palermo, con cursos de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Director de la carrera de Abogacía del IUPFA, donde además es docente e investigador. Funcionario del Ministerio Público Fiscal de la Nación, con 20 años de experiencia en la administración de justicia y la enseñanza e investigación jurídica (UBA, UP, IUPFA).

Matías Jorge Moreno

Abogado de la Universidad del Museo Social Argentino, especialista en Ministerio Público (UBA), con estudios de maestría en Derecho Penal (Universidad del Museo Social). Profesor y coordinador de práctica profesional de la carrera de Abogacía (IUPFA), con 21 años de trayectoria en el servicio de justicia argentino.

Agustina Oberti

Licenciada en Criminalística (IUPFA), especialista en Análisis del Lugar del Hecho (IUPFA) y estudiante del doctorado en Epistemología e Historia de la Ciencia (UNTREF). Perita de la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de Criminalística (IUPFA-UCASAL) y Abogacía (IUPFA).

Clara Olmos

Estudiante avanzada de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, joven investigadora con una estancia de estudios en la Universidad de Barcelona. Colabora en actividades académicas de la carrera de abogacía del IUPFA.

Matías Paschkes Ronis

Licenciado en Sociología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y doctor en Antropología Social (UNSAM). Docente universitario e investigador. Profesor de las carreras de Abogacía y Seguridad Ciudadana (IUPFA) y de la carrera de sociología (UBA). Además se desempeña en la Secretaría de Investigación y Desarrollo del IUPFA.

Silvana Sandra **Paz**

Abogada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y especialista en Estudios Avanzados en Justicia Juvenil Restaurativa de la Universidad de Ginebra, en Derecho Civil (UNLP), Derecho Penal de la Universidad Austral, y Mediación y Resolución de Conflictos de la Universidad de Belgrano. Diplomada en Derechos de Infancia y Litigio Estratégico del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) OEA. Docente universitaria (IUPFA, UNLP)

Silvina Marcela **Paz**

Abogada (UNLP), especialista en Penal de la Universidad Austral; en Mediación y Resolución de Conflictos de la Universidad de Belgrano y en Derecho Procesal de la Universidad Notarial Argentina, Mediadora de la Universidad de Barcelona. Docente universitaria (IUPFA, UNLP) y experta en justicia restaurativa de la Suprema Corte de justicia de la provincia de Buenos Aires. Dirige el Centro de Justicia Restaurativa CEJUR en el INECIP, la Fundación Acción Restaurativa Argentina FARA y la Unidad de Atención en Conflictos Juveniles (UNLP)

Thomas Enrique **Polak**

Abogado de la Universidad Católica Argentina y magíster en Derecho Penal en la Universidad Torcuato Di Tella. Funcionario en el juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en Poder Judicial de la Nación y docente en el IUPFA desde el año 2018.

Mariela **Puga**

Abogada de la Universidad Nacional de Córdoba, máster en Derecho de la Universidad de Palermo, máster en Derecho (LLM) de *Columbia School of Law* y doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Adjunta de CONICET. Ha sido docente invitada en la carrera de derecho del IUPFA en el marco de un seminario electivo *Litigio estructural*.

María Daniela **Rezzonico**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA), especialista en Derecho Penal de la UBA, Secretaria de un Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de Derecho (UBA, IUPFA y en el Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP)).

Pablo Andrés **Vacani**

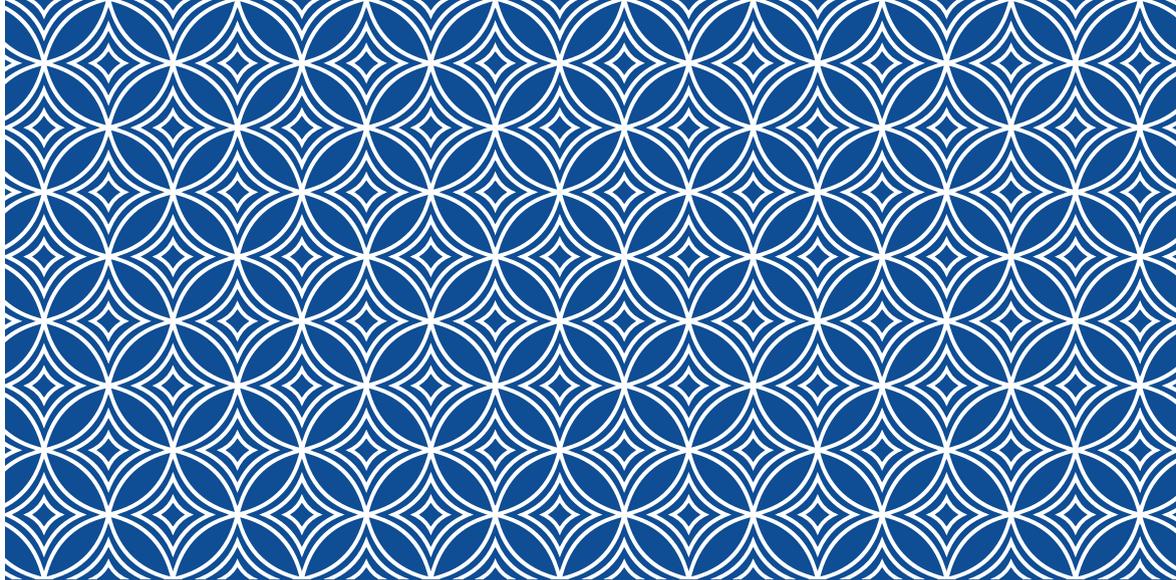
Doctor y Posdoctorado en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Defensor Público Federal. Profesor e investigador de los talleres *Ejecución penal* (IUPFA), *Cuestión penitenciaria y cárceles* (UBA) y *Penología* (UCASal). Autor de varios libros y artículos académicos dentro de su especialidad.

Gonzalo Ezequiel Demián **Viña**

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), máster en Derecho (LLM) de la Universidad de San Diego. Juez de Cámara en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente e investigador (IUPFA y UBA), ha codirigido proyectos de investigación de la Secretaría de Investigación del IUPFA, y ha sido encargado del módulo de litigación penal de *Práctica profesional V*.

Alejandra **Zarza**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y maestranda en Antropología Social (UBA), investigadora y docente en las carreras de Abogacía (UBA e IUPFA) y de la maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Quilmes. Autora de diversos artículos sobre el sistema penal.



Intersecciones del derecho, un giro reflexivo en la enseñanza es una obra colectiva de docentes, investigadores e investigadoras del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina (IUPFA), que explora el perfil específico de la carrera de Abogacía dentro del contexto institucional singular en el que se inscribe.

Habitar las *intersecciones del derecho* promete situarnos en una serie de diálogos que creíamos perdidos, la riqueza de los encuentros que se producen en las aulas de la institución y en cada uno de los proyectos que se generan, sintetizan una concepción de la enseñanza del derecho en su convergencia con otras disciplinas, una *intersección de intersecciones*. Es así, no solo por las características del campo jurídico en general, sino sobre todo por el cruce de agentes y saberes que imbrican a la administración de justicia, las fuerzas de seguridad, las ciencias forenses, la construcción de políticas públicas y, en definitiva, campos de estudio que usualmente se fragmentan, pero que en la práctica se ensamblan y proyectan hacia un horizonte común.

En el IUPFA, una cantidad de conocimientos, competencias, habilidades y experiencias, que no siempre están completamente articuladas, se entrecruzan y enriquecen. Esto crea una oportunidad extraordinaria para reflexionar en torno a las prácticas que hacen al horizonte de la seguridad, en sentido amplio, afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad, a través del cuidado colectivo de aquello que como comunidad jurídica nos importa.

“Presentar un libro colectivo es siempre hablar de un caleidoscopio. Una figura que se arma y se desarma a golpes de sucesivas lecturas, donde quien comienza a leer no es la misma persona que finaliza el libro y que podría volver a comenzarlo. Se trata de presentar una aventura intelectual, en el sentido más profundo de tomar el riesgo, explorar, abrir caminos, descubrir paisajes a cada vuelta de camino. La primera lectura apela a la enseñanza del derecho como hilo conductor, como intersección, que podría significar punto de encuentro, pero creo que es más preciso decir *aquello que nos convoca, que nos da razón para decir*”.

Alberto M. Binder



Editorial IUPFA
Rectorado