

Derecho y Control (1)

Bruno Rusca

Editor

Juan F. Iosa y Hernán G. Bouvier

Directores

 Ferreyra
Editor

Derecho y Control (1)

Derecho y control 1 / Juan F. Losa ... [et al.] ; dirigido por Juan F. Losa ; Hernán G. Bouvier ; editado por Bruno Rusca. - 1a ed. - Córdoba : Ferreyra Editor, 2016.
268 p. ; 21 x 14 cm.

ISBN 978-987-1742-93-6

1. Derecho. I. Losa, Juan F. II. Losa, Juan F., dir. III. Bouvier, Hernán G. , dir. IV. Rusca, Bruno , ed.

CDD 340.1

Este libro fue realizado con el subsidio de SECyT-UNC
para investigación y publicación.

© De los autores, 2016



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

ISBN: 978-987-1742-93-6



Esta obra se encuentra disponible
En el Repositorio Digital Universitario
<https://rdu.unc.edu.ar>
Universidad Nacional de Córdoba

Impreso en Argentina
Printed in Argentina
Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Derecho y Control (1)

Bruno Rusca
Editor

Juan F. Iosa y Hernán G. Bouvier
Directores

 Ferreyra
Editor

Índice

Introducción	9
Discreción policial y perfiles delictivos. Algunos elementos preliminares	11
<i>Por</i> Federico José Arena	
Diálogos: Constitucionalismo y control. Un análisis desde el diseño democrático	33
<i>Por</i> Sofía Lourdes Bonel Tozzi	
Policía, control y democracia. Una cartografía a explorar	57
<i>Por</i> Hernán Bouvier	
Las medidas de seguridad curativas de la ley de estupeficientes: un problema de justificación	81
<i>Por</i> Daniela M. Domeniconi	
<i>Córdoba sin ellas</i> : una crítica feminista a las políticas públicas de la Provincia	103
<i>Por</i> Samanta Funes	
Coactividad, voluntariedad y resocialización. Un análisis de la adhesión al tratamiento penitenciario y una propuesta en el marco del paternalismo libertario	121
<i>Por</i> Belén Gulli	
Seguridad y transición democrática en Córdoba: crisis políticas y consolidación de la seguridad como problema público (1982-1999)	145
<i>Por</i> Paul Hathazy	

Democracia y Jurisdicción. Sobre la construcción de un poder judicial para una sociedad de iguales.....	169
<i>Por</i> Juan Iosa	
Algunas reflexiones en torno a la educación en las cárceles: complejidades y barreras.....	191
<i>Por</i> Valentina Risso	
Cohecho, imparcialidad y justicia procesal	215
<i>Por</i> Bruno Rusca	
El tratamiento del Habeas Corpus Preventivo en la ciudad de Córdoba, ¿una garantía que (des)protege la libertad ambulatoria? ...	237
<i>Por</i> Magalí Vereda	
Labor realizada.....	261

Introducción

Se reúnen en el presente libro diversos textos producto del trabajo en un grupo de investigación. El trabajo grupal giró en torno al análisis de las ideas de derecho y su relación con el control individual o social. Se abordaron lecturas con enfoques conceptuales, sociológicos y normativos. El proyecto duró dos años, con una agenda de lecturas para el primer año y de escritura y discusión para el segundo. Puede consultarse la agenda de textos trabajados grupalmente al final de este volumen. Cada participante tuvo la posibilidad de elegir una línea de trabajo, propuso textos en consecuencia y produjo los trabajos que aquí siguen. Los textos cuentan con su propio resumen lo que torna superflua la presentación puntual de la temática de cada uno. Cabe sí destacar algunos aspectos que aparecen sumergidos en estos textos y grupos de trabajo.

Nos hemos enriquecido con los numerosos diálogos conjuntos para ver hacia dónde íbamos o reconocer que no lo sabíamos. Pero además ha sido importante recibir a algunos profesores, a veces invitados por el grupo de trabajo, a veces invitados por otros grupos que generosamente disuelven fronteras. Hemos podido dialogar así con José Angel Brandáriz García, Leticia Barrera, Mary Fran T. Malone, Moisés Vaca y Julio Montero, entre otros. En noviembre de 2015 pudimos a su vez juntarnos con grupos que trabajan temas relacionados desde otras perspectivas e intercambiar ideas.

Esta experiencia ha sido posible gracias al entorno de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC) y el subsidio de la Universidad Nacional para grupos de investigación (Proyecto: 30720130101051CB) y publicación. Sin semejante esfuerzo público en contextos de libertad, este trabajo no habría sido posible.

Juan F. Iosa y Hernán G. Bouvier (Directores)
Bruno Rusca (Editor e investigador)

Discreción policial y perfiles delictivos

Algunos elementos preliminares

por Federico José Arena*

Resumen

En este trabajo introduzco un conjunto de problemas vinculados con el uso de perfiles delictivos para limitar la discreción policial en el ámbito de control/demora/detención de personas en la vía pública. En el contexto de la Provincia de Córdoba este ámbito de decisión ha sido puesto bajo la lupa del escrutinio público e institucional en virtud de varios hechos ocurridos en los últimos años. Propongo que un abordaje de esta discusión debe, desde mi punto de vista, explorar tres cuestiones. Una conceptual, destinada a desambiguar la noción de discreción y a precisar la noción de perfil delictivo, en qué consisten y cómo funcionan. Una cuestión empírica o de implementación relativa al uso de perfiles en casos concretos y la construcción de estadísticas que apoyen esos perfiles. Una cuestión normativa, i.e. acerca de qué tipo de decisiones permiten justificar los perfiles delictivos. Aquí me limito a las dos primeras.

Palabras clave: perfiles delictivos, discreción policial, estadísticas, generalizaciones.

Abstract

In this work I introduce a set of issues regarding criminal profiles usage in order to limit police discretion in the sphere of decision about control/detainment/arrest in public space. In the context of the Provincia de Córdoba this sphere has been

* Conicet – U.N.C. Córdoba, Argentina. fjarena@conicet.gov.ar

put under public and institutional scrutiny in virtue of several events that have taken place in recent years. I propose that an approach to this issue should, to my mind, explore three different questions. First, a conceptual question regarding the notion of discretion and the notion of criminal profile. Second, an empirical question regarding implementation, i.e., how criminal profiles should be used in concrete cases and how statistics supporting those profiles should be construed. Third, a normative question about which kind of actions (or institutional reaction) may be justified on the basis of a criminal profile. I focus here on the first two.

Key words: criminal profiles, police discretion, statistics, generalizations.

1. Introducción

El accionar de la fuerza policial ha sido, en los últimos años, uno de los temas de debate público más importantes en Córdoba. Varios sucesos recientes provocaron que la atención pública se concentrara sobre ella. La huelga policial de fines de 2013, el desinflado proceso destinado a determinar las supuestas relaciones entre policía y narcotráfico, la condena a un policía por estadísticas falseadas, la intervención judicial respecto de las *razzias* policiales¹, fueron algunos de los hechos que pusieron a la fuerza policial en el centro del debate público.

En este trabajo quisiera señalar algunas líneas de investigación que, desde mi punto de vista, permiten abordar algunos de los problemas que estos hechos han puesto bajo la luz. Si bien los puntos que señalaré aquí no agotan ciertamente el conjunto de dificultades involucradas, sí me parece que permiten identificar algunos de los puntos teórico-jurídicos que cualquier abordaje debería tener en cuenta.

¹ Estos hechos son de público conocimiento y cualquier búsqueda rápida en internet ofrecerá numerosos resultados de artículos periodísticos relacionados. En la mayoría de los casos la respuesta judicial se manifestó en procesos penales. Aquí me concentraré sobre todo en los dos últimos casos.

Gran parte de la controversia gira, desde mi punto de vista, en torno al ejercicio de la autoridad policial, es decir, acerca de cómo los funcionarios policiales ejercen los poderes que el ordenamiento jurídico (la constitución, las leyes, los reglamentos²) les concede. En especial, tal como lo establecieron distintas decisiones judiciales³, estos hechos reflejan casos en los que funcionarios policiales abusaron de esos poderes. La cuestión acerca de cómo fijar los límites de la autoridad policial y, por lo tanto, acerca de cómo determinar los casos de abusos está directamente vinculada con la discusión sobre la discreción policial. En particular, me concentraré aquí en la discreción policial respecto de decisiones sobre control/demora/detención de personas en la vía pública⁴. En este trabajo propondré sólo un análisis preliminar, con la intención de señalar líneas de investigación. En particular me interesa discutir si es posible establecer límites a algunas decisiones de la autoridad policial mediante el uso de perfiles delictivos, algo que se vincula estrechamente con los casos relativos al uso abusivo de estadísticas y las *razzias* policiales⁵.

Al respecto hay, al menos, tres cuestiones vinculadas. Una conceptual, destinada, primero, a desambiguar la noción de discreción y,

² De ahora en más, para evitar repeticiones, usaré «ordenamiento jurídico» para referirme al conjunto de normas que surgen de todos esos documentos normativos.

³ Me refiero, en primer lugar, a la Sentencia no 12 Tomo 2 del diecinueve de noviembre de dos mil quince mediante la cual la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación, Secretaría N° 11 condenó al comisario Márquez por abuso de autoridad continuado en el caso relacionado con las estadísticas falsas. Y, en segundo lugar, al Auto interlocutorio N° doscientos dos, del veinte de Mayo de dos mil quince, dictado por el Juez de Control de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba en el proceso «HABEAS CORPUS presentado por el Dr. Hugo Omar SELEME a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros» relativo a las *razzias* policiales.

⁴ A falta de un término único que permita aglutinar control/demora/detención, utilizaré esta fórmula para no prejuzgar desde el inicio el tipo de acción que está justificado realizar en cada caso.

⁵ Éste es también uno de los puntos que señalan Magdalena Brocca, Susana Morales, Valeria Plaza y Lucas Crisafulli en Brocca, M. et al., «Policía, seguridad y Código de Faltas», en Bonafé, L., Brocca, M. et al. (eds.), *Mirar tras los muros. Situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en Córdoba. Informe 2013*, Córdoba, UNC y UNRío IV, 2014, pág. 439 y 450-451.

segundo, a precisar la noción de perfil delictivo, en qué consisten y cómo funcionan. La segunda, una cuestión más empírica o de implementación, es decir, aun si se acepta que los perfiles delictivos pueden funcionar como límites a la discreción policial, i.e. como reguladores del ejercicio de la autoridad policial, es necesario indagar qué riesgos tiene su utilización en la práctica y bajo qué condiciones pueden ser contruidos. Tercero, una cuestión normativa, acerca de qué tipo de decisiones está justificado tomar sobre la base de perfiles delictivos. Es decir, sobre la base de un perfil delictivo está justificado sólo detener a una persona, requisarla, privarla de la libertad, imponerle una pena. ¿Cuál de todas ellas? En este trabajo me limitaré a las dos primeras cuestiones. Dicho con otras palabras, me interesa plantear, más allá de la urgencia de los hechos recientes, los problemas que surgen cuando no preguntamos acerca de qué implica usar perfiles por parte de la policía, qué relación tiene ello con la discreción policial y, por último, qué inconvenientes pueden generarse en casos particulares al decidir sobre la base de perfiles.

2. Persiguiendo la discreción policial

Las sociedades contemporáneas, dada su complejidad, se organizan de modo tal que ciertas decisiones están en manos de personas a las que se ha dotado previamente de autoridad para decidir. Ello pone el problema de cómo regular la concesión y el ejercicio de esa autoridad. Dentro de los hechos relativos a la actividad policial referidos más arriba, se encuentran dos que, además de haber sido abordados judicialmente, involucraron una clara referencia a los límites del ejercicio de la autoridad policial respecto de la función de «prevención de las contravenciones y [...] disuasión, prevención y conjuración temprana del delito»⁶. Una de las funciones de la policía, según la legislación vigente, es prevenir contravenciones y delitos. Prevenir implica intervenir antes de la consumación, por lo que inevitablemente para llevar a cabo esta función es necesario tomar decisiones acerca de cuándo esta-

⁶ Ley 9235, art. 22, de la Provincia de Córdoba.

mos frente a la posibilidad de una contravención o delito. El punto en discusión es entonces de qué modo es posible regular y limitar las decisiones de funcionarios policiales relativas a ese ámbito de autoridad concedido por el ordenamiento jurídico.

Un modo de responder a esta pregunta es mediante normas generales que determinan bajo qué condiciones el funcionario policial está autorizado a actuar. De este modo, se sostiene, puede evitarse que tomen decisiones arbitrarias, reduciendo o eliminando su discreción. Sin embargo, las normas generales no pueden prever todos los casos relevantes y, por lo tanto, tampoco es posible decidir mediante normas generales qué hacer en esos casos. Lo que implica que existirán ciertas situaciones en las que el funcionario policial está llamado a actuar pero respecto de los cuales las normas que establecen las condiciones de la decisión no le ofrecen guía alguna. En estos casos, se sostiene, la discreción no sólo es inevitable, sino también valiosa ya que, dejando en manos del funcionario policial la identificación de las situaciones relevantes, es posible ajustar la decisión al caso presente. Para entender lo que está en juego entre quienes sostienen, por un lado, que la discreción policial tiene que ser eliminada y/o reducida y quienes, por otro lado, afirman que la discreción es inevitable y/o valiosa, es indispensable primero analizar la idea de discreción misma. Ello en cuanto a veces parte del problema es que con ese término nos referimos a fenómenos diferentes. Según Caracciolo, «un agente decide discrecionalmente entre alternativas excluyentes de acción cuando puede elegir actuar de acuerdo a sus propios criterios de evaluación»⁷. Pero esta es una noción demasiado general de discreción que necesita mayores precisiones para poder extenderla al contexto de la decisión policial. Así, siguiendo a Caracciolo, es posible identificar diferentes sentidos en que una decisión puede ser discrecional:

⁷ Caracciolo, R., «Discreción, respuesta correcta y función judicial», en Caracciolo, R., *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 2009, pág. 251-260. En este trabajo Caracciolo está interesado en la discreción judicial. De todos modos, su análisis del concepto de discreción puede ser extendido al tema que nos ocupa aquí.

- 1 Discreción empírica: cualquier funcionario policial puede aplicar o no aplicar las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Es decir, todo policía tiene la posibilidad empírica de transgredir las normas jurídicas existentes.
- 2 Discreción fuerte: la situación en la que el ordenamiento jurídico no provee ninguna respuesta al caso que debe ser decidido y por lo tanto no hay ninguna decisión jurídica correcta que respetar⁸.
- 3 Discreción reglada: es la situación en la que el ordenamiento jurídico otorga al funcionario policial la facultad para elegir un curso de acción dentro de un conjunto limitado de cursos de acción alternativos.
- 4 Discreción conferida: es la situación en la que el ordenamiento jurídico delega en los funcionarios policiales qué contenido dar a la decisión caso por caso.
- 5 Discreción débil: la situación en la que la decisión no puede ser tomada de manera mecánica, sino que el funcionario policial debe llevar a cabo un razonamiento más complejo para identificar la decisión que el ordenamiento jurídico le exige⁹.

Esta distinción entre diferentes sentidos de discreción permite comenzar a desandar la cuestión que nos interesa aquí. En primer lugar, permite advertir que respecto de lo que llamamos discreción es necesario distinguir dos aspectos diferentes. Por un lado, la cuestión empírica referida a la posibilidad misma de transgredir los límites normativos¹⁰. Esto está recogido por el primer sentido de discreción. Desde este punto de vista toda acción de un funcionario policial es discre-

⁸ Estos son los casos a los que me refería más arriba respecto de la inevitable indeterminación de las reglas generales. Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], pág. 155-191.

⁹ Para otras distinciones entre diferentes formas de discreción véase Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984 [1978] y Fletcher, G.P., «Some Unwise Reflections about Discretion», *Law and Contemporary Problems*, 47, 1984, pág. 269-286.

¹⁰ De hecho, esta posibilidad de transgresión es imprescindible para que la existencia de normas tenga sentido.

cional, en cuanto la noción misma de acción implica la posibilidad de elección. Esto exige reflexionar acerca de los métodos de control para evitar que tales límites sean violados (por ejemplo, amenazando con una sanción para quien los transgreda o estableciendo incentivos para no hacerlo, entre otros).

Mientras que, por otro lado, los restantes sentidos de discreción se refieren a los distintos tipos de límites normativos. Es decir, se refieren a los modos en que las normas pueden definir, dentro del conjunto de acciones que un funcionario policial puede empíricamente realizar, cuáles están autorizadas por el derecho. Así, algunas acciones de los agentes policiales serán no discrecionales. Es decir, sólo respecto de discreción en alguno de estos sentidos normativos hay lugar para hablar de ausencia de discreción. Esto exige fijar criterios que determinen bajo qué condiciones el accionar de una autoridad policial (o cualquier autoridad) implica un abuso (i.e. una transgresión a los límites para su ejercicio). En lo que sigue usaré el término control para referirme a los modos en que la discreción empírica puede ser abordada y el término limitación para referirme a los modos en que la discreción normativa puede ser reducida. Así, mientras la discreción empírica no puede ser limitada, sino sólo controlada; la discreción en los otros sentidos puede ser limitada mediante normas.

Los sentidos normativos de discreción (2 a 5), además, se insertan dentro del ámbito de ejercicio de la autoridad. Así, aquí nos interesa la discreción policial en el ámbito de las decisiones relativas a control/demora/detención en la vía pública. Esto es importante, ya que una primera respuesta radical a los casos de abusos sería eliminar ese ámbito de decisión. Es decir, quitar a los funcionarios policiales la facultad de decidir sobre control/demora/detención. Una solución de este tipo enfrenta a quien la proponga a dos cuestiones ulteriores. Por un lado, si quitar ese ámbito a la policía implica o no abandonar los fines para los cuales ese tipo de decisión estaba previsto y, en su caso, ofrecer una justificación para ello. Por otro lado, si se pretende conservar la finalidad, entonces se deberá resolver quiénes serán los reemplazantes de los funcionarios policiales en esa tarea. Esta última opción nos dejará nuevamente frente a la pregunta por la discreción. De todos modos, aquí me detendré en las restantes opciones, i.e., en las opciones

que asumen que ese ámbito de decisión queda en manos de funcionarios policiales.

Una pregunta central se refiere entonces al tipo de discreción normativa que se desea evitar y/o conceder a los funcionarios policiales para tomar decisiones acerca de control/demora/detención en la vía pública. Los distintos sentidos de discreción imponen resolver dentro del rango que va desde dejar la decisión completamente en manos de los funcionarios policiales en cada caso particular (discreción en sentido fuerte) o fijar de antemano de manera irrevisable las condiciones de la decisión (ausencia de discreción). Para avanzar en esta discusión puede ser útil recordar una estructura de análisis de las decisiones basadas en normas bastante conocida. En general, las acciones de una autoridad están justificadas cuando persiguen una finalidad valiosa. Ya sea que se trate de la creación de una norma general o de una decisión individual, la acción de la autoridad está justificada si, y sólo si, esa acción permite realizar un valor u objetivo valioso. Un modo de presentar de manera estructurada esta relación entre fines y acciones es introduciendo una distinción entre tres niveles: el nivel del valor o meta, el nivel de la generalización y el nivel de la norma propiamente dicha¹¹. Un ejemplo simple puede servir para ilustrar la distinción:

(i) Justificación: es valioso proteger el sistema digestivo por lo que para un celíaco es valioso no ingerir gluten.

(ii) Generalización: la propiedad de no poseer el rótulo ‘apto para celíacos’ hace más probable que se presente la propiedad de contener gluten.

O bien (iiia) Norma general: si alimentos sin el rótulo ‘apto para celíacos’ entonces prohibido ingerir en caso de ser celíaco¹².

O bien (iiib) Decisión individual: dado que se trata de alimento sin el rótulo ‘apto para celíacos’ entonces no ingerir.

¹¹ Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 86.

¹² Algo parecido sucede cuando, bajo la generalización que sólo a partir de cierta edad se adquiere la capacidad y la madurez para tomar decisiones políticas, se establece esa edad como requisito para votar.

Así, tanto la norma general como la decisión individual están justificadas cuando seleccionan como propiedades relevantes aquellas que están adecuadamente conectadas con la finalidad, valor o meta. Desde la perspectiva aquí presentada, esa conexión se verifica cuando la propiedad relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica X (ausencia de rótulo «apto para celíacos») está relacionada con otra característica Y (contiene gluten). Esta última característica, cuando está presente, permite satisfacer un fin que se considera valioso. Así, la generalización permite vincular la propiedad relevante con la característica presente en la justificación.

Como adelanté, la finalidad que se considera valiosa respecto de las decisiones sobre control/demora/detención en la vía pública es la de disuasión, conjuración y prevención de contravenciones y delitos. Conseguir esta finalidad exige identificar indicadores de la posibilidad de una contravención o delito. Esta reconstrucción implica dejar atrás un modelo de discreción fuerte, donde la decisión no está asociada a ninguna exigencia de adecuación. En cambio, los demás modelos se basan en alguna determinación por parte del ordenamiento jurídico relativa a la adecuación de tales indicadores. Así, en un modelo de discreción conferida, si bien se deja en manos del funcionario policial la identificación de los indicadores (o propiedades relevantes), se exige que la decisión que tome al respecto respete la exigencia de adecuación. En estos casos el funcionario policial debe ser capaz de mostrar por qué el indicador elegido justifica la decisión a la luz de la finalidad perseguida. En cambio, en un modelo de discreción reglada, el ordenamiento jurídico determina de antemano cuáles son las propiedades que se consideran adecuadamente conectadas con la finalidad y deja en manos del funcionario policial solamente la determinación de cómo conjugarlas en el caso concreto. Por último el modelo de la discreción débil posee, desde mi punto de vista, elementos de estos últimos dos. Ya que por un lado el ordenamiento jurídico fija las condiciones de la decisión (acercándose al modelo de la discreción reglada), pero deja en manos del funcionario policial la determinación del exacto contenido de esas condiciones (discreción conferida).

La cuestión puede entonces ser reconducida a la opción entre un modelo de discreción conferida, un modelo de discreción reglada y un

modelo de ausencia de discreción. Los perfiles delictivos se insertan en esta discusión ya que son un modo para instaurar un modelo de discreción reglada o de ausencia de discreción. En la próxima sección presentaré los perfiles delictivos para luego analizar su incidencia respecto de la discreción policial.

3. Un modelo de perfiles delictivos

Los perfiles delictivos son parte de los instrumentos a los que un modelo de discreción reglada o ausencia de discreción podrían apelar. La importancia de los perfiles delictivos está en su capacidad de conectar adecuadamente un determinado rasgo o característica (indicador) con la justificación o finalidad perseguida.

Suelen distinguirse dos tipos de perfiles: perfiles de persecución y perfiles de prevención. Los perfiles de persecución están destinados a identificar la persona autora de un delito ya cometido¹³. Es por ello que su uso se limita al momento de investigación posterior a la comisión del delito. Si bien tienen componentes similares los perfiles de prevención, no me ocuparé aquí de ellos.

Los perfiles de prevención, en cambio, están destinados a identificar el riesgo de la comisión de un delito mediante la identificación de posibles autores o de posibles circunstancias propicias para la comisión del delito. En otras palabras, los perfiles de prevención (de ahora en más simplemente «perfiles») se componen de una serie de elementos o indicadores de riesgo de comisión de un delito, que incluye tanto características de personas como métodos de operación o accionar¹⁴. Luis Centeno distingue entre perfiles de indicador único y de indicador múltiple. Los perfiles con indicador único suelen ser más raros ya que suelen estar contruidos para situaciones específicas. Dentro de los indicadores que forman parte de un perfil múltiple pueden distinguirse, a su vez, entre indicadores dominantes y complementarios. Los indica-

¹³ Este tipo de perfiles también se usa para identificar posibles víctimas.

¹⁴ Véase Centeno, L.F., *Manual de perfiles*, San José de Costa Rica, C.R.: OIM, 2011, pág. 71.

dores dominantes son aquellos cuya verificación es indispensable para la activación del perfil, mientras que «los indicadores complementarios se verifican luego de constatar que los dominantes se han cumplido»¹⁵. Asimismo, se distingue entre indicadores personales y de modo de operación. Los primeros se refieren a características de personas, mientras que los segundos a formas de comportamiento y ocasiones de ejecución¹⁶.

Este mismo autor proporciona un ejemplo relativo a la trata de personas, donde «la información de inteligencia obtenida por la policía a nivel local o internacional, puede determinar que los tratantes están reclutando y trayendo al país mujeres en el rango de edad de los 18 a los 24 años, de una nacionalidad determinada, y que les están suministrando una cantidad determinada de dinero en dólares para su ingreso, junto con pasaportes alterados de su misma nacionalidad. Esta información en manos de oficiales migratorios en puntos de ingreso y salida puede facilitar la localización de las víctimas y, en consecuencia, de los tratantes que lleguen a esperarlas al aeropuerto, frontera terrestre o puerto, o que viajen con ellas. De igual forma, la identificación de posibles lugares de explotación, ya sea en trata sexual, laboral, venta de personas menores de edad, u otra, proporciona puntos de partida para la posible identificación de víctimas con el uso de indicadores específicos»¹⁷.

Los perfiles no son exclusivos, claro, del ámbito penal o contravencional. Conjuntos de indicadores son usados también por ejemplo para identificar posibles evasores de impuestos como también para seleccionar candidatos a un determinado puesto de trabajo. Por ejemplo, las agencias de recaudación fiscal suelen exigir a los contribuyentes que presenten anualmente una declaración de ingresos. En virtud del gran número de declaraciones que se presentan sería imposible auditar todas ellas en detalle. Para seleccionar cuál de ellas serán sujetas a un escrutinio más detallado, las agencias elaboran perfiles de contribuyentes con más riesgo de evasión. En el caso de la agencia recaudatoria de Estados

¹⁵ Véase Centeno, «Ibíd», pág. 73 y ss.

¹⁶ Véase Centeno, «Ibíd», pág. 74.

¹⁷ «Ibíd», pág. 72.

Unidos (*Internal Revenue Service*) se usan, por ejemplo, indicadores tales como: tipo de profesión (mozo, abogado, etc.), lugar de residencia (San Francisco, Los Ángeles), número elevado de empleados, solicitud de deducción de gastos domiciliarios, entre otros¹⁸.

Los indicadores sobre los que se construye el perfil son entonces rasgos, características o propiedades que se consideran asociadas con el fenómeno que se busca identificar, ya sean posibles evasores, buenos empleados o potenciales autores de un delito. Dicho de manera más general, un perfil A es un conjunto de indicadores (x, y, z) asociados a un fenómeno B que se pretende individualizar. Ahora bien, estas asociaciones no son universales, sino meras generalizaciones. Es decir, y más allá de los términos usados, no se sostiene que en *todos* los casos en los que el o los indicador/es esté/n presente/s se verifica también el fenómeno que se busca identificar. Un perfil está constituido por un conjunto de generalizaciones, lo que quiere decir que el indicador (y, en consecuencia, el perfil) es correcto cuando posee base estadística. Ello quiere decir que el hecho de que se verifique el perfil A hace más probable que se verifique también el fenómeno B. En consecuencia, existirán casos en que el perfil A se verifica, pero no se verifica el fenómeno B, como también casos en los que el fenómeno B se verifica pero el perfil A no. Invertiré algunos párrafos más acerca de este punto.

Los perfiles delictivos son conjuntos de generalizaciones entrecruzadas que permiten identificar, cuando tienen base estadística, posibles casos de peligro de delito o contravención. Como adelanté, una generalización no es una afirmación universal. Ello quiere decir que el perfil, y los indicadores que lo conforman, poseen base estadística aun cuando existan casos de los que el perfil no dé cuenta. Dicho con otras palabras, el hecho que existan casos que no se ajustan al perfil no implica necesariamente que éste sea incorrecto. En este sentido, los perfiles se caracterizan por el hecho que, aun cuando sean correctos, provocarán casos de sobre y subinclusión.

¹⁸ Véase Schauer para una presentación de los aspectos más relevantes de los perfiles impositivos en Estados Unidos. Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, pág. 160-167.

Por ejemplo, el indicador según el cual mujeres inmigrantes entre 18 y 24 años son víctimas de trata no implica que *todas* las mujeres que se encuentren en ese rango de edad lo sean. Es decir, existirán mujeres en ese rango de edad que no son víctimas (sobreinclusión) y mujeres fuera de ese rango de edad que sí son víctimas (subinclusión). Casos de sobre y subinclusión son efectos inevitables del uso de generalizaciones. Precisamente para reducir estos efectos los perfiles suelen contener múltiples indicadores. Así, si al indicador de edad se agrega el indicador de país de procedencia, cruzando ambos indicadores en el perfil, los casos de sobre y subinclusión tenderán a disminuir. De todos modos, en cuanto los perfiles están compuestos por generalizaciones, será inevitable que se produzcan esos tipos de casos sin importar cuántos indicadores se agreguen.

El perfil estará bien construido cuando los indicadores usados cuenten con base estadística. Esto introduce el problema relativo a la identificación de los indicadores y la elaboración de las estadísticas. El problema se presenta precisamente porque son las mismas agencias de seguridad quienes recolectan y almacenan la información respecto de las contravenciones y los delitos. Los perfiles son luego construidos por analistas que se apoyan en esa información proporcionada por policías y funcionarios de otras instituciones vinculadas con la seguridad. Ello incluye variadas fuentes de información como «entrevistas con víctimas, testigos, informantes, [...], medios escritos, audiovisuales y electrónicos, expedientes administrativos y judiciales, información de entidades en otro país, entre otras»¹⁹. La construcción de perfiles depende entonces del buen funcionamiento de estas dos etapas. Es por ello que todo abordaje relativo al uso de perfiles deberá trabajar sobre las deficiencias del sistema de procesamiento de datos sobre seguridad existente en Córdoba²⁰.

¹⁹ Centeno, L.F., «*op. cit.*», pág. 72

²⁰ Véase Brocca, M. et al., «*op. cit.*», pág. 427: «no existen estadísticas sistemáticas y confiables, ya que los datos oficiales construidos y a los que es posible tener acceso, son fragmentarios, construidos en cada dependencia policial y no cuentan con protocolos o pautas claras para el registro. Por otro lado, el acceso a esa información es siempre difícil, por lo que los datos con los que contamos son pocos, mal construidos e incompletos».

4. Perfiles delictivos, finalidades del ordenamiento jurídico y discreción

Volviendo al problema de la discreción policial en casos de control/demora/detención en la vía pública, el análisis que antecede parece dejarnos a mitad de camino. Ello en cuanto, bajo un modelo de discreción reglada, una norma que fije las condiciones bajo las cuales un funcionario policial está autorizado a controlar/demorar/detener a una persona estará justificada si se apoya en perfiles conformados por indicadores con base estadística. Sólo en ese caso las condiciones seleccionadas por la norma estarán adecuadamente vinculadas con el fin o el valor que la norma persigue realizar.

Ahora bien, dado que la norma se conecta con la finalidad a través de un perfil, ello quiere decir que detrás de la norma hay un conjunto de generalizaciones y, por lo tanto, que se darán inevitablemente casos de sobreinclusión (la norma incluye casos que la justificación no exige incluir) y casos de subinclusión (la justificación exige incluir casos que la norma no incluye)²¹. Es decir, encontraremos personas que satisfacen el perfil pero que sin embargo no constituyen un riesgo, como también existirán personas que no satisfacen el perfil y que de todos modos constituyen un riesgo. Por lo que seguir la norma y aplicar el perfil en todos los casos implicará inevitablemente que en algunos de ellos no se satisfaga la justificación. En el caso de la norma que fije el perfil relativo a contravenciones y delitos se trataría de personas que resultan controladas/demoradas/detenidas por un funcionario policial, pero que sin embargo no por ello se previno la comisión de una contravención o delito. Del mismo modo, existirán personas que, en virtud de no encajar en el perfil, no han sido controladas/demoradas/detenidas y sin embargo ello habría sido necesario para prevenir contravenciones y/o delitos.

Estos efectos de las normas generales basadas en perfiles (y, por lo tanto, en generalizaciones) parecería conspirar a favor de mantener un modelo de discreción conferida. Sin embargo, ello sería una conclu-

²¹ Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, op. cit., pág. 89-92.

sión apresurada. En primer lugar, porque rechazar estas norma generales por esa razón implicaría rechazar todas las normas generales basadas en generalizaciones. Con otras palabras, el fenómeno de sobre y subinclusión no puede ser la razón para rechazar una norma general ya que todas las normas generales funcionan del mismo modo²². En segundo lugar, y sobre todo, ello no es una buena razón porque también un modelo de discreción conferida, que deje en manos del funcionario policial la decisión acerca de los indicadores, producirá casos de sobre y subinclusión. Al momento de decidir a quién controlar/demorar/detener el funcionario deberá basarse en algún tipo de rasgo o característica que considera indicadora del riesgo de comisión de una contravención y/o delito. Y, por supuesto, ese rasgo también será, en los mejores casos, una generalización que, a su vez, producirá el mismo efecto se sobre y subinclusión.

Llegado a este punto parece amenazarnos una conclusión escéptica. Es decir, la idea según la cual no tiene sentido distinguir entre los beneficios de una norma general y los de una decisión individual. O, en los términos de esta discusión, parecería no ser relevante decidir entre un modelo de discreción reglada o un modelo de discreción conferida. Sin embargo, hay todavía un punto más a considerar que, en mi opinión, milita a favor de las normas generales para el ámbito decisonal que nos ocupa.

4.1 Prejuicios y estereotipos en la vía pública

Como adelanté, la discreción empírica (sentido (1) de discreción) no puede ser limitada, sino controlada, ya que se trata de un elemento inevitable de la acción humana. Sin embargo, el problema

²² Esto no quiere decir que sea insensato exigir una justificación para el uso de normas generales. Pero ello exigiría abordar la controversia entre universalismo y particularismo. Esta controversia, para decirlo brevemente, se concentra en si está justificado decidir sobre la base de normas generales que identifican y fijan propiedades relevantes con anticipación o sobre la base de decisiones particulares que identifican las propiedades relevantes una vez llegado el caso individual. Para un análisis de la incidencia del particularismo en ámbito jurídico véase Bouvier, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

con las decisiones individuales es que la influencia de algunos elementos de esa discreción empírica puede determinar decisiones normativas equivocadas. Es decir, la decisión individual que tome el funcionario policial, si bien producirá el mismo tipo de sobre y subinclusión que las normas generales, se ve además afectada por ciertas asunciones implícitas, propias del funcionario, que no son controlables. Al momento de decidir a quién controlar/demorar/detener el funcionario policial que no cuenta con perfiles delictivos construidos sobre base estadística puede verse afectado en su decisión por ciertas asunciones sociales no debidamente corroboradas o directamente equivocadas. Me refiero a que el funcionario policial se verá inevitablemente influenciado por su propia categorización social o la del entorno al que pertenece.

Ello es inevitable puesto que, al relacionarnos con los demás, es bastante usual clasificarlos o encuadrarlos en categorías. Este modo de proceder vuelve más simple la interacción, ya que nos permite anticipar sus posibles comportamientos, apoyándonos en ciertas expectativas. El procedimiento quizás no es tan evidente en nuestras relaciones con las personas más cercanas, ya que respecto de ellas solemos contar con información individualizada y estamos dispuestos a apoyar nuestras expectativas en esa información directa, descartando categorías previas. De todos modos, en sociedades complejas y masivas, la categorización social parece un mecanismo indispensable para apoyar expectativas acerca de personas con las que interactuamos pero respecto de las que contamos con muy poca información. Además, la manera en que las personas categorizan a los demás puede transformarse en convenciones sociales cuando son compartidas por un gran número de miembros de la comunidad. Que sean convenciones sociales quiere simplemente decir que la mayoría o gran parte de los miembros de esa comunidad las utiliza y que la razón en virtud de la cual la utilizan es, en parte, que los demás también lo hacen²³. Estos modos extendidos de clasificar a las personas en grupos permiten, entre otras cosas, que los individuos logren coordinar su actividad, apoyándose en expectativas recíprocas acerca de lo que los demás harán.

²³ Para un análisis más detallado de la noción de convención puede verse Arena, F.J., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

El funcionario policial poseerá ciertamente un conjunto de categorías sociales previas, sobre cuya base interactúa dentro de la sociedad y también desarrolla su actividad profesional. Sin embargo, existen formas problemáticas de categorización social, tales como prejuicios, estereotipos y sesgos implícitos. Los prejuicios consisten en una actitud negativa respecto de un grupo y una disposición a valorar negativamente los miembros de ese grupo. Los estereotipos, en cambio, atribuyen una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo²⁴. Es decir, se atribuye una propiedad B a todos los miembros de una categoría en virtud de que, en cuanto poseen la propiedad A, pertenecen a esa categoría²⁵. Estereotipamos, por ejemplo, cuando asociamos ciertas características personales, tales como cabeza rapada a los costados, bermudas anchas y preferencia por el cuarteto, con ciertas características de comportamiento, tales como holgazanería y propensión a la violencia. Tales características personales pueden o no indicar de manera probabilística esas características de comportamiento, pero ciertamente no las indican de manera inexorable. Sin embargo, la propiedad puede ser positiva o negativa (i.e. los cuarteros son violentos, los asiáticos son buenos en matemáticas) y es por esto que se los distingue de los prejuicios, ya que sostener un estereotipo negativo respecto de un grupo X no siempre da lugar a una actitud negativa hacia el grupo X.²⁶ Por último, un sesgo implícito consiste en la atribución inconsciente de un menor valor moral a una persona o grupo de personas y suele traducirse en preferencias categóricas (inde-

²⁴ Oakes, P. et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994.

²⁵ Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, «op. cit.». En virtud de esto, los estereotipos pueden ser evaluados sobre la base de su correspondencia o no con las reales propiedades del grupo al que se refieren.

²⁶ A todo ello es necesario agregar una complicación ulterior. Además de este uso descriptivo, los estereotipos pueden también ser usados con fuerza normativa. Por ejemplo, afirmar que las mujeres son amas de casa, puede llevarse a cabo con la intención de describir un rasgo de las mujeres, pero también con la intención de señalar qué rol deberían asumir. He avanzado sobre estas distinciones en Arena, F.J., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016, pág. 51-75.

pendientes del contexto) a favor o en contra de determinados grupos o personas.²⁷

Todas estas formas problemáticas de categorización social intervendrán inevitablemente en la decisión del funcionario policial bajo un modelo de discreción conferida²⁸. En cambio, en un modelo de discreción reglada, más allá de la posibilidad empírica de que, de hecho, tales categorías intervengan, ellas no determinarán el contenido autorizado de la decisión.

En definitiva, la elección entre un modelo de discreción reglada, basado en perfiles delictivos, y un modelo de discreción conferida debe ciertamente tener en cuenta cómo funcionan las normas generales y sus diferencias y semejanzas con las decisiones individuales. Un punto importante de este análisis es, como señalé, la incidencia que formas problemáticas de categorización social tienen dentro de un modelo de discreción conferida.

5. Puntos de partida a modo de conclusiones

En estas páginas he intentado desplegar e introducir el conjunto de problemas que se vinculan con la discreción policial en el ámbito de control/demora/detención en la vía pública. En el contexto de la Provincia de Córdoba este ámbito de decisión ha sido puesto bajo la lupa del escrutinio público e institucional en virtud de varios hechos ocurridos en los últimos años y que evidenciaron serias falencias y abusos en el ejercicio de esa autoridad por parte de algunos funcionarios policiales. La primera reacción frente a tales hechos es poner en cuestión la concesión a los funcionarios policiales de la autoridad para tomar decisiones de ese tipo y, en segundo lugar, señalar la necesidad de reducir la

²⁷ Alexander, L., «What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies», *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1, 1992, pág. 149-219.

²⁸ Véase al respecto González, M. et al., «El estereotipo del joven delincuente en la última década a través de la jurisprudencia», *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 5, Número especial, 2011, pág. 431-439.

discreción de la policía dentro de ese ámbito. Un abordaje de esta discusión debe, desde mi punto de vista, explorar los distintos puntos analizados en las secciones precedentes.

En primer lugar es indispensable esclarecer y precisar la noción de discreción. En este sentido he propuesto concentrar la discusión alrededor de la opción entre discreción reglada (i.e., el ordenamiento jurídico determina un conjunto de opciones dentro de las cuales el funcionario policial debe decidir) y la discreción conferida (el ordenamiento jurídico deja en manos del funcionario policial la determinación del contenido de la decisión).

En segundo lugar, la elección entre estos dos modelos de decisión policial tendrá que explorar el funcionamiento de los perfiles delictivos. Es decir, los perfiles delictivos, como conjunto de indicadores relativos al peligro de comisión de una contravención o delito, constituyen una opción disponible para un modelo de discreción reglada. Analizar en detalle el funcionamiento y las modalidades del uso de perfiles delictivos exige también abocarse a las dificultades relacionadas con su uso.

Por eso, en tercer lugar, la investigación deberá dirigir su mirada hacia la construcción de estadísticas por parte de las fuerzas de seguridad. Aquí los problemas no son, ciertamente, sólo de exactitud técnica en la recolección y en el procesamiento de datos. Sino, sobre todo, existirán también problemas relativos a la incidencia de formas problemáticas de categorización social en la obtención y procesamiento mismo de los datos.

Asimismo, en cuarto lugar, el abordaje deberá también referirse a cuestiones normativas. Primero, explicitando las finalidades y valores que se pretende conseguir mediante el uso de perfiles para control/demora/detención en la vía pública. Segundo, indagando también acerca de la finalidad o el valor que se pretende conseguir mediante la prevención, ofreciendo de ese modo elementos indispensables para un debate más general sobre las funciones de las fuerzas de seguridad. Tercero, identificando el rango de acciones que está justificado emprender sobre la base de perfiles delictivos. Es decir, indagando qué tipo de respuesta por parte del funcionario policial está legitimada frente a un caso que cae dentro de un perfil delictivo. Es mi intención llevar ade-

lante un abordaje detallado de todos estos puntos en futuras investigaciones.

Referencias bibliográficas

- Alexander, L., «What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies», *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1, 1992, pág. 149-219.
- Arena, F.J., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- Arena, F.J., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016, pág. 51-75.
- Bouvier, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Brocca, M., et al., «Policía, seguridad y Código de Faltas», en Bonafé, L., et al. (eds.), *Mirar tras los muros. Situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en Córdoba. Informe 2013*, Córdoba UNC y UNRio IV, 2014, pág. 427-480.
- Caracciolo, R., «Discreción, respuesta correcta y función judicial», en Caracciolo, R., *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 2009, pág. 251-260.
- Centeno, L.F., *Manual de perfiles*, San José de Costa Rica, C.R.: OIM, 2011.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984 [1978]. (Trad. Guastavino, M.).
- Fletcher, G.P., «Some Unwise Reflections about Discretion», *Law and Contemporary Problems*, 47, 1984, pág. 269-286.
- González, M., et al., «El estereotipo del joven delincuente en la última década a través de la jurisprudencia», *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja'*, 5, Número especial, 2011, pág. 431-439.
- Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot,

1963 [1961]. (Trad. Carrió, G.).

Oakes, P., et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994.

Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.

Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Diálogos: Constitucionalismo y control Un análisis desde el diseño democrático

por Sofía Lourdes Bonel Tozzi*

Resumen: En este trabajo se hace un análisis del vínculo entre constitucionalismo y democracia a partir de una reconstrucción de las tesis sostenidas por Jeremy Waldron en su discusión con Ronald Dworkin y de las posturas asumidas al respecto en desarrollos teóricos de otros autores. Se elaborarán las nociones de constitucionalismo y democracia a partir de las propuestas de estos autores y de su diálogo. En este sentido, por medio de estos conceptos, se habilitará la discusión en cuanto al impacto de ellos en el vínculo entre constitucionalismo y democracia; así como su impacto en el diseño institucional. Específicamente, se analizará el control interinstitucional como parte del constitucionalismo y su relación con la profundización de los derechos democráticos.

Palabras claves: Constitucionalismo, democracia, derechos, control judicial.

Abstract: This paper presents an analysis of the link between constitutionalism and democracy. To achieve this we will take the discussion of Jeremy Waldron with Ronald Dworkin. Besides, we will take positions about theoretical developments made by other authors. In this sense, through these concepts, the discussion will be enabled on the impact of them on the link between constitutionalism and democracy; and their impact on

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC, miembro de equipo de investigación del Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales. Córdoba, Argentina. Casilla de correo electrónico: sofia_bonel@hotmail.com

institutional design. Specifically, the inter control as part of constitutionalism and its relationship with the deepening of democratic rights will be discussed.

Key words: Constitutionalism, democracy, rights, judicial control.

1. Introducción

En el presente trabajo pretendo acceder a un entendimiento del control entre instituciones a partir del vínculo que puede trazarse entre constitucionalismo y democracia. Es posible afirmar que esta discusión habilita algunos interrogantes de cuyas respuestas depende la justificación el control de las decisiones mayoritarias.

Se tratará de un breve análisis sobre algunos aspectos entorno a la relación antes mencionada que considero impactan sobre la planificación del diseño institucional.

En este sentido, mi objetivo consiste en analizar dos grandes concepciones sobre la relación entre democracia y constitucionalismo, aquella según la cual ambos términos son compatibles y aquella según la cual se excluyen mutuamente. A tal fin, utilizaré como eje la postura de Jeremy Waldron en su libro *Derecho y Desacuerdos*, específicamente aquella que desarrolla en su enfrentamiento con la postura de Ronald Dworkin en *Freedom's Law*.

En este marco, la propuesta de trabajo es generar un diálogo entre distintas tesis sobre el mismo interrogante, ¿qué tipo de relación hay entre constitucionalismo y democracia?

En primer lugar, conceptualizaré constitucionalismo y democracia dentro del marco teórico seleccionado. A posteriori, elaboraré cómo entiende los mismos términos Bayón, pues en la discusión establecida en este trabajo entre ambos autores, la diferencia en el modo en que trabajan estos conceptos es determinante.

Por último, presentaré cuáles son las posturas en las que leo posibles ensayos a la pregunta. Para habilitar esa clave de lectura, articularé propuestas para comprender qué es aquello que cada uno dice con lo que dice.

2. Constitucionalismo y democracia.

Para determinar qué relación se hace posible entre estos dos fenómenos conceptuales elaboraremos significados. ¿Qué nociones está poniendo en juego cada uno de los autores en su perspectiva?, ¿cómo integran esas definiciones?, ¿cuál es el impacto de ello en sus hipótesis teóricas relativas al vínculo constitucionalismo - democracia?

A los fines de explicitar qué entenderé por constitucionalismo tomaré la distinción efectuada por Juan Carlos Bayón entre dos tipos de constitucionalismos. Él denomina «constitucionalismo fuerte» aquel integrado por dos elementos, el coto vedado y el control de ese coto vedado y «constitucionalismo débil» a aquél que sólo incluye un coto vedado reducido y rígido. Éste último es el objeto de propuesta teórica del mencionado autor.

En la propuesta de Jeremy Waldron —en adelante J.W.— el constitucionalismo que se analiza es el denominado «fuerte» por Juan Carlos Bayón. En efecto, gran parte del análisis que tomaré de J.W. se dedica a confrontar con Ronald Dworkin y su justificación del control judicial de constitucionalidad.

El coto vedado se consolida por aquello que se excluye de la agenda pública, es decir, un núcleo de derechos considerados fundamentales que presentan un grado de protección mayor que el resto de los derechos, aquello que Ronald Dworkin —en adelante R.D.— denomina «bill of rights». Existen múltiples denominaciones y propuestas teóricas al respecto. Creo que estos elementos son lo suficientemente claros para comprender qué es aquello que nuestros autores están debatiendo.

Aquello que se excluye de la agenda pública es aquello que se quita del poder de decisión de la simple mayoría. Así, el coto vedado es eso para lo que la representación parlamentaria no es suficiente. Se excluye de su potestad ordinaria porque está incluido en el núcleo que alguien distinto de la mayoría debe resguardar.

Es en este punto que ingresa a la discusión el control por algún agente distinto a la mayoría simple que proteja ese núcleo, ese coto vedado, aislado de las decisiones corrientes. Aquí entonces, en democracias como la que discuten R. D. y J. W., la estadounidense, tal con-

rol está en manos del poder judicial. Se trata del mismo esquema que tenemos en Argentina: El control del núcleo excluido por medio del control de constitucionalidad en la órbita del Poder Judicial.

En suma, constitucionalismo aparece integrado por estos elementos, que podríamos tildar como A y B. Tanto A como B forman parte de aquello que J.W. entiende por constitucionalismo y en base a esa combinación lógica efectúa su crítica a la posición de Ronald Dworkin, que también trabaja con constitucionalismo fuerte, en términos de Juan Carlos Bayón.

En cuanto a la noción de democracia, nos aproximamos a ella a partir de elementos que ofrece Jeremy Waldron en sus aserciones. No pretendo, como adelanté, efectuar una definición del término sino inferir qué entiende el autor por ella en esta discusión. Así, creo que el autor considera la democracia como un sistema de gobierno propio, del pueblo por su capacidad de autogobierno. Esa capacidad deviene de la calidad moral que le otorgamos al individuo como portador de derechos, al valorar la responsabilidad de conjugar sus intereses en relación con los de los demás¹.

Por otra parte, J. W. atiende a dos elementos para evaluar la democracia en su vínculo con el constitucionalismo: procedimiento democrático y resultado democrático. Resultado democrático, como la decisión relativa a los derechos asociados a la democracia. Los derechos asociados a la democracia son clasificados como constitutivos de la democracia, por un lado; y por otro, aquellos que se consolidan como condiciones de legitimidad. Así, dentro de los primeros podríamos nombrar ejemplificativamente, porque el propio autor los considera fundamentales, el derecho de participación y, dentro de los segundos, la libertad de expresión y la libertad de asociación. Sin embargo, J.W. se ocupa de clarificar que esta división no es taxativa ni exhaustiva puesto que todos los derechos están asociados a la democracia: «En un sentido más amplio, todos los derechos están asociados a la democracia porque, como dije al inicio de este apartado, todos los derechos requieren

¹ Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, (Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga), Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 337.

el mismo tipo de respeto por los individuos que la democracia requiere.»²

En cuanto al procedimiento democrático, se trata del mecanismo utilizado para decidir acerca de los derechos. Respecto de ello, se enuncian algunas variantes en el texto relativas a las múltiples reglas de decisión mayoritaria. No obstante, en su desarrollo argumental presenta poderosas razones para justificar la regla de la mayoría simple.

En efecto, señala que para incorporar y determinar cuáles son esos resultados es necesario un procedimiento. Ese procedimiento debe ser la mayoría simple pues posee calidad valorativa, y aún si la discusión democrática es en torno a dicho procedimiento será necesario a nivel práctico optar por algún mecanismo y esa selección en esa circunstancia no implica necesariamente expedirse sobre su valor, sino simplemente recurrir pragmáticamente a uno.

Con este esquema podemos acceder ahora a la trama del vínculo democracia y constitucionalismo.

3. El control como temor de sí: Jeremy Waldron

En este apartado me referiré a la tesis sobre la que gira el presente trabajo: La postura de Jeremy Waldron respecto de la relación entre constitucionalismo y democracia. Este vínculo en la perspectiva aquí recortada del autor es de exclusión. Argumentaré que él sostiene que se produce un menoscabo a la democracia ante el establecimiento del constitucionalismo fuerte. Me referiré a constitucionalismo fuerte en los términos de Juan Carlos Bayón, es decir, el que se integra de dos elementos, coto vedado y control de constitucionalidad.

A los fines del desarrollo de la esgrimida tesis J.W., se dedica a distintos puntos de análisis que convergen en un cimiento teórico. Dicho cimiento es la aserción que el autor postula como suficiente para justificar el vínculo excluyente entre democracia y constitucionalismo: la congruencia natural entre democracia y derechos.

² «Ibíd», pág. 340.

Entre democracia y derechos existe una congruencia natural pues tenemos en cuenta la capacidad moral del individuo como agente de derechos para concebirlo como agente democrático. La convicción, señala el autor, es la misma. Ella sustenta tanto la participación ciudadana en la democracia, el individuo como hacedor del gobierno a través de la participación, como la atribución de derechos. Así, la capacidad del individuo en la que confiamos la decisión gubernativa se identifica con la capacidad que lo convierte en agente de derechos. Esta tesis es, a mi juicio, fundacional y base de la estructura de su hipótesis. De allí el autor deriva una doble conexión entre democracia y derechos que da por tierra con la posibilidad teórica de enemistar ambos conceptos. Esa congruencia impide que los teóricos de los derechos crean en la irresponsabilidad o arrebató de los individuos así como que los teóricos del procedimiento democrático sean indiferentes respecto del destino de los derechos individuales. Este doble sentido que atribuye el autor a la congruencia explicitada entre derechos y democracia es el punto inicial para enredar a la postura teórica con la que discute en la cuestión del procedimiento democrático. La estrategia consiste en enlazar el pilar sobre el que ellos se apoyan con el fundamento que él pretende defender.

En este sentido, considera que la posición que opone el control de constitucionalidad a la democracia deberá tener por fundamento los derechos. Así, refiere a una división entre derechos constitutivos del proceso democrático y derechos necesarios para su legitimidad³. Dentro de los primeros, ubica al derecho de participación en términos de igualdad. Dentro de los segundos, establece como ejemplos la libertad de expresión y libertad de asociación, como el tipo de derechos que hacen a la respetabilidad moral del proceso democrático. A pesar de realizar esta diferenciación J.W. destaca que todos los derechos están asociados a la democracia en tanto su atribución devela el mismo respeto por los individuos que la democracia exige, como se explicó en el apartado previo.

Entonces, los puntos de análisis centrales de los que se ocupa: por un lado, la distinción entre resultado democrático y procedimien-

³ «Ibíd», pág. 338.

to democrático; por otro lado, la estrategia del precompromiso. Dentro de cada eje, el autor desarrolla múltiples ideas. Sin embargo, considero que ambas le sirven para afirmar la relación excluyente entre democracia y constitucionalismo fuerte sobre la base de la congruencia natural entre democracia y derechos que sostiene.

3.1 Procedimiento y resultado

Como punto de partida para elaborar esta diferencia, tomaré la discusión de J.W. con la tesis de Ronald Dworkin en su libro *Freedom's Law*. En este sentido, el autor pone de resalto que si bien es posible el acceso a dicho texto desde diferentes lecturas, él critica la tesis por la cual una constitución de principios, defendida por jueces independientes no es antidemocrática⁴. Así, se delimita el debate a la noción de constitucionalismo fuerte, «una constitución de principios» (coto vedado, bill of rights) + «defendida por jueces independientes» (control de constitucionalidad).

La referencia es la aserción de Ronald Dworkin, en adelante R.D., consistente en que el establecimiento del control judicial de constitucionalidad no le quita carácter democrático al modelo estadounidense de arreglos constitucionales.

En este punto se desarrolla una distinción entre procedimiento democrático y resultado democrático. Considero que el primero puede ser entendido, dentro del razonamiento de J.W., como la forma y el mecanismo empleado para decidir sobre los derechos asociados a la democracia —en el sentido amplio en que todos los derechos están asociados a la democracia— y, el segundo, como la decisión a la que se arriba respecto de esos derechos.

La tesis de R. D. con la que está discutiendo el autor se basa en la probabilidad de arribar a resultados democráticos. La evaluación del carácter democrático del control de constitucionalidad por los jueces depende de la decisión a la que lleguen respecto de los derechos asociados a la democracia. Si la decisión de los jueces los respeta, esta decisión ha sido correcta. Si es incorrecta, en tanto va en detrimento de los

⁴ «Ibíd», pág. 342.

derechos asociados a la democracia, entonces existe un menoscabo para ella pero no es menor al que tiene lugar cuando el parlamento toma una decisión incorrecta y ella continúa en vigor. Entonces, R.D. considera que la cuestión debe resolverse por los resultados, el órgano que más probabilidades presente de llegar a resultados correctos, en tanto decisiones que respeten los derechos asociados a la democracia, será quien ostente la última palabra.

El problema que se presenta aquí según J.W. es la mezquindad con que se relega a los medios democráticos, al procedimiento. Así, la corrección residiría en atender al resultado de la decisión descuidando cómo se llegó a ella. «(...) las preocupaciones sobre el carácter democrático o no democrático de un procedimiento político no se evaporan cuando el procedimiento en cuestión está siendo utilizado para ocuparse de una cuestión sobre la naturaleza de la democracia.»⁵ «Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante.»⁶

Respecto del procedimiento, J.W. desarrolla una postura central en la argumentación aquí trabajada. Considera que de la congruencia natural existente entre democracia y derechos se sigue el valor moral del mecanismo de decisión por mayoría simple; es decir, de la mayoría y nada más —oponiéndose a las mayorías reforzadas que se exigen para decidir cuestiones incluidas en el coto vedado—. Manifiesta que antes y después de un coto vedado, de un núcleo que contenga derechos fundamentales excluidos de la decisión mayoritaria debe mediar un procedimiento. Un procedimiento de incorporación y uno de determinación. El procedimiento de incorporación será para decidir cuáles son los derechos que consideramos fundamentales y el de determinación será el que opere para fijar qué alcance tiene cada uno de tales derechos.

En este punto, resulta trascendente explicitar el rol que para J.W. tiene el desacuerdo en la política. Este autor concibe el desacuerdo como condición inherente de la política pero, además, le asigna un valor. Ese juicio valorativo tiene que ver con que si los ciudadanos consideran

⁵ «Ibíd», pág. 350.

⁶ «Ibíd», pág. 351.

importante los derechos que los atañen, no estarán todos de acuerdo. De otro modo, parece que se encontrarían alejados de esa calidad moral que determinó la asignación de derechos. Esta característica se alinea con un esquema profundo de pensamiento que se opone a aquella tradición que postula la necesidad de excluir aquello relevante de la decisión mayoritaria. El enfrentamiento es casi tangible entre la postura teórica que esgrime la exclusión de los derechos básicos del alcance de la decisión mayoritaria de aquellos que entienden que deben estar incluidos.

A partir de la afirmación de la necesidad de ambos procedimientos J.W. se opone al coto vedado como algo previo, es decir, el resultado no puede llegar antes.

3.2 Precompromiso

La línea argumentativa usada por la postura que critica a la que más enfáticamente se dedica es aquella que afirma una forma de precompromiso. Se refiere al mecanismo de la ética individual desplazado al funcionamiento de la ciudadanía.

Esta discusión resulta atractiva porque es una idea que está presente en múltiples discursos o reformulaciones que intentan justificar el constitucionalismo fuerte como un método de reaseguro respecto de aquello que no queremos que se modifique, respecto de aquello que, aparentemente, deseáramos se conserve *ad eternum*. Parece entonces que nosotros como entidad colectiva que se auto gobierna, en un momento histórico determinado quisimos asegurarnos de que ciertos derechos no fuesen modificados por nosotros mismos en un tiempo futuro.

J. W. discute con la perspectiva del precompromiso, refuta sus aseveraciones y manifiesta que no es posible adaptar el control de constitucionalidad a este modelo de autorrestricción individual.

Sin embargo, Waldron entiende que esta concepción pierde de vista ciertas cuestiones fundamentales que distancian el control de constitucionalidad de una forma de autorrestricción del tipo de la de Ulises. No sólo la distancian, la tornan inaplicable.

El esquema central de la crítica es: el mecanismo de control de constitucionalidad no es un modo de hacer valer la voluntad del pueblo de un tiempo 1 sobre los deseos contaminados del pueblo en un tiempo 2 sino el hacer prevalecer la decisión mayoritaria de unos pocos funcionarios no electos por sobre la decisión mayoritaria del propio pueblo. Esto revela la desconfianza de sí.

Se presenta aquí un punto luminoso para comprender la concepción global que el autor revela sobre la democracia: el desacuerdo.

El juicio presagia el desacuerdo, y en política la cuestión es siempre cómo deben resolverse los desacuerdos entre los ciudadanos. (...) ¿el juicio de quién debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios? Puede haber ahora buenas razones para que el pueblo ofrezca la siguiente respuesta (...) <No el nuestro, ni el de nuestros representantes, sino el de los jueces> Si este es el caso, esto equivale por tanto a renunciar al autogobierno.⁷

Este fenómeno funciona como uno de los pilares fundamentales de su postura teórica.

En segundo lugar, el modelo del precompromiso trabaja con la idea de la debilidad de la voluntad o akrasia. El modelo de la debilidad de la voluntad se presenta en el caso de Ulises porque él sabe y tiene claro en un tiempo 1 qué es lo que desea evitar en un tiempo 2 y pretende protegerse de su propia debilidad cuando se encuentre expuesto al canto de las sirenas. Sin embargo, este no parece ser el esquema que se presenta en el caso de la comunidad que en un tiempo 1 sanciona una constitución. En ese proceso, en un tiempo 1 la comunidad está en desacuerdo sobre cuáles son los límites que quiere hacer valer en un tiempo 2. Ese desacuerdo se resuelve por una supermayoría. Luego, un parlamento sanciona una ley por mayoría porque también hay desacuerdos respecto de si tal disposición vulnera o no los principios consagrados en la constitución en un tiempo 1 por la supermayoría. Por último, un tribunal, integrado por funcionarios no electos, decide tam-

⁷ «Ibíd», pág. 315.

bién por mayoría de votos si la ley en cuestión queda comprendida o no dentro de lo que la supermayoría en un tiempo 1 quiso evitar.

Esta explicación revela que el control de constitucionalidad por parte de un tribunal no puede observarse como un caso por el que el pueblo intenta salvaguardarse de su propia debilidad. Lo que aquí prima es el desacuerdo.

Luego, el autor se ocupa de refutar el argumento que sostiene que el control de constitucionalidad por un tribunal permite que no seamos jueces de nuestra propia causa. Respecto de ser juez en su propia causa, J.W. sostiene que esta situación siempre se dará cuando se trate de resolver cuestiones de derechos que afectan a toda la comunidad. Siempre alguien tendrá la última palabra.

Entonces, la conclusión a la que arriba es «todo está al alcance de nuestra mano» en tanto sea objeto de desacuerdo de buena fe.⁸

En este punto, vuelve sobre la afirmación que expuse como cimiento de estos dos ejes de argumentación, la congruencia natural entre derechos y democracia derivada de la idéntica capacidad del individuo como agente de gobierno y como agente de derechos. En este sentido, la estrategia del precompromiso revela un pánico hacia el autogobierno y, si esto se explica en términos de falta de seguridad de los demás, entonces deberíamos rever la consideración de las personas como agentes autónomos con capacidad moral.

4. Esferas de control, una postura de la autolimitación

Abordaré aquí la tradición teórica que elabora el diseño institucional democrático como un esquema de contrapesos. Ello a partir de un texto de Guillermo O'Donnell en el que se ponen de resalto las virtudes del control entre instituciones para la consolidación de una democracia.

Es preciso aclarar que aplicaré las nociones que he desarrollado de constitucionalismo y democracia en la introducción de este texto sin ingresar en cuáles son los contenidos que este autor le daría a tales

⁸ «Ibíd», pág. 362.

términos. Ello se explica por la clave metodológica que guía este análisis, consistente en articular diálogos sobre democracia y constitucionalismo desde estos esquemas y revelar cuál es la respuesta a su vínculo si los miramos desde la perspectiva de Jeremy Waldron.

En esta elaboración, se puede leer por respuesta a nuestro interrogante inicial ¿qué relación hay entre constitucionalismo y democracia? La complementariedad. Un tipo de complementariedad en el que el constitucionalismo A+B profundiza la democracia. La hipótesis de lectura podría esgrimirse: cuanto más potestad de control se aloje en el poder judicial más fuerte será la democracia. La referencia del autor a la tiranía como uno de los polos de peligro que acecha, constante y latente, la vida de los ciudadanos en un Estado considero que contiene una perspectiva del individuo autointeresado que Waldron refuta.

El control aparece en el texto del autor Guillermo O'Donnell —en adelante G.O.— como una mecánica que institucionaliza la desconfianza en la esfera política⁹. Resulta trascendente esta presentación para la hipótesis que expusimos en la introducción y para la articulación de estas nociones con las objeciones que presentará J.W. al control de constitucionalidad, por lo cual la desconfianza se erige como una palabra y un concepto clave en este texto. Por estas razones comenzaré explicitando lo que entiendo es el punto de partida de dicha desconfianza.

Según G.O.: «Toda organización mínimamente compleja, incluidas las políticas, está sujeta a una contradicción, una tensión (...) que no admite solución final, ni enteramente consensual, ni estable.»¹⁰ Esta contradicción está dada por la expectativa de los miembros de la organización respecto de la satisfacción de ciertas necesidades con eficacia por parte de quienes han sido dotados de poder para ello y por el temor a la concentración del poder en dichos individuos. El propio autor postula como los dos polos de la contradicción, por un lado, la

⁹ O'Donnell, Guillermo. «Accountability Horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política», *X Seminario Eduardo García Máynez*, Ciudad de México, 2001.

¹⁰ «Ibíd», pág. 9.

tiranía y, por el otro, el «deadlocked», regímenes decisoriamente paralizados.¹¹ Esto implica que en una organización política donde hay gran efectividad en la toma de decisiones para lograr los fines específicos, la satisfacción de las necesidades de los miembros, habrá mayor concentración del poder y, por tanto, tiranía.

En el otro polo, en una organización donde prima el control del poder respecto de quienes lo detentan, respaldados por la disponibilidad de los medios de coerción, tendremos un régimen decisoriamente paralizado, por ende, la satisfacción de las necesidades no se concretará o se concretará de modo deficiente.

Ellos serían, a grandes rasgos, los dos extremos entre los que fluctúa toda organización política.

Ante este escenario, el autor postula que el diseño institucional más exitoso para «aliviar» esta contradicción es la democracia contemporánea.

La descripción del diseño institucional democrático aparece como una vía a la que se arriba por conclusión a partir del intento de mitigar esta tensión. Y así surge un sistema que pugna por un «equilibrio». Si esto se visualiza o no en la realidad, si esto tiene o no constatación empírica, será algo que discutiremos y que, en efecto, es parte de los interrogantes que dieron lugar a este trabajo. Pero, el autor, entiendo, así lo presenta.

En este orden de ideas, la democracia contemporánea resulta de la combinación de tres corrientes históricas: la democracia originaria de Atenas, el republicanismo y el liberalismo.

A pesar de la inclinación que observa el autor de la democracia y el republicanismo respecto de la desconfianza en el poder público, algunos indicios de ella pueden leerse en mecanismos de control, en su mayoría horizontales. Esto implica que agencias públicas controlan a otras agencias públicas. Con el desarrollo del liberalismo, la ambivalencia de la contradicción que presentamos se acentúa, se consagran ciertos derechos como previos y destinados a ser protegidos por el poder político. Para tal protección es necesario un diseño institucional poderoso, que disponga de los medios de coerción y las herramientas

¹¹ «Ibíd», pág.10.

de decidibilidad suficientes. Así, el paradigma liberal profundiza la contradicción primigenia, la desconfianza en el poder político y la pretensión de reducir la esfera pública se acentúan; y, simultáneamente, es necesaria una autoridad fuerte, dotada de herramientas poderosas para garantizar el goce de los derechos individuales.

En este sentido, el autor sostiene que la Constitución de Estados Unidos y otras democracias contemporáneas que receptan ese modelo, escenifican un diseño institucional inspirado en tales contradicciones. El legado de la democracia originaria y del republicanismo es la separación de poderes, el control institucional y la interpenetración de poderes; y, el aporte del liberalismo a este esquema fue la incorporación de derechos como barreras al poder político; que por ser anteriores o superiores a ese poder no pueden ser mermados.

Por estas razones, el mapa que queda consolidado es descrito por el autor como un espacio marcado por múltiples fronteras que deben ser defendidas por distintas instancias lo que denomina *accountability* —entendemos que puede la noción asirse como control—. Entonces, una de sus tesis centrales: la democracia se consolida a partir de la existencia de estas fronteras y de su defensa. Para ello, existen dos tipos de *accountability*, la vertical y la horizontal. La vertical puede resumirse en el esquema de elecciones (a pesar de que el autor sostiene reiteradamente que no es el único tipo de *accountability* vertical, en adelante AV, y que ella no puede reducirse a las elecciones) y la horizontal, en adelante AH, está subdividida por el autor entre AH de balance y AH asignada. Estos últimos subtipos de AH se distinguen por los actores que la llevan a cabo y por las finalidades que presentan. La AH de balance es aquella que ponen en marcha los poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) con el fin de balancear el poder. La AH asignada complementa y refuerza a la anterior desde actores que no están involucrados en los poderes constituidos y están destinadas a evitar la transgresión y corrupción que pueda tener lugar en dichos espacios.

Entre estos tipos de *accountability* se presentan interacciones que el autor pone de relieve. La AV electoral tiene prioridad lógica, sin ella no existiría, por definición, democracia pero ello no implica preeminencia fáctica ante los mecanismos de control horizontal. Entre las

instancias de accountability vertical y horizontal existe un trazo de estímulo e inducción. Para su funcionamiento adecuado, es trascendental «(...) que exista una red de agencias estatales, culminando en los tribunales superiores (...) en caso de necesidad contra los más altos poderes del estado.»¹² Así, el mapa diseñado por el autor tiene por base y presupuesto la AV electoral pero finaliza y cierra en la AH judicial. El control del poder judicial aparece como la «última palabra» que encierra y consagra todas las mecánicas de control de la «red».

En este punto, creo importante destacar que el esquema de análisis del autor expone una tesis que, a pesar de no ser la única, es la que aquí me interesa.

Se pone de relieve en este texto una visión de la existencia de múltiples instancias de control interinstitucional como necesaria y constructiva de la democracia; y, específicamente, considera necesario que todo este entramado de controles quede supeditado a la última palabra del poder judicial a partir del control de constitucionalidad¹³.

En oposición a ello, la postura de J.W. ofrece una lectura de este esquema institucional profundamente diversa. Mi objetivo es que dialoguen en este texto para poner de relieve un escenario de diferencias que intensifiquen mis inquietudes al respecto. Algunos puntos de estas diferencias, sin embargo, me conducen a ciertas afirmaciones que podríamos esbozar como respuestas. Otras aristas de la discusión quedan como interrogantes y se abren nuevos respecto de algunos intersticios teóricos.

5. El control como núcleo reducido

En este apartado presentaré una postura que aborda un posible vínculo complementario entre constitucionalismo y democracia. Sin embargo, a esa posibilidad arriba este autor luego de romper con el modelo de constitucionalismo fuerte y proponer un constitucionalismo débil. Tal facultad llega de la mano de excluir del constitucionalis-

¹² «Ibíd», pág. 21.

¹³ «Ibíd», pág. 19.

mo el control de constitucionalidad como un elemento necesario.

La explicación del autor presenta un esquema en el que la postura de Jeremy Waldron justifica la compatibilidad entre constitucionalismo y democracia si el constitucionalismo se reduce a un núcleo reducido y rígido. En ese núcleo no está incluido el control de constitucionalidad puesto que, coincide Juan Carlos Bayón con J. W., en que dicho mecanismo es incompatible con la democracia. Sin embargo, señala que de la propia argumentación de este autor se concluye la necesidad de un coto vedado.

El coto vedado estaría integrado por un número reducido de derechos formulados a modo de reglas, con precisión. En este marco, el autor propone un tipo de constitucionalismo diferente que denomina «débil».

En primer lugar, abordaré la línea argumentativa del constitucionalismo débil y, como segundo paso, señalaré algunos problemas que se presentan, desde mi perspectiva, cuando dialoga con la postura de Waldron. Consideraré que esos problemas horadan las posibilidades del constitucionalismo débil de erigirse como una alternativa de compatibilidad a la exclusión planteada por J. W.

El punto de partida consiste en que la existencia de derechos fundamentales como límites a la agenda política ordinaria es una especificidad estructural de las teorías de justicia que asignan a los derechos un papel central.

El autor plantea que la política y la filosofía moral contemporánea definen al coto vedado como un conjunto de derechos que implican un doble límite, límites a la adopción de medidas basadas en cálculo de costo y beneficio y límite en decisiones tomadas por mayoría.

Por lo cual el coto vedado estaría enmarcado en tales coordenadas. Sin embargo, de ello no se sigue indefectiblemente el constitucionalismo fuerte integrado por un coto vedado y un mecanismo de control de constitucionalidad. El autor se cuestiona qué diseño institucional exige el ideal moral del coto vedado. Por ello, el control judicial de constitucionalidad aparece como interrogante en su análisis.

El problema de la objeción contramayoritaria puede asumir dos formas. Por un lado, puede ir contra el ideal del coto vedado. Por otro lado, contra la legitimidad de los jueces no representativos ni política-

mente responsables. Considera que deslindando estos componentes del constitucionalismo podemos visualizar más claramente la relación democracia y constitucionalismo. En efecto, J. C. Bayon esgrime un conflicto en la argumentación de J. W. pues entiende que su línea de razonamiento alberga un vínculo diverso del que él mismo concluye entre democracia y constitucionalismo.

Desde su perspectiva, la fisura en el planteo de J.W. reside en la discusión entre forma y fondo, procedimiento y resultado. En este punto retomamos aquello que afirmamos al elaborar lo que J.W. entiende por democracia en su debate.

J. W. dedica gran parte de su reflexión a esclarecer esta relación. Tal como lo expuse previamente, plantea que la crítica al constitucionalismo en vías de afirmar la democracia debe realizarse desde los derechos. Señala que para establecer un coto vedado resulta necesario e ineludible un procedimiento anterior, para decidir qué derechos se incorporan; y uno posterior, para decidir qué alcance tienen esas formulaciones. A partir de la afirmación del carácter inevitable de ambos procedimientos J.W. se opone al coto vedado como algo previo.

La presentación del constitucionalismo débil surge como consecuencia de cuestionarle al razonamiento expuesto la exclusión del ideal del coto vedado. El argumento intenta demostrar que es necesario un mínimo núcleo inmodificable en la propia lógica de J.W. Así, interroga acerca de la posibilidad de modificar o no la regla de la mayoría como procedimiento a seguirse. Si este mecanismo está excluido de la posibilidad de modificación, se trata de una regla cerrada. Por el contrario, si ella también puede modificarse, se tratará de un mecanismo abierto.

J.W. sostiene la versión abierta, considera e incluso presenta el ejemplo de la situación en que fuera el propio procedimiento el objeto de decisión. J.C.B. asevera que los fundamentos del autor justifican la versión cerrada: Si el procedimiento de la simple mayoría tiene un valor moral como el afirmado, debe sostenerse la versión cerrada.

Si la regla de mayoría simple tiene una calidad moral especial y las razones que la justifican avalan su versión cerrada entonces el coto vedado se justifica. Y ese hecho basta para afirmar la compatibilidad entre democracia y constitucionalismo, si entendemos por este último constitucionalismo débil.

El constitucionalismo débil estaría dado por la existencia de un coto vedado condicionado, integrado solamente por el procedimiento de decisión de la mayoría simple y los derechos que son presupuestos de éste. Ese núcleo sería irreformable por la vía de decisión ordinaria. Entonces, ese núcleo inmodificable estaría integrado por muy pocos derechos, sólo aquellos que se justifiquen en esta vía.

Respecto del procedimiento de determinación, aquél procedimiento posterior que presenta J.W. como ineludible para establecer el alcance de los derechos atrincherados, sostiene que es consecuencia de su redacción como principios. Si ellos se fijan como reglas suficientemente precisas, este procedimiento será evitable.

En conclusión, el autor señala que el propio razonamiento expuesto y desarrollado por J.W. implica la necesidad de un coto vedado como núcleo reducido y rígido. Por lo cual, estaría justificado en términos democráticos el constitucionalismo débil.

Esgrimiré algunos problemas que considero alberga esta argumentación para alojarse en la perspectiva de J. W. aunque no para sostenerse de manera independiente como esquema adverso.

El punto de partida por el cual Juan Carlos Bayón pretende agrietar la estructura de J. W. es la existencia de algo inmodificable. Es decir, la necesidad del coto vedado como elemento del constitucionalismo y su condición anterior al procedimiento. El conflicto reside en que J.W. abona la idea de la calidad moral del procedimiento de mayoría simple pero, sin embargo, afirma que ella puede, en aras de la congruencia, ser objeto de decisión por ella misma.

En este punto, J.W. ejemplifica la situación para oponerse a la crítica de la petición de principio. Explica la ocasión hipotética en que la ciudadanía decidiera qué procedimiento de decisión sería el establecido respecto de los derechos. Tal explicación pone de relieve dos aristas relevantes. Por un lado, la calidad moral del procedimiento de la simple mayoría es una razón para optar por ella en esa ocasión. Por otro lado, el mecanismo de decisión que se utilice para decidir sobre ello es necesario a nivel pragmático y, en esa circunstancia, la opción de uno u otro no implica asignarle un valor. La concepción de coto vedado puede implicar, por un lado, que aquello que se excluye de la agenda política ordinaria queda excluido por valioso; por otro lado, una exclu-

sión circunstancial determinada por condiciones pragmáticas. Pero lo segundo no debe confundirse con lo primero pues es menester evitar regresar al infinito. El procedimiento elegido para elegir un procedimiento no es escogido por su valor moral sino por necesidad pragmática. Luego, podrá optarse por otro, a pesar de que en esa ocasión sí se evalúan las condiciones valorativas que cada uno presente: «Pero decidir entre los procedimientos A y B utilizando el procedimiento A como método no es *privilegiar* el procedimiento A, es sencillamente usarlo (...) porque *necesitamos un procedimiento* en esta ocasión, y esto es algo que no podemos evitar por el momento.»¹⁴

6. Control y debate, ejercicio de un derecho específico

En este apartado tomaré algunas reflexiones expuestas por Roberto Gargarella en su discusión con Juan José Moreso respecto de la justificación del coto vedado. Se presentarán algunas ideas que pueden echar luz sobre nuestra pregunta inicial acerca de la relación entre constitucionalismo y democracia.

Roberto Gargarella se pregunta por la justificación del coto vedado a partir de los argumentos que brinda J.J. Moreso y, luego, se ocupa específicamente del debate público. Resulta ilustrativo agregar un vértice de análisis a la cuestión. En el orden de lo que se excluye de la agenda pública ordinaria se erige lo que no se debate, la palabra que se traslada y el silencio.

Entonces, las preguntas a las que atiende el autor tienen que ver con ello. Específicamente, en lo relativo a la discusión pública de los derechos, el autor se pregunta «¿Es defendible o no, entonces, la posibilidad de que los ciudadanos discutan democráticamente sobre las cuestiones que más les interesan?»¹⁵

Este es el interrogante sobre el que me interesa apuntar aquí. A partir de aquí es posible recortar un caso puntual de ejercicio de los

¹⁴ Waldron, J. «*op. cit.*», pág. 359.

¹⁵ Gargarella, R. «Los jueces frente al coto vedado», *Discusiones*, Num. 1, 2000, pág. 7.

derechos. De las respuestas que el autor ofrece a esta pregunta pueden obtenerse conclusiones respecto de la relación entre constitucionalismo y democracia que trabajamos en este análisis desde las perspectivas de J.W. y R.D. en la discusión inicial.

El autor sostiene dos respuestas que pueden independizarse. Por un lado, alega que deben existir limitaciones a ese debate; por otro lado, que tales limitaciones deben ser justificadas por quienes las propongan. Es decir, que la carga de la prueba recae sobre aquellos que pretenden su limitación. Aquellos que señalan un medio, una mecánica, deben brindar razones para optar por él.

Entonces, al reconstruir estas propuestas desde la perspectiva que trabajamos hasta aquí, es posible esbozar algunas preguntas y ensayos de respuestas. Parece que el límite y la reglamentación del modo de ejercicio de los derechos asociados a la democracia pueden implicar profundizar o garantizar la democracia como autogobierno. Sin embargo, resulta necesario justificar cuál será el mecanismo de limitación. Retomando las categorías teóricas abordadas, el constitucionalismo debe incluir coto vedado y control. Sin embargo, para justificar el mecanismo de control escogido o propuesto será necesario acudir a algo más. Me atrevo a pensar que ese algo más podría delinarse como el destino de esa herramienta de control. En esto podríamos tomar la postura que tanto critica J.W. de Ronald Dworkin y pensar que una vara posible es la probabilidad de profundizar derechos. La elección de ese mecanismo podría estar signada entonces por la profundización de los derechos asociados a la democracia. Esto es, sólo en caso de que la limitación del ejercicio de derechos constituya un mecanismo de garantía de los propios derechos. También podría traerse aquí el razonamiento de J.W. y plantear que la justificación entonces estará dada por el respeto de la calidad moral del individuo en términos de agente portador de derechos y, sólo en esa medida, estará justificado el mecanismo. Esa demostración le compete a quien abogue por ese límite.

Creo que esa forma de razonar hace converger los desarrollos esbozados por Jeremy Waldron y el punto señalado por Roberto Gar-garella respecto del debate público. El análisis de esa mecánica de ejercicio de un derecho específico a la luz de las posturas teóricas de J.W. bien podría leerse en esos términos y me atrevo a señalar que sería una

buena combinación para establecer cuáles son los parámetros para evaluar las prácticas constitucionales con la vara de la democracia.

Estas circunstancias nos remiten a la tesis que ofrece J. Waldron cuando señala que «todo está al alcance de nuestra mano», los debates y discusiones sobre los derechos fundamentales no deberían quedar excluidos de la agenda política ordinaria porque ello implica que «nos tomamos los derechos en serio». Sobre este punto, y la necesidad de profundizar el debate y la discusión pública relativa a los derechos acuerdan estos autores. Sin embargo, aparece la distinción entre procedimiento y resultado democrático, que fronteriza la discusión entre J.W. y R.D., y se interpone en el diálogo. «Me interesa decir, simplemente, que si se establecen límites sobre dicha voluntad (como debe hacerse), entonces corresponde que justifiquemos el tipo de controles que adoptamos, y que demos razones de por qué le permitimos a tales personas y no a otras el realizar tales tareas de supervisión.» asevera Roberto Gargarella. Sin embargo, el problema que al respecto podría diagnosticar Waldron es que si a partir del mecanismo del control judicial de constitucionalidad (elemento del constitucionalismo como lo conceptualizamos) se logra una decisión más democrática, se alcanza un resultado correcto en términos de derechos democráticos ya ha habido un menoscabo a la democracia, pues el procedimiento no ha sido democrático¹⁶. Por otra parte, J. W. se ocupa específicamente de la mejora del debate público y considera que el mecanismo específico de control judicial tampoco lo logra. Es decir, tampoco ese procedimiento que menoscaba la democracia logra el resultado «correcto», «en ocasiones es liberador ser capaz de discutir directamente cuestiones como el aborto sobre los principios que deberían estar en juego, más que tener que dar varios rodeos para construir dichos principios a partir del fragmento de un texto sagrado (...)». De modo que J.W. estimo podría afirmar que no existe justificativo para escoger este modo de control, el control judicial de constitucionalidad, en términos de derechos.

¹⁶ «Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces se producirá algún beneficio (...) pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar.» Waldron, J. *op. cit.*, pág. 351.

7. Algunas conclusiones

A partir del análisis desarrollado, es posible reflexionar sobre algunos elementos que pueden revelarse como respuestas a los interrogantes iniciales y elaborar nuevas líneas de trabajo.

El eje de este análisis fue la relación entre constitucionalismo y democracia abordada desde la perspectiva de Jeremy Waldron. Se estructuró como respuesta posible una relación excluyente a partir de la elaboración de los conceptos con aportes de otros autores, como Juan Carlos Bayón. La postura de Jeremy Waldron fue desarrollada como la justificación del vínculo excluyente entre constitucionalismo fuerte y democracia en tanto lo primero va en detrimento lo segundo. Esa aserción se elaboró a partir de algunas tesis centrales del autor que funcionaron como fundamentos; en efecto, su postura respecto del individuo como agente de derechos, el binomio procedimiento-resultado democrático, la refutación del precompromiso como esquema posible.

Luego, la presentación de una postura que, entendimos, abona una conexión necesaria entre democracia y constitucionalismo. En este sentido, la postura de Guillermo O'Donnell fue leída bajo los acordes de la discusión de Jeremy Waldron y Ronald Dworkin a pesar de que el marco en el que desarrollan sus tesis resulta diverso. La visibilidad y la intromisión de este texto me resultaron atractivas porque pusieron de relieve un tipo de vínculo entre las categorías teóricas analizadas justificado desde otro contexto. En efecto, Guillermo O'Donnell aborda el problema como un fenómeno político, puntualizando el problema en la eficacia y efectividad de la administración de los intereses públicos. Así, ¿cómo puede el Estado funcionar con eficiencia para satisfacer necesidades públicas sin que sus miembros prioricen intereses privados? Esta, me atrevo a decir, es la inquietud principal que se manifiesta en el texto. No obstante, me pareció importante su inclusión en este debate porque muchas justificaciones del control del coto vedado por el poder judicial encuentran anclaje en ese tipo de análisis sin ocuparse de las implicancias que ello presenta a nivel democrático. Entonces, cuando la lectura se vuelve sobre sus aserciones desde el interrogante de la relación entre democracia y constitucionalismo entendiendo el control del poder judicial sobre el «bill of rights» como integrante de él,

emergen con claridad tesis que, me atrevo a aventurar, no querrían sostener.

A posteriori, el abordaje sobre el cuestionamiento que Juan Carlos Bayón hace a Jeremy Waldron puso en escena elementos de profunda riqueza. En primer lugar, la postura de este autor hizo posible comprender las afirmaciones de J.W. con una clave particular. Ella fue la posibilidad de desmembrar el constitucionalismo en dos elementos. Así, la configuración de constitucionalismo fuerte o débil según qué incluya determinó el diálogo entre estos autores. Asimismo, J.B.C. afirma una relación de necesidad entre constitucionalismo débil y democracia como consecuencia de la crítica al razonamiento de J.W. Sostiene que el propio Jeremy Waldron abona con sus argumentos la profundización de la democracia a partir de la afirmación del constitucionalismo entendido como un núcleo reducido de derechos.

En este punto, resultó fructífero divergir con las afirmaciones de J.C.B. en cuanto a las grietas halladas en el razonamiento de J.W. Esa divergencia estuvo signada por el tratamiento del procedimiento democrático en claves diferenciadas, por un lado, la asignación de un valor moral; por el otro, la necesidad pragmática de no regresión al infinito.

Por último, el abordaje del debate público como ejercicio de derechos democráticos resultó ilustrativo para visualizar qué implicancias prácticas puede presentar una determinada postura en cuanto al vínculo que media entre constitucionalismo y democracia y cómo podría funcionar la evaluación de mecanismos institucionales a partir de derechos.

En ese sentido, es posible hacer un análisis de los diseños democráticos como forma de autogobierno desde el interrogante ¿cuánto respeta este mecanismo los derechos ya reconocidos, cuánto los profundiza? Esta se consolida como una de las tesis que Jeremy Waldron sostiene. La democracia debe justificarse en términos de derechos. Bajo esa premisa, podremos analizar múltiples debates relativos a los contornos democráticos.

En conclusión, a partir del análisis realizado, es posible afirmar que la relación entre constitucionalismo y democracia podría ocupar innumerables escritos, profundos debates. Aquí sólo abordamos un

camino posible que consistió en tomar la lectura de Jeremy Waldron en diálogo con otros autores, elaborar algunos conceptos a partir de elementos brindados en ella y diagramar hipótesis relativas a las implicancias de afirmar un determinado tipo de conexión.

Además, la conexión entre constitucionalismo y democracia presenta importantes consecuencias relativas al diseño político institucional y creo que podemos extraer ejes de análisis de los aportes trabajados. Esos aportes, aunque sinuosos y profundos en la teoría, analizados en las prácticas públicas de los poderes constituidos en un Estado determinado pueden visibilizar su corrección o incorrección, en términos de derechos.

Entonces, el trabajo llevado a cabo revela importantes elementos a tener en cuenta cuando se trabaja sobre instituciones públicas y, específicamente, en las lógicas de actuación de tales instituciones en tanto implican control de derechos. Retomando términos de Jeremy Waldron, el sujeto agente de autogobierno es un agente con capacidad moral. Esa capacidad moral es la que justifica su condición de agente de derechos. La democracia deberá estructurarse como forma de gobierno de modo que sus aristas, contornos y diagramas, profundicen, progresivamente, el goce de derechos.

Referencias bibliográficas

- Gargarella, Roberto. «Los jueces frente al coto vedado», *Discusiones*, Num. 1, 2000.
- O'Donnell, Guillermo. «Accountability Horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política», *X Seminario Eduardo García Máynez*, Ciudad de México, 2001.
- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, (Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga), Madrid, Marcial Pons, 2005.

Policía, control y democracia

Una cartografía a explorar

por Hernán Bouvier*

Resumen: el trabajo propone un análisis tentativo sobre las dificultades para determinar si y de qué manera debe distribuirse la violencia autorizada. El caso paradigmático de violencia autorizada es lo que en el lenguaje cotidiano se denomina «la policía». De acuerdo a ciertas asunciones, se trata de un trabajo duro, pero alguien tiene que hacerlo. Este artículo pretende contribuir a aclarar quién y por qué tiene que hacerlo, y por qué estaría justificado que cierta gente sea excluida y/o eximida de tal carga.

Palabras clave: policía, distribución, equidad.

Abstract: the paper advances an analysis regarding the distribution of authorized violence. The noun «The police» is the term employed in every day language to refer to a paradigmatic case of authorized violence. Given certain assumptions, police work is hard but someone has to do it. This paper intends to collaborate in the clarification of the reasons that could justify different ways of such distribution.

Keywords: police, distribution, equity.

* Conicet-Universidad Nacional de Córdoba. Email: hernanbouvier@gmail.com. Agradezco las numerosas observaciones a una versión previa de este texto hechas por: Daniela Domeniconi, Samanta Funes, Juan Iosa, Bruno Rusca, Valentina Riso, Magalí Vereda, Belén Gulli, Paul Hathazy y Federico Arena. Este trabajo se realizó en el marco del proyecto de Secyt-UNC categoría A, 30720130101051CB.

1. Introducción

La mayoría de los grupos sociales contemporáneos organizan el problema de la seguridad y el control urbano en torno a la policía. Es decir, en torno a una fuerza profesional obligada a ejercer la coacción. Esta organización está basada en una cierta distribución de la coacción autorizada. Se trata de un trabajo duro, con consecuencias graves tanto para quien lo ejecuta como para quien lo recibe.

El ejercicio de la coacción autorizada genera un sinnúmero de problemas. En este trabajo pretendo analizar algunos aspectos que pueden servir a contestar a la siguiente pregunta ¿de qué manera debe estar distribuida la obligación de ejercer coacción? Dicho de manera más directa, ¿a quién le toca hacer de policía y en base a qué razones? Las consideraciones de este trabajo no plantean una respuesta definitiva a estas preguntas. Son sólo un punto de partida para su análisis. Indicaré algunos aspectos de una cartografía compleja esperando que eso pueda contribuir en un futuro a una respuesta más acabada.

2. Seguridad y protección como bienes necesarios

La seguridad y protección son considerados tipos de bienes imprescindibles en la vida política. No es algo que un grupo social puede darse el lujo de no adquirir o desechar. Esto es considerado así en base a ciertas posiciones y suposiciones antropológicas. Algunas de ellas son fruto del énfasis o la exageración, otras han sido corroboradas por el acontecer de los hechos. Puestas o supuestas, cuentan entre ellas la codicia, la vanidad, el espíritu rapaz o irascible, la debilidad de voluntad, la propensión a priorizar los propios deseos, cuando no la tendencia a favorecer a quienes prodigamos simpatía. Según este racimo de asunciones somos seres capaces de dañar, incluso de manera imprudente. Otros datos antropológicos probados o supuestos son nuestra preocupación por la libertad, el temor a la muerte (violenta), la empatía parcial con los otros, la igualdad física aproximada y la capacidad de actuar por razones. La forma típica en que se aborda este cuadro en la mayoría de los grupos sociales actuales es generando instituciones esta-

tales que administran la fuerza. Estas instituciones poseen —según se sostiene— el monopolio de la violencia autorizada para un grupo de casos. Un grupo social, dadas estas asunciones, no puede prescindir de funcionarios que ejerzan la coacción. En especial es necesario un grupo dispuesto a ejercer la coacción corporalmente. Se usa para este grupo el nombre genérico de «La policía». Las consideraciones que siguen se refieren a la policía en el especial sentido de quienes están obligados a ejercer personalmente la coacción física para un grupo de casos determinado.

El ejercicio de la coacción por la policía puede justificarse en base a consideraciones de autointerés, ventaja mutua, imparcialidad o combinaciones de ellas. De este modo puede decirse, en primer lugar, que ud., vos o yo tenemos razones para aceptar la institución de la policía en la medida en que ella garantice la supervivencia de varios, la propia vida o que todos obtengamos ventajas. La idea de aceptar la policía por razones de autointerés o ventaja mutua tiene su límite para una (supuesta) persona que no tiene nada que ganar porque es el más fuerte o puede hacer siempre lo que quiera. No habría razones de autointerés o ventaja mutua para quien ya tiene todo lo que quiere o necesita. Una persona tal estaría más allá de la frontera de negociación definida en estos términos.

Se puede exigir otro tipo de justificación si se quiere dar razones más allá del autointerés o la ventaja mutua, para evitar casos como el citado. Será necesario separar la noción de justicia de la de poder de negociación. Así, en segundo lugar, se puede neutralizar, depurar o «imparcializar» estas consideraciones sosteniendo que hay razones para aceptar la policía partiendo de datos de conocimiento mínimo sobre cómo se comporta la gente y qué nos importa, pero obviando numerosos aspectos sobre nuestra particular situación actual de interés. De este modo, incluso si fuese cierto que existe una persona que no tiene nada que perder o ganar, sería racional o razonable aceptar la institución de la policía. Por autointerés o interés depurado, bajo ciertas asunciones, la policía está justificada y no es posible prescindir de ella.¹

¹ Esta problemática se conecta con la distinción entre diferentes teorías de la justicia, en el sentido de teorías que intentan justificar/criticar sistemas normativos que dis-

Es difícil —aunque no imposible— pensar un escenario de vida conjunta y pacífica sin coacción autorizada. En el ámbito en que esto se escribe —Córdoba, Argentina, 2016— es particularmente difícil. No es posible deshacerse del problema de la policía con el simple «no me importa, que no haya más». La necesidad de policía está implicada, se lo quiera o no, en afirmaciones frecuentes. Esto es así para todo aquel que sostenga que los militares que violaron derechos humanos deben ir presos o que los abusos policiales deben ser enjuiciados. También vale para todo aquel que considere que a los ladrones hay que cortarles la mano o la cabeza y no esté dispuesto (por pereza, miedo, o falta de tiempo) a hacerlo por mano propia. Este tipo de declamaciones que se quejan de la policía o la critican deben ser leídas como objetando el actuar de *esta* o aquella policía con nombre propio, pero no pueden negar la necesidad de la policía si piden lo que piden y aceptan las asunciones antropológicas indicadas más arriba. No se puede al mismo tiempo, en definitiva, aceptar las asunciones en cuestión, realizar ciertos reclamos y pensar que el ejercicio de la coacción autorizada es un recurso del que podríamos deshacernos sin más.

3. Libertad y ejercicio de la coacción

El ejercicio de la coacción autorizada está sujeto a límites normativos. Esto es así por múltiples razones. En primer lugar porque se considera que existe el riesgo que los funcionarios se transformen en depredadores de lo mismo que están llamados a conservar. En segundo lugar porque la coacción puede implicar la pérdida de libertad. Dado que la libertad se considera en este esquema el valor máximo, su limitación debe ser excepcional y circunscripta. Esta es la idea genérica que se encuentra tras el principio de legalidad, de la pena como «ultima ratio»

tribuyen o administran cargas y beneficios. Puede hacerse hincapié en el autointerés-ventaja mutua o en la imparcialidad, lo cual definiría dos grandes grupos de teorías. Dependiendo de cómo se configure el «sujeto imparcial», puede suceder o bien una implicación entre las distinciones o bien su colapso. Véase Barry, B. *Teorías de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 2001.

y en general en todo sistema que intente equilibrar libertad con seguridad y protección en base a las asunciones indicadas más arriba. Puede llamarse a este cuadro o modelo —que incluye las posiciones y suposiciones de más arriba— «liberal-securitario».

La idea según la cual la libertad es el valor a cuidar o «maximizar» tiene múltiples repercusiones, incluso a nivel teórico. Existen incontables análisis de acuerdo con los cuales dado que la pena privativa de la libertad es de lo más gravoso y severo que se le puede hacer a una persona, su restricción debe ser particularmente limitada. Correlativamente existen pocos análisis que traten de manera análoga la obligación de ejercer eso que, se supone, es lo más gravoso y desagradable que se le puede hacer a un igual.

En efecto, si la privación de la libertad forma parte de las experiencias especialmente desagradables para quien la sufre, parece difícil sostener que no sea particularmente disgustosa para quien la ejerce. Digamos que el sufrimiento en carne propia de la coacción es desagradable y otro tanto para su ejercicio. Claro que esta asociación puede discutirse. Podría decirse que perder la libertad es horrible, pero no sería necesariamente así en el caso de privar de libertad a otro²

Incluso si se negara que el ejercicio de la coacción es desagradable en muchos casos, el modelo aludido debería asumir que es desagradable de todos modos. Esto es así porque en las bases del modelo liberal securitario se encuentra especialmente valorado el deseo de supervivencia. Como los encargados de ejercer corporalmente la coacción estatal están llamados a interceder para evitar hechos en contextos en donde su propia vida está en riesgo, el ejercicio de la coacción será particularmente desagradable aunque el funcionario en cuestión disfrute de privar a otro de la libertad. Es usual escuchar que las «fuerzas

² Agradezco una observación al respecto de Bruno Rusca. De acuerdo al modelo aquí presentado y sus asunciones debería decirse que también es desagradable el ejercicio de la coacción. Esto cuanto menos es así si se asume la suposición de la empatía con los otros según la cual no estaríamos dispuestos a hacerle a cualquiera cualquier cosa. La empatía en conjunción con la valoración de la libertad y la vida pacífica tiene que afectar para algunos casos el espíritu supuestamente empático que hay en (casi) toda persona. Para una persona tal la pérdida de libertad o vida de otro ejecutadas por propia mano tiene que ser al menos desagradable.

policiales tienen que poner cada día su vida en riesgo». Esto suele significar que eso es especialmente grave, confirmación de lo que aquí se indica. Bajo este esquema, entonces, el ejercicio de la coacción es especialmente gravoso o desagradable o bien por lo que inflige, o bien por el riesgo a que somete al obligado a la acción de infligir.

Dadas las asunciones antropológicas del modelo, el ejercicio de la coacción también debería contar entre el tipo de acciones para las cuales los estándares normativos se elevan. Sin embargo, determinar en qué sentido aquí se habla de «elevar estándares normativos» y qué consecuencias implica es dificultoso por varios motivos.

El primero es que no abundan análisis al respecto. Sea porque niegan la premisa de partida (de acuerdo con la cual el trabajo es especialmente duro y eso debería elevar los estándares normativos en algún sentido); sea porque aceptando provisionalmente la premisa se decide dedicar los esfuerzos a elevar los estándares normativos para la pérdida de libertad del ciudadano. La pregunta por la carga de *ejercer* personalmente la coacción recibe poca atención si se la compara con los esfuerzos en tinta por racionalizar el ejercicio de la coacción como sufrimiento de coacción o pena. La mayoría de los teóricos con vigencia y relevancia académica y jurisprudencial en nuestro ámbito se han dedicado a esta línea. El énfasis ha sido puesto en el sufrimiento de la medida coacción, no en su ejercicio. La falta de atención excede las universidades. El ámbito discursivo cotidiano al que tengo acceso revela una relativa resistencia a tratar el tema. Esto puede explicarse por múltiples factores. Sólo indicaré dos que creo son de fácil corroboración y pueden ayudar a conjeturar una hipótesis sobre la falta de atención.

La fuerza policial en concreto (con sus empleados y responsables) es objeto de dos grandes actitudes grupales o sociales. Por un lado el ninguneo y por el otro el verdugueo.

El ninguneo de la policía es bastante frecuente en algunos (sobre todo, *algunos*) grupos que defienden los siguientes valores: libertad, igualdad, solidaridad, imparcialidad y redistribución de la riqueza que mejore al menos la situación de los que están peor. Para algunos de esos grupos la policía puede ser la violadora serial de derechos humanos, la máquina de violencia estatal, pero en todo caso no un conjunto de personas en un régimen complicado y violento a su vez, donde son

víctimas, victimarios, trabajadores precarizados, explotadores y explotados.³

El verdugueo, por su parte, es ejercido por gran parte de la clase administrativa y económica dominante. Es típico que algunos de los integrantes de esta clase en Córdoba sean defensores del afecto y simpatía (por sobre la imparcialidad), privilegien (un sentido de) seguridad frente a la libertad y no crean en el acceso por dedicación o trabajo sino por relaciones sociales y familiares. Este grupo suele considerar a la policía como empleados a los que se puede mandar en clave cuasi militar, sea por el cargo o status social del policía, por su supuesta ignorancia o una combinación de ellas. En atmósferas de ninguneo y verdugueo (ambas formas de desprecio y desconocimiento) es normal que la pregunta por los derechos y obligaciones de la policía surja como residual y se limite a afirmaciones obvias o simplemente no se diga nada. Además de la potencia que puede tener el desprecio para explicar la falta de atención académica y social, el ninguneo y verdugueo se suman a los factores que hacen al trabajo duro y desagradable.

En resumen, el ejercicio de la coacción autorizada (esto es, el trabajo de la policía) es particularmente duro o bien por lo que ejerce, o bien por el riesgo a que está sometido quien lo ejerce, o bien por el tipo de actitudes de desprecio existentes frente a la policía. Estas actitudes pueden explicar la relativa falta de interés con respecto a ciertos aspectos de la cuestión policial.

4. Distribución de la carga y escenarios posibles

Asumido que es un trabajo duro y que alguien tiene que hacerlo, puede pasarse al análisis de cómo de hecho está distribuida esta

³ Frente a esta actitud se queja Pier Paolo Passolini en su poesía contra estudiantes que se enfrentaron a la policía en 1968 (Véase «Vi odio, cari studenti!»/«Los odio, queridos estudiantes»). Sobre la estigmatización y trato recibido por la policía, con estudios etnográficos, véase Drew, S.K. Y Hulvey, M. «Cops, Crime and Community Policing» en Drew, Mills, Gassaway (eds.) *Dirty Work. The social construction of taint*. Texas, Baylor University Press, 2007. Por múltiples razones (genuinas y no) existe una tendencia a ver la actividad policial como moralmente viciada/turbia/manchada/contaminada («morally tainted»).

carga y como debería estar distribuida.

Existen diferentes formas de diseñar la policía, en especial en lo relativo a cómo se ingresa a ella y cómo funciona internamente y en sus relaciones con el exterior.⁴ En estas cuestiones son relevantes múltiples datos. Entre ellos, datos empíricos sobre cómo de hecho funciona esta o aquella fuerza. Existen análisis útiles, en especial para evitar exageraciones sobre qué explica que la policía local sea de cierta manera.⁵ Tales análisis son relevantes para fines ulteriores. Por ejemplo, para evaluar si la policía debe estar más cerca de la «comunidad», si debe ser manejada por el ejecutivo u otro poder, a quién deben responder quienes la dirigen, etc. Es decir, también colaboran para responder a la pregunta sobre la modalidad y la distribución de esta carga. No abordaré aquí todos los problemas involucrados. En su lugar dividiré el análisis en cuatro escenarios posibles con el propósito de contribuir a la pregunta por la distribución de la carga.

La distinción entre escenarios depende de la satisfacción de dos propiedades. Por un lado lo que llamaré «equidad» en un sentido definido. Me refiero a una sociedad en donde nadie se encuentra bajo la línea de la pobreza y existe pleno empleo. En ese sentido, quienes tienen empleo ganan al menos lo suficiente como para alcanzar la canasta básica total para su persona y los que están a su cargo, y para soportar los impuestos dedicados a solventar o asistir a los que están (temporalmente) desempleados.⁶ Por último, un escenario tal no es producto de

⁴ Wilson, James W. *Varieties of Police Behavior. The management of law and order in eight Communities*. Harvard, Harvard University Press, 1978. Saín, Marcelo *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002. Es interesante el dato según el cual una policía sometida a criterios de «gestión» y dirigida por un «professional manager», en ciertos contextos, puede generar más arrestos por faltas menores (Wilson, p.274)

⁵ Véase Hathazy, P. «Inseguridades interpeladas: políticas de control del delito y ciudadanías en la Córdoba neoliberal» en Natalia Bermudez y Malena Previtali (comps.) *Merodear la ciudad: Miradas etnográficas sobre espacio urbano e inseguridad en Córdoba*. Córdoba, Editorial UNC, 2014. También Hathazy, P. «Políticas de Seguridad en Córdoba (2000-20005): incremento del estado penal y remilitarización policial». Documento de trabajo número 8 (PAV 2003-065)

⁶ Sobre el concepto de canasta básica total véase: http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/informe_canastas_basicas.pdf

la casualidad sino del seguimiento de reglas o principios. En especial implica el seguimiento del principio según el cual la desigualdad sólo está justificada si es en beneficio de todos⁷ y de la idea de que los límites a la libertad de optar deben depender en su expresión mínima posible de la mala suerte o consideraciones ajenas a lo que ha *hecho* la persona de relevancia. Esto se acerca en algún sentido a algunas propuestas de Estado de bienestar y/o igualitario. Es usual sostener aquí que la dificultad en alcanzarlo no obsta que sea posible perseguir su satisfacción, cuanto menos imperfecta. Se puede hablar de un ideal regulativo razonable. Hasta aquí en cuanto al uso del concepto de equidad.

La segunda propiedad que integra los escenarios es la organización de la policía. Me referiré aquí a la organización de la policía concentrada y profesional tal cual la conocemos, por ejemplo, en el contexto que esto se escribe. Es decir, gente que ha recibido alguna capacitación, es empleada pública, y recibe una remuneración por el trabajo de ejercer la coacción física. Llamaré a este diseño el de «policía profesional concentrada». Opondré a esta idea la de policía desconcentrada. Según se la entenderá aquí, la policía desconcentrada puede incluir una parte importante de personal estable, profesional y técnico, pero no se agota en él.

Naturalmente, las dos propiedades dan lugar a 4 escenarios posibles dependiendo si estamos en un contexto con equidad o inequidad y con policía concentrada o desconcentrada.

5. Escenarios y peculiaridades

5.1 Primer escenario: equidad y policía concentrada

En una sociedad equitativa la elección del trabajo duro y peligroso policial puede ser una opción entre otras salidas laborales, con algunos interrogantes acerca de las razones para elegir un trabajo tal en ese contexto. Existen dos razones obvias para su elegibilidad. En pri-

⁷ Entiendo que esto se vincula con el principio de la diferencia propuesto por Rawls. Véase Barry, op. cit., 246.

mer lugar la búsqueda del honor, respeto, vocación u otro capital simbólico análogo. Por ejemplo, ser visto como miembro de la fuerza, algo presente en otra época con respecto a la pertenencia al ejército o la marina. La segunda es relativa a la necesidad de trabajo. Por hipótesis, este motivo o razón se vería debilitado en una sociedad equitativa. Hay razones y motivos para trabajar, pero no en *ese* trabajo. Esto sería así en la medida que se supone que la dureza y peligrosidad incidirían en la elegibilidad del trabajo (si es duro y peligroso un ser «racional» no lo elegiría o lo rankearía más bajo en sus preferencias). Es posible que en algún momento surja un problema normativo si la dinámica económica se desenvuelve de una manera. Este sería el caso si nadie opta por tal trabajo.

En el balance sobre la dureza del trabajo y su elegibilidad debe contarse además la seguridad laboral que otorga, la frecuencia real de peligro de vida o lesión, y el horizonte de expectativas de ascenso o estabilidad.⁸ Pero sea cuales fueren las razones para elegir un trabajo tal, y dejando de lado el caso de qué hacer si nadie se apunta, la elección del trabajo puede contar en un sentido importante como «libre». Al menos no forzada por una situación particular del mercado y de las condiciones sociales. Un primer escenario posible, entonces, sería aquel en que hay equidad y policía concentrada profesional, como quizás es el caso de algunos pocos países.

5.2 Segundo escenario: inequidad y policía concentrada.

Un segundo escenario difiere del anterior en que no es equitativo, aunque la policía tiene la misma organización. Este parece ser el caso de la policía en Argentina y en Córdoba en particular. Tal escenario es compatible con la siguiente situación empírica: salvo contadas excepciones, las personas no pueden prescindir de realizar algún trabajo. Así que la oferta de la fuerza trabajo es relativamente insensible al

⁸ Dependiendo del contenido de estas variables trabajar en un taxi en cierto contexto puede ser más duro e irracional que trabajar como policía. El riesgo de muerte en accidente de tránsito depende de la frecuencia de tráfico en un contexto. Por ejemplo, cuántas veces sale uno a la calle y en qué contexto de circulación.

cambio de precio y puede continuar con salarios desplomados o míseros (esto es lo que puede llevar a la explotación). Correlativamente la demanda de fuerza trabajo (oferta de empleo) puede seguir siendo satisfecha incluso con ofertas salariales bajas, en la medida en que no tener trabajo implique la muerte, el hambre o la vida indigna y la población en «vida activa» sea superior a los puestos de trabajo disponibles. Con tales presupuestos el trabajo es un bien inelástico en el sentido de que la fuerza trabajo seguirá ofertándose incluso ante bajos salarios.⁹ En tal contexto, en la medida que el Estado demande fuerza de trabajo policial (como no puede dejar de hacer) existe un incentivo para el grupo de desocupados para aprovechar esa escasa o única oferta laboral. En contextos de pocas o nulas posibilidades laborales la opción por la policía se parece menos a una elección libre en los términos del escenario anterior. Es más bien forzada. En este escenario no puede asumirse sin más que todo aquel que decide entrar a la fuerza policial lo hace movido por esa necesidad. Sin embargo, se puede conjeturar en base a datos y razones si un grupo importante lo hace mayoritariamente por necesidad o por el deseo de otro capital simbólico o vocación. Son posibles y de hecho existen escenarios en que un grupo importante de la población está de alguna manera constreñido a no rechazar el trabajo de policía. Digamos que sus opciones de «opt out» están limitadas.

Un fenómeno que viene implicado en un escenario de este tipo es que existe un grupo de potenciales y actuales trabajadores que sí tienen en términos relativos o absolutos posibilidad de elegir uno u otro trabajo. Es decir, pueden permitirse no tomar el trabajo de policías y sin embargo trabajar en otra cosa. En un escenario en donde según las reglas jurídicas es facultativo (mas no obligatorio) ser policías, tienen un «libre» ejercicio de esa facultad todos aquellos que tienen el suficiente capital económico para no hacer el trabajo que debe hacerse. Puede decirse —de manera imprecisa pero informativa— que todos están facultados a ser policías, pero algunos están más constreñidos fácticamente que otros. En contextos como el argentino, dado que

⁹ Esta forma de caracterizar el trabajo la extraigo de ideas sugeridas por Ricardo Caracciolo a propósito de conversaciones sobre otros temas diferentes al de la policía.

la desventaja o desigualdad material o fáctica no depende sólo de los que las personas han hecho o dejado de hacer sino de factores más allá del control de su voluntad («mala suerte social»), se trata en principio de una desigualdad o privilegio injustificado. Esto es semejante, pero no idéntico, al caso en que una persona pudiese eximirse de una obligación pagando por su eximición.¹⁰

5.3 Tercer escenario: inequidad y policía desconcentrada

El tercer escenario incluye inequidad y policía desconcentrada. Por ejemplo: la tarea policial la realiza en todo o en gran parte un cuerpo de ciudadanos no profesionales y que no son asumidos de manera permanente y a tiempo completo como policías. Para todos los casos de policía o servicio desconcentrado se puede hablar alternativamente de policía ciudadana.¹¹ El cuarto escenario es aquel de una sociedad equitativa y con un cuerpo policial desconcentrado. Me centraré en lo que sigue en los primeros tres escenarios.

Córdoba en particular se encuentra en un escenario del segundo tipo. Vivimos en sociedades inequitativas donde existe una fuerza poli-

¹⁰ Esto ha sucedido en múltiples «enrolamientos» militares. Ejemplos interesantes al respecto se encuentran en Sandel, Michael J. *Justice. A Reader*. Oxford, Oxford University Press, 2007. Cap. 5 «Markets and Morals: Surrogate Motherhood, Military Service». Tal capítulo incluye artículos de Calabresi y Bobbit («Tragic Choices») y McPherson («Battle Cry of Freedom: The Civil War Era»). Son interesantes los contrapuntos entre estos dos textos porque hay algunos desacuerdos sobre si y en qué medida el enrolamiento era una carga que una clase privilegiada podía evadir sin más. Es decir, en qué sentido se trataba de «pagar para no hacer algo que alguien tiene que hacer». Consideraciones al respecto se encuentran también en North, Douglas, «Los aspectos económicos del servicio militar obligatorio en vez de un ejército voluntario» en *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.* México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

¹¹ No conozco una organización policial organizada de tal manera. Casos análogos han existido para el servicio militar, donde todos los sorteados, provenientes de la sociedad civil, estaban obligados a formar parte de la fuerza militar al menos por el tiempo que duraba la «conscripción». En Alemania hasta el 2011 era obligatorio para los varones realizar o bien el servicio militar o bien el servicio civil (*Zivildienst*).

cial concentrada y profesional, y no todo el mundo tiene las mismas posibilidades fácticas de rechazar ese trabajo. Un dato a confirmar ulteriormente es que hay más gente dispuesta en Córdoba a ser policía que la cantidad de puestos ofertados por el Gobierno de la Provincia. Además, ese grupo de demandantes del trabajo pertenecen en general a un grupo identificable. Parecen provenir en su mayoría del interior y de zonas afectadas por el desempleo.¹²

6. Escenarios y su relevancia para el análisis

La división entre propiedades y escenarios puede ser útil por variadas razones. En especial si se tiene al primer escenario como ideal a alcanzar.

Existen múltiples textos, como se indicó, que se preocupan del mejoramiento del actuar policial en términos de cómo hacer la policía más permeable a otras instituciones de control y democracia, pero también (en mucho menor medida) cómo mejorar las condiciones del trabajo en cuestión para sus integrantes. Así, existen estudios sobre cómo mejorar el control y «accountability» de la policía por la sociedad civil u otros poderes del Estado, cómo hacerla más transparente o «abierta a la comunidad», etc. En segundo lugar, aunque bien lejos, existen análisis sobre las condiciones laborales de los implicados, un análisis que enfrenta resistencias en virtud de las actitudes de desprecio antes indicadas.¹³ Aunque importantes, esas consideraciones no afectan necesari-

¹² Véase nota de Noelia Maldonado, *La Voz*, 16/1/16 (<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/1500-quieren-ser-policias-quedaran-200>). Según entiendo, al igual que en Córdoba, las nuevas fuerzas policiales barriales o comunales creadas en Buenos Aires se nutren principalmente de los informalmente llamados «pibes/pibas». Es decir, gente joven de Provincia de Buenos Aires con escaso o nulo horizonte laboral. No obstante, estos datos indiciarios deben respaldarse ulteriormente.

¹³ Para el primer eje de análisis en la línea «democratización y transparencia», véase Loader, I. «Democracy, Justice and the Limits of Policing: Rethinking Police Accountability» *Social and Legal Studies*, Vol 3, 1994, 521-544. También pueden consultarse en esta línea los trabajos comparativos de Mary Fran T. Malone. En cuanto mejorar las condiciones laborales, al menos en el ámbito argentino, los aná-

riamente el segundo escenario (inequidad y policía concentrada). Esto es así porque lo que está en discusión en estos casos es, por ejemplo, cuánto se debe pagar a alguien que trabaja en esas condiciones. Claramente igual o más que un trabajo similar con menores riesgos. Pero esto, con suerte, eleva los estándares normativos (que implican «mayor remuneración») en base a la dureza y valor del trabajo. Esto no cambia el hecho de que en un contexto tal el ingreso se ve forzado por los niveles de desocupación que empujan a una franja de la población a asumir el trabajo duro que alguien tiene que hacer. Esto quiere decir que la suba de salarios y el mejoramiento de los derechos sindicales o laborales no modifican necesariamente el problema si es que se tiene al primer escenario como modelo a seguir. En un sentido importante no todos tienen en términos reales las mismas posibilidades *razonables*.

Por su parte, el tercer escenario (inequidad y policía desconcentrada) podría parecer una especie de alternativa deseable. Sin embargo, los inconvenientes son múltiples. En efecto, el ejercicio de la coacción autorizada es algo que alguien tiene que hacer. En el segundo escenario, vía determinados hechos, un grupo de gente es el que está mayormente «inclinado» a realizarlo, en virtud de factores inequitativos. Un supuesto agente en esta posición podría legítimamente preguntar «¿por qué me toca a mí o a nosotros hacer este trabajo duro? ¿sólo porque no tengo dinero/capital para eximirme de él?». Una respuesta con visos de igualdad sería la siguiente: dado que se trata de un trabajo que alguien tiene que hacer, porque todos lo necesitamos, entonces deben hacerlo de una manera u otra todos. Dejando de lado los problemas lógicos de esta expresión, esto sería equivalente a propugnar pasar al tercer escenario (sociedad inequitativa y policía desconcentrada).

La opción de pasar al tercer escenario no es buena al menos desde dos perspectivas. La primera es instrumental, de implementación y relativa a las consecuencias. Por ejemplo, una policía descentralizada

lisis son pocos. La policía y el servicio penitenciario no poseen derechos sindicales (a diferencia de Estados Unidos o Alemania, en donde salvo el derecho a huelga, poseen el resto de derechos de asociación gremial o sindical). Existe un caso a fallo en la Corte (originado en Córdoba) en donde se pretende avanzar en la línea de expansión de derechos sindicales. Autos «Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba».

puede generar efectos violentos y criminógenos en los llamados a ser policías y/o una pérdida de confianza en los pares porque «todos seríamos policías de todos». Además pueden existir otros efectos indeseables (supongamos, procedimientos nulos por impericia del policía ciudadano). Estas consideraciones, sin embargo, presuponen que se tiene una respuesta sobre si en algún otro sentido es correcto que la carga policial sea soportada por más gente además de la policía profesional concentrada.

Por su parte, hay un sentido al menos en que la igualdad numérica en la distribución de la carga (todos alguna vez tienen que ser policías) no soluciona el problema de la inequidad. Es más, podría agravarlo si la policía ciudadana genera que haya menos demanda estatal de puestos de policía, sin que cambie la situación de empleo fuera de la fuerza policial. En tal escenario posible, la clase de personas que en el escenario anterior podían ingresar a la policía y obtener al menos *un* trabajo, están peor. Compartir el trabajo duro disminuye las chances para la clase de referencia de tener algún trabajo (por duro que sea). Los que están peor en el escenario dos (los que están forzados a optar por la policía) no estarán mejor en éste. Vía determinados hechos del mercado laboral, podrían estar peor.¹⁴

Se puede discutir si hablamos aquí de posibilidades o de necesidades. Es decir, si necesariamente en contextos de falta de empleo y Estado que absorbe policías, la atomización de la policía generará que los que estaban mal (pues sólo pueden aspirar a ser policías) estén peor que antes. Es posible, mas no necesario, que se dé un escenario en el cual todos hacen de policías y la clase social desventajada no tenga ningún trabajo. En este escenario, por hipótesis, la clase forzada a trabajar como policía en el escenario anterior ahora no tendrá ninguna opción, ni dura ni blanda, o mucho menos de ambas. Este planteamiento es sensato y haría preferible el contexto 2 al 3. Por supuesto, parte de su plausibilidad depende de cómo se construya el escenario ulteriormente.

Es posible también un contexto en que la fuerza trabajo ciudadana empeñada ahora temporalmente en un servicio social libere horas

¹⁴ Agradezco esta observación a Anna Richter.

de trabajo disponibles en el ámbito privado (comercial, industrial de servicios) y que tal disponibilidad de horas genere demanda de fuerza de trabajo para quienes antes eran más propensos a tener que trabajar sólo de policías. Esto a su vez puede ser objetado.¹⁵

El tercer escenario podría defenderse —en caso que salga airoso de las objeciones indicadas— prometiendo algunas consecuencias deseables desde un punto de vista. Por ejemplo: encuentro entre personas de diferente extracto social, mayor compromiso con las cuestiones comunes, fomento de cambios de perspectivas. Es posible que los participantes en tal servicio cambien su opinión sobre el valor del trabajo o sobre sus pares habitantes en entornos completamente diferentes. Sin embargo, estas consecuencias no pueden darse por descontadas o automáticas. Además a primera vista la policía desconcentrada resulta re-

¹⁵ Una consideración ulterior en la línea «en el escenario de policía desconcentrada los que estaban mal estarán peor» puede apelar a la idea de eficiencia y costos de oportunidad. Si se demostrase que se pierde más dinero, riqueza y bienestar poniendo a trabajar como policía a cualquier ciudadano que excluyéndolos, entonces la policía concentrada es preferible a la policía desconcentrada incluso en contextos inequitativos. La idea es que hay una fuerza de trabajo que genera más riqueza y productividad si trabaja fuera de la policía. Los que tienen el privilegio de no hacerlo generarían más riqueza total incluso para el propio enrolado o designado como policía, que haciendo otra cosa. La idea se encuentra en North, op., cit. p. 74. De funcionar, este sería un argumento adicional en la línea «los que están peor están todo lo bien que podrían estarlo». Véase Barry, op.cit. pg. 251. Dentro de este argumento las líneas conceptuales y objetivas son dificultosas. Un ingeniero, por hipótesis, generaría más riqueza si continúa trabajando en Volkswagen, que si debe cumplir -digamos- un año de servicio social. Sin embargo, del hecho (a probar) que se genera más riqueza no se sigue que eso sea necesariamente en beneficio de todos. Esto depende de ulteriores reglas sobre la distribución de la riqueza. Además, todo depende de qué se entienda por riqueza valiosa. Porque si ella es sólo medida en términos monetarios, deja afuera otras ideas de riqueza y bienestar social. Este problema es patente en la discusión sobre los rankings de las «mejores universidades». Si el criterio es cuánto contribuye la universidad a la formación de profesionales que luego generan riquezas (industriales, comerciales) es posible que una universidad pública y gratuita quede bastante atrás. Pero si la riqueza y producto acumulado es la extensión horizontal del conocimiento crítico, además del productivo y técnico, muchas universidades latinoamericanas quedarían mejor en el ranking. Esto muestra que es disputable la idea de «eficiencia» y «riqueza» que se pierde o gana con ciertos diseños institucionales.

chazable en virtud de las experiencias históricas con casos análogos en nuestras latitudes.

El servicio militar obligatorio, por ejemplo, ha sido visto como valioso por una cultura con fuertes tonos machistas, homofóbicos y sacrificiales. Así, para algunas familias en otro tiempo el servicio militar «le servirá al nene para que se haga hombre, para que vea que las cosas no son tan fáciles» o al criollo desprevenido para educarse, nivelarse, pero también para aprender un régimen de trabajo. Se estilaba poner énfasis en los valores de la familia, del honor, del sacrificio, de la capacidad de soportar ordenes, de bancarse un «baile» y de «no aflojar como un marica o cagón». Se trata claramente de una cultura de la *crueldad*.¹⁶

Lo mínimo que se puede decir es que quizás la policía ciudadana no implique necesariamente una fuerza sometida a tales rigores o consecuencias como de «todos policías de todos», pero es probable que lo haga y de hecho ha sucedido. Por lo pronto debería mostrarse cómo se pueden evitar esos elementos que producen y reproducen autoritarismos, empezando por la posibilidad de expresarse, de condiciones dignas de trabajo y de inclusión igualitaria de los géneros.¹⁷

Varias, sino todas las consideraciones anteriores, son del orden de las consecuencias esperables y deseables. Sin embargo, todas o casi todas las peculiaridades indicadas y los buenos o malos efectos parecen depender de la pregunta sobre cómo se distribuye genéricamente la carga, si concentrada o desconcentrada. Luego puede pensarse cómo se implementa y evaluar si su implementación puede o no frustrar las razones de partida.

Considero que parte del interrogante sobre la distribución de la coacción puede explorarse apelando a lo que llamaré «análisis de parecidos».

¹⁶ Sobre la crueldad y su relación con ciertas formas de «civilización» puede verse Elías, N. «Civilización e informalización» en *Los Alemanes*. Buenos Aires, Nueva Trilce, 2009.

¹⁷ Sobre este último punto es útil consultar la siguiente entrevista <http://www.revistaanfibia.com/cronica/la-batalla-por-la-igualdad/>

7. Análisis de parecidos

En múltiples sociedades contemporáneas se considera vigente el denominado Estado de Derecho Liberal. Este Estado incluye multiplicidad de derechos y algunos de ellos no pueden enajenarse. Esto es paradigmático para uno de los integrantes de lo que se pueden llamar «derechos de expresión». Se incluyen dentro de ellos el derecho a votar, a peticionar frente a las autoridades, a interponer demandas, denuncias o contestarlas, a asociarse y naturalmente a poder expresarse sin censura previa.

Algunos de los derechos que pertenecen a esta genérica clase son enajenables en algún sentido. Puedo contratar a un abogado para que me represente y que su voz, dependiendo del poder otorgado, valga como la mía. Incluso es posible nombrar representantes de expresión, como son los voceros o los encargados de prensa de tal o cual repartición pública o privada. En estos casos está permitido mandar a otro a cumplir con ciertas obligaciones o derechos. Esto, sin embargo, no está permitido para todos los derechos de expresión. En lo que atañe al voto ciudadano en las elecciones corrientes, sea aquel optativo u obligatorio, no es posible enviar a otro en lugar del titular del derecho. No está permitido, al menos en Argentina, enviar a un mandatario a que vote en representación en los comicios legislativos. Esto es así no por una imposibilidad conceptual, metafísica o trascendental, sino porque se considera que el voto es una de las actividades «personalísimas». Sea obligatorio o facultativo concurrir a los comicios, es inválido o está prohibido el voto en representación. Dependiendo la latitud, esta es la regla para la elección de todos o algunos de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial).

¿Qué razones justifican esta idea o diseño de división del trabajo ciudadano? ¿En qué sentido se parecería el ejercicio de la coacción al tipo de bienes o derechos que no podemos enajenar políticamente?

Por empezar el derecho de expresión referido es un bien necesario si se presupone —al igual que con la coacción— ciertos datos antropológicos y ciertos valores sobre lo que nos importa o debe importar. Al igual que la coacción, la necesidad del derecho de expresión no es necesaria si se cambian los supuestos. No obstante, los supuestos en

este caso no son idénticos a los que necesitan y justifican la coacción. Se necesitan consideraciones adicionales sobre la dignidad o la autonomía. Se puede imaginar un estado seguro, con coacción centralizada, y sin derecho a voto o expresión. Si se agregan ciertos supuestos, el ejercicio del voto no delegable es una condición necesaria para la satisfacción de fines democráticos que incluyen los de autorrealización. Si se conjugan con lo dicho para la coacción, puede llamarse a este modelo el liberal, securitario y democrático. Los candidatos a justificar la prohibición de delegar el voto dependen de qué se atribuya a este modelo ya de por sí difusamente caracterizado y caracterizarle. Hay una forma de caracterizarlo que puede apelar a la siguiente razón en favor de la no delegación.

Como el representante a imaginar no es infalible, ni omnisciente y puede obrar con mala intención, es posible que en ejercicio de la voluntad se delegue la condición de posibilidad misma de su ejercicio subsecuente. Equivaldría a cerrar la habitación y tirar la llave por la ventana enrejada. Un caso en que se enajena la posibilidad misma de revisar por cuenta propia las decisiones (incluidas las de uno mismo). Una posibilidad que se autodestruiría partiendo de cierta suposición sobre lo que nos importa.¹⁸ Esta idea implica el principio según el cual es irrazonable tornar imposible *todo* ejercicio de la libertad posterior (aunque *algunos* sí puedan ser admisibles). Tal consideración está disponible para cualquier propuesta que sostenga que hay al menos un derecho de expresión y elección que no es enajenable, aunque no acepte que el voto es uno de ellos. El voto es un ejemplo de una actividad política no enajenable, pero no tiene por qué ser la única instancia ni el mejor ejemplo.

Si se considera que el voto u otro derecho de expresión es inajenable por su vinculación con la autodeterminación, resulta difícil trasladar esas consideraciones al ejercicio de la coacción. Al menos tres tipos de consideraciones hacen difícil extraer de lo dicho razones para una policía desconcentrada.

¹⁸ Creo que esta consideración es válida sea que se conciba a la autonomía como autolegislación, sea que se la conciba como juicio propio (la distinción es de Juan Iosa).

En primer lugar el voto u otro derecho de expresión suele ser, dependiendo el contexto, una facultad, no una obligación. En cambio, la coacción autorizada se suele tratar, bajo ciertos supuestos, de un deber para la clase relevante. Así que el traslado de una consideración sobre facultades de expresión a obligaciones de coacción está viciado desde un principio. En un caso (voto u expresión) hablamos de la indelegabilidad de un derecho (facultad) en el otro de una carga o deber. Pero incluso si se deja de lado este punto se puede aceptar el punto de partida y redoblar la apuesta. Esto nos conduce a la segunda consideración.

En efecto, dadas las posiciones y suposiciones del sistema liberal, securitario y democrático —tal cual lo conocemos implementado en estas latitudes— hay una parte de la seguridad y coacción que no está delegada y no puede estarlo. La regulación de la legítima defensa, pero también lo que se consideran «medidas de protección razonables» valen en un sentido obvio como una distribución ciudadana de la carga de protegerse mutuamente. Todo integrante del grupo social, bajo ciertas condiciones de éxito, conserva su derecho a defenderse y tiene la obligación de colaborar en no poner en riesgo a otras personas. Es más, es garante de verdaderos «deberes de cuidado» y seguridad.¹⁹ Esto es tanto como conceder la premisa según la cual la coacción no puede enajenarse de manera completa, y mostrar que tal consideración ya se encuentra operante en diversos diseños institucionales que regulan el ejercicio ciudadano de la violencia autorizada (v.g. la legítima defensa). Pese a las apariencias —continúa el argumento— el ejercicio de la coacción autorizada ya está suficientemente distribuido de manera horizontal hasta un cierto umbral. Sólo las apariencias y ciertas imprecisiones sobre el «monopolio de la violencia» oscurecen el aspecto de que el ejercicio de la violencia autorizada ya está sujeto a mecanismos de distribución que la desconcentran en múltiples puntos (sin llegar a una policía desconcentrada). Esta larga consideración —que concede el punto sobre que todos debemos hacerlo de alguna manera— no ahonda

¹⁹ Véase en esta línea Pawlik, M. «El funcionario policial como garante de impedir delitos» en Pawlik, M. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

demasiado en por qué se trataría de una obligación que en un punto no puede delegarse. Es decir, concede en que hay una carga que no se debe delegar e indica que de hecho ya es así.

La tercera consideración no concede el punto sobre la distribución y la no enajenabilidad. En efecto, incluso si se acepta que hay casos en que estaríamos dispuestos a no permitir la enajenabilidad (como en la expresión o el voto) eso no es suficiente para mostrar por qué también debería ser así para la coacción. En esta línea podría decirse de manera razonable que el ejercicio de la coacción es enajenable y delegable justamente porque allí no se juega el «núcleo de la autonomía» o expresiones análogas.

En el análisis de parecidos, entonces, parece haber al menos tres líneas a explorar. En primer lugar, si consideraciones acerca de un derecho o facultad (voto u otro derecho de expresión) pueden trasladarse a deberes de ejercer una función determinada. En segundo lugar, en qué sentido se trata de una obligación de la cual uno no puede descargarse. En esa línea se puede conceder que hay un punto en que (al igual que otros derechos) no puede enajenarse, y que efectivamente es así en nuestra coyuntura institucional y legal vía la legítima defensa y el deber de cuidado. En tercer lugar, recurriendo al análisis de parecidos coacción y expresión no se parecen. Esta última, y no la primera, es condición de posibilidad un Estado democrático. Gran parte de esta última línea depende de qué se entienda por términos como «núcleo de la autonomía», «autorealización», «expresión», o «condición de posibilidad de la democracia». Un problema evidente para esta consideración es que hay al menos un sentido en que el ejercicio de la coacción autorizada es condición de posibilidad de algunos casos de expresión y autorealización.

8. Observaciones finales

Las consideraciones anteriores pretenden contribuir a la realización colectiva de un mapa de problemas relacionados con la distribución del ejercicio de la coacción. He intentado mostrar que la distinción entre escenarios puede ayudar a distinguir problemas y escollos a

superar. Algunos son del orden de las consecuencias y/o dependen de configuraciones empíricas (en qué sociedad vivimos y qué motiva a la gente), otras son del orden político y normativo. La cartografía anterior puede ser útil para saber si, y en qué medida, todos o sólo algunos deben soportar la obligación de realizar algo que se supone todos necesitamos.

Referencias bibliográficas

- Barry, B. *Teorías de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 2001
- Drew, S.K. Y Hulvey, M. «Cops, Crime and Community Policing» en Drew, Mills, Gassaway (eds.) *Dirty Work. The social construction of taint*. Texas, Baylor University Press, 2007.
- Elías, N. «Civilización e informalización» en *Los Alemanes*. Buenos Aires, Nueva Trilce, 2009.
- Hathazy, P. «Inseguridades interpeladas: políticas de control del delito y ciudadanías en la Córdoba neoliberal» en Natalia Bermudez y Malena Previtali (comps.) *Merodear la ciudad: Miradas etnográficas sobre espacio urbano e inseguridad en Córdoba*. Córdoba, Editorial UNC, 2014.
- Hathazy, P. «Políticas de Seguridad en Córdoba (2000-20005): incremento del estado penal y remilitarización policial». Documento de trabajo número 8 (PAV 2003-065)
- Loader, I. «Democracy, Justice and the Limits of Policing: Rethinking Police Accountability» *Social and Legal Studies*, Vol 3, 1994, 521-544.
- North, Douglas, «los aspectos económicos del servicio militar obligatorio en vez de un ejército voluntario» en North, D. *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.* México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Pawlik, M. «El funcionario policial como garante de impedir delitos» en Pawlik, M. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

Sandel, Michael J. *Justice. A Reader*. Oxford, Oxford University Press, 2007.

Wilson, James W. *Varieties of Police Behavior. The management of law and order in eight Communities*. Harvard, Harvard University Press, 1978.

Las medidas de seguridad curativas de la ley de estupefacientes: un problema de justificación

por Daniela M. Domeniconi*

Resumen: El trabajo pone en cuestión la figura de las medidas de seguridad curativas previstas en el art. 12 de la ley de estupefacientes N° 23737. Estas medidas imponen, junto con la pena correspondiente a la comisión de cualquier delito tipificado en el Código Penal, un tratamiento rehabilitador coactivo para los condenados adictos. El trabajo discute su justificación y analiza la compatibilidad de estas medidas de seguridad con nuestro sistema constitucional y penal liberal, considerando distintas teorías legitimadoras de la intervención estatal.

Palabras clave: medidas de seguridad, autonomía, principio del daño.

Abstract: This article casts doubt on the figure of the coercive therapeutic measures established by the law of drugs N° 23737 on his article number 12. These measures impose a coercive rehabilitation treatment, together with the penalty applied for the commission of any crime, for those convicted who are also drug addicts. The paper discusses their justification and analy-

* Abogada (UNC – CIJS/CIFFYH) Córdoba, Argentina. danidomeniconi@gmail.com Este trabajo fue realizado en el marco del seminario de investigación «*Derecho y Control. Entre el control social y el institucional*», radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (FDyCS) de la Universidad Nacional de Córdoba. Mi especial agradecimiento a Hernán G. Bouvier y Juan F. Iosa por sus invaluable aportes, críticas e ideas.

zes, as well, the compatibility of these security measures with our liberal constitutional and criminal system, taking into account different theories of the legitimacy of state intervention.

Keywords: coercive therapeutic measures, autonomy, harm principle.

1. Introducción

Las llamadas «medidas de seguridad curativas» que prevé la ley de estupefacientes nº 23737 en su artículo 12 son medidas de seguridad impuestas a personas imputables y que no funcionan como sustituto de una pena, sino de forma accesoria a la misma. La ley 23737 habilita que los jueces puedan aplicar, además de la pena correspondiente por el delito imputado (cualquiera sea el delito), una medida de seguridad curativa que consiste en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación coactiva durante el tiempo que consideren necesario a esos fines, a realizarse dentro del establecimiento penitenciario donde los condenados se encuentren cumpliendo la pena impuesta.

El art 12 de la ley 23737 establece que:

cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen.

Aquí estamos ante un tipo de medidas de seguridad muy peculiares ya que:

a) no se encuentran dirigidas a personas inimputables, como las medidas del art. 34, inc. 1º, b) no requieren relación alguna con la comisión de un delito vinculado a la adicción a las drogas, como las medidas del art. 13 de la ley 23737¹, c) imponen un tratamiento de

¹ El art. 13 de la ley 23737 refiere a quienes sean condenados en virtud de poseer en

rehabilitación coactivo sin necesidad de consentimiento del adicto, a diferencia de los demás supuestos de medidas de seguridad curativas que sí tienen en cuenta la voluntad de curación (arts. 13, 14, ley 23737), y d) son ordenadas por los jueces del tribunal de juicio, a pesar de que los tratamientos de rehabilitación durante la ejecución de una condena se encuentran reglados por la ley 24660 y quienes poseen la potestad de ordenarlos y controlarlos son los jueces de ejecución y/o las autoridades de los establecimientos penitenciarios. (arts. 3 y 13, ley 24660).

En este trabajo, intentaré responder a la pregunta acerca de cuál es el carácter jurídico de estas medidas e indagaré sobre cuán justificadas se encuentran utilizando para ello diferentes tipos de teorías legitimadoras de la intervención estatal en la vida de las personas.

2. Las medidas de seguridad curativas: distinciones y problemas.

En el apartado anterior sostuve que las medidas de seguridad aquí analizadas poseen un carácter muy peculiar. Esto es debido a que no parecen encuadrar en las nociones que usualmente tenemos cuando hablamos de medidas de seguridad, es decir, las que resultan aplicables a inimputables, a menores, o al adicto condenado *por* el delito de tenencia de estupefacientes. Las medidas de seguridad más conocidas y desarrolladas por la doctrina son las del art 34 inc. 1º del Código Penal, en donde se establece que no es punible:

el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá

su poder estupefacientes y dice que «...si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena...»

ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

El artículo además trata el caso de quienes fueran absueltos de un delito por las causales previstas en el artículo y señala que en esos casos «*el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso*».

Las medidas de seguridad del art. 34 son muy distintas a las medidas de seguridad curativas aplicadas a condenados adictos; y, aunque son el tipo más conocido de medidas, puede verse claramente que no son las únicas. Así, es posible encontrar dispersas en el ordenamiento jurídico penal otras medidas similares en tanto comparten el *nomen iuris* y la finalidad de prevención especial², pero que se aplican a casos distintos, por lo que es necesario caracterizarlas por separado para lograr una mejor comprensión. Zaffaroni³, reproduciendo la «doctrina dominante» en materia de medidas, afirma que las medidas de seguridad se pueden clasificar en tres grupos:

- a) medidas para *inimputables* cuando se destinan a locos y lunáticos;
- b) medidas *postdelictuales*, cuando se destinan a quienes cometieron delitos; y
- c) medidas *predelictuales* cuando están dirigidas a gente sospechosa.

A su vez, reciben distintos nombres complementarios según su función, y en base a ella pueden clasificarse como:

² La pena entendida con una finalidad de prevención especial es la que posee un efecto *resocializador*, a diferencia de la pena con finalidad de prevención general que busca meramente *retribución*.

³ Cfr. con Zaffaroni, E.R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 51-52.

- a) *educativas*, llamadas también tutelares, son las destinadas a «completar la educación del menor y en ciertos casos propender a su reeducación»⁴;
- b) *curativas*, son «eminente­mente terapéu­ticas»⁵, como lo es una internación en un neuropsiquiátrico o un tratamiento ambulatorio y;
- c) *eliminadoras*, como lo es la «medida» accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del C.P.

No caben dudas de que las medidas del art. 12 son medidas *curativas* dada su finalidad terapéutica y de rehabilitación. Sin embargo, vuelve a surgir la peculiaridad de estas medidas, puesto que parecen no encajar en ninguno de los supuestos estructurales: no son destinadas a *inimputables* (ya que se aplica a los condenados); no son *predelictuales* tampoco, ya que no se la aplica en virtud de una idea de prevención de futuros delitos.⁶ En definitiva, todo indica que las medidas del art. 12 deberían ser *postdelictuales*, en el sentido de que se aplican en virtud de haber cometido un delito, no obstante, la medida en sí no tiene relación alguna con el delito cometido, sino que se aplica por la condición de adicto. Entonces, se aplica una medida *postdelictual*, sin culpabilidad, sin injusto y sin tipicidad.

La determinación del carácter de estas medidas resulta importante para comprender si nos encontramos frente a una pena o frente a una medida, independientemente del *nomen iuris* que las identifica en

⁴ Cortés de Arabia, A. M., «Las medidas de seguridad» en: Lascano, C. J. (director), *Derecho Penal Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, pág. 770.

⁵ «Ídem».

⁶ Algunos podrían argüir que el consumo de estupefacientes aparece asociado frecuentemente a la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad y que en ese sentido serían medidas predelictuales. El problema con esta idea es que la relación entre consumo y delito debería ser más cercana para que justifique una intervención coactiva, sino se configura simplemente una eventual puesta en peligro de un bien jurídico tan abstracto como la seguridad pública. Además, las medidas de seguridad curativas del art. 12 no podrían solucionar el problema de una futura criminalidad más que el tratamiento resocializador integral, progresivo y voluntario que tiene lugar en los establecimientos penitenciarios; por lo que considero que carece de sentido entenderlas como predelictuales.

la ley. Zaffaroni cree que es necesario distinguir entre medidas que son penas encubiertas y medidas que son medidas. Según el autor «muchas de las llamadas ‘medidas’ no ofrecen ninguna diferencia sustancial con la pena, en tanto que otras muestran claramente que nada tienen que ver con el derecho penal, fuera de una mera conexión formal.»⁷ Zaffaroni, por ejemplo, cree que la medida de seguridad de reclusión del art. 52 para reincidentes, es una *pena* más allá de su clasificación como «medida»; y que algunas otras medidas son en verdad medidas administrativas y no penales pero se encuentran dentro del ordenamiento penal debido a que su naturaleza privativa de libertad requiere que estén rodeadas de ciertas garantías constitucionales. El ejemplo que Zaffaroni tiene en cuenta es sólo el de las internaciones manicomiales, pero según entiendo, el argumento podría aplicarse también a las medidas de seguridad curativas del art. 12. Estas son, en verdad, medidas que debieran ser administrativas, puesto que su implementación corresponde a los distintos establecimientos penitenciarios, pero se encuentran incluidas en la ley penal porque dada su gran injerencia sobre los derechos individuales, deben estar sujetas a garantías procesales y constitucionales.

Además, un argumento extra estriba en el hecho de que, como se explicó anteriormente, en las medidas del art. 12 no se dan las condiciones de culpabilidad, injusto y tipicidad; lo que refuerza la idea de que estas medidas no pueden ser penas. Son medidas. Sin embargo, como ya he advertido, son de una naturaleza peculiar, *sui generis*. Se aplican para mejorar la salud del adicto, en su propio beneficio pero de modo coactivo. Se aplican también aunque los delitos cometidos no hayan tenido relación con el consumo de estupefacientes, y además añaden una condición extra a valorar al momento de una eventual liberación anticipada: el cumplimiento efectivo de la medida de seguridad curativa ordenada en la sentencia.

El problema con este tipo de medidas es que, teniendo una naturaleza evidentemente administrativa, se encuentran reguladas por el derecho penal para que se respeten ciertas garantías de contralor proce-

⁷ Zaffaroni, E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 93.

sal, pero en realidad terminan *agravando* la situación del condenado adicto. Afirmo que la agravan puesto que añade una condición al cumplimiento de la pena privativa de libertad que no responde a la verdadera necesidad del condenado, ya que cada tratamiento es individualizado y confeccionado por el organismo técnico criminológico en base a un estudio médico, psicológico y psiquiátrico, con conocimiento de los jueces de ejecución (arts. 3 y 13, ley 24660⁸) y no en base a una apreciación *de visu* de los jueces del tribunal de juicio.⁹ También es necesario mencionar que el tratamiento penitenciario tiene un principio rector, que es el de *voluntariedad* (art. 5, ley 24660) y que se ve de alguna manera desplazado por la imposición coactiva de un tratamiento rehabilitador mediante una sentencia del tribunal de juicio.

3. La incompatibilidad entre las medidas de seguridad curativas de la ley 23737 y la ley 24660

Como he sostenido, las medidas de seguridad curativas del artículo 12 poseen un carácter peculiar, y podría decirse, incoherente. No respetan el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario (art. 5, ley 24660) y tampoco respetan un mínimo estándar de seguridad jurídica y probatoria, ya que los jueces no necesitan siquiera de un dictamen médico para ordenarlas. En la ley 26660 que corresponde al tratamiento penitenciario de los condenados, se establece que si es el

⁸ Además, la ley de ejecución de pena privativa de la libertad estipula en su art. 1 que «el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada»; y luego asienta el principio de *voluntariedad* en el art. 5, finalmente en el art. 144 obliga a los médicos del establecimiento penitenciario a realizar un examen médico al momento del ingreso, dejando constancia de su estado en la historia clínica, así como de los antecedentes de consumo de alcohol, estupefacientes o cualquier otra sustancia tóxica susceptible de producir dependencia física o psíquica, si los presentara.

⁹ La ley 23737 no exige ningún tipo de prueba o pericia previo a solicitar la medida de seguridad curativa, por lo que la cuestión depende de un conocimiento de las condiciones personales del imputado en base a su propia declaración, o al conocimiento directo que de él toma el juez durante la etapa de juicio.

caso que un interno necesita un tratamiento por su adicción, pues será obligación del establecimiento penitenciario —bajo contralor de los jueces de ejecución— que dicho tratamiento se lleve a cabo respetando el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario (art. 5 Ley 24660), lo que claramente no puede darse cuando estamos ante una condición impuesta en una sentencia como complemento de la pena propiamente dicha. Desde su ingreso a cualquier establecimiento penitenciario del país, los condenados deben transitar un «período de observación» en el cual se les realiza un estudio médico, psicológico y social, que determinará el diagnóstico y con ello el pronóstico criminológico que será la información relevante en cuanto al tipo de tratamiento que deberá llevar a cabo cada interno. Un condenado que presente síntomas de adicción a los estupefacientes deberá cumplir el tratamiento indicado administrativamente por el servicio penitenciario, fundado en dictámenes médicos; resultando entonces *innecesaria* la medida de seguridad curativa impuesta conjuntamente con la sentencia condenatoria por el tribunal de juicio, que, además, pierde su competencia una vez que el interno ha sido ya condenado.

Puede afirmarse así que el tratamiento de rehabilitación por adicción responde a las tareas que le asigna la ley de ejecución a la autoridad penitenciaria; por ello es que las medidas del art. 12 resultan innecesarias, redundantes y; en algún sentido; incompatibles con las garantías que deben respetarse dentro de nuestro sistema de derecho penal. Por un lado, la imposición del tratamiento de forma coactiva vulnera el principio de igualdad, toda vez que el Estado toma intervención en el asunto sólo por la comisión de un delito —no relacionado a su adicción—, y los ciudadanos que no hubiesen cometido un ilícito no serán obligados a recibir un tratamiento contra su adicción. Es incluso más gravoso que ello, puesto que los internos que no cumplieren con el tratamiento de rehabilitación ordenado en la sentencia cuentan con una condición incumplida para la eventual obtención de una liberación anticipada. Si bien estamos ante una medida de seguridad y no ante una pena, el sentido de que las medidas de seguridad sean parte del derecho penal es que se asegure el cumplimiento de garantías sustanciales y procesales ya que una imposición coactiva resulta siempre una injerencia importante en la libertad personal. Debido a esto, resul-

ta necesario indagar acerca de los fundamentos de las medidas de seguridad curativas, a los fines de dilucidar si se trata de medidas justificadas o injustificadas y si resultan compatibles con nuestro sistema jurídico constitucional en general, y penal en particular.

4. Sobre la justificación de las medidas de seguridad curativas

Las medidas, como toda otra injerencia penal sobre la libertad personal, tienen que estar justificadas: debemos dar una explicación exhaustiva del por qué sometemos a una persona a una medida coactiva de esas características. Considero que la justificación debe ser todavía más elaborada en el caso de las medidas curativas, ya que no puede alegarse el castigo o reproche de cierta conducta que haya ocasionado un daño, porque no es el caso. El caso aquí es simplemente el *propio beneficio* o *curación* del sujeto adicto; y es por ello que cabe preguntarse: (incluso con más énfasis que en los supuestos de pena por haber cometido un delito tipificado) ¿puede el Estado obligarnos a realizar un tratamiento en virtud de nuestro propio bien? Aquí es donde entran en juego las distintas teorías de intervención del Estado, a través de la vía penal, en nuestra vida personal.

En el caso de las medidas de seguridad de la ley de estupefacientes estamos frente a una medida cuyo fin es la prevención y la curación, y en virtud de ese fin habilita la potestad de control y regulación del Estado a través del derecho penal mediante la imposición coactiva de un tratamiento psicofarmacológico de rehabilitación. Lo importante aquí ya no es lo que el sujeto hizo (ya que se parte de la base de que obtuvo una condena privativa de libertad por ello), sino lo que el sujeto alguna vez *podría ser o hacer* si no se rehabilita de su adicción. El énfasis ya no se encuentra en el acto, sino en las características del autor. Para analizar si las medidas curativas de esta índole se encuentran justificadas, debemos primero tener una noción de los distintos tipos de argumentos que se utilizan como fundamentos del desincentivo del consumo de drogas, a los fines de esbozar una idea acerca de cuán justificada se encuentra la injerencia de las medidas de seguridad curativas del art. 12. Existen distintos argumentos por los cuales una sociedad

considera que se deben desalentar, mediante la intromisión del derecho, las conductas vinculadas al consumo de estupefacientes. Nino¹⁰ reseña los tres más usuales: a) el argumento perfeccionista; b) el argumento paternalista y c) el argumento de la defensa social. A continuación, analizaré dichos argumentos a la luz de las medidas de seguridad del art. 12 a los fines de determinar si éstas se encuentran de algún modo justificadas. Antes de comenzar a analizar cada uno de ellos, es necesario aclarar que no niego el hecho de que la adicción a las drogas (al menos a algunas de ellas) puede afectar de forma sustancial la vida de los individuos deteriorando sus capacidades cognitivas, intelectuales, laborales, afectivas, etc.¹¹ El tema en cuestión es si el método que elegimos como sociedad para frenar el consumo y con ello la eventual adicción se encuentra justificado como método y es coherente dentro de nuestro sistema constitucional y penal actual. Otra es la discusión acerca de métodos alternativos no invasivos de la esfera de autonomía personal en casos en que, como éste, el delito no haya tenido relación con el consumo de estupefacientes.

4.1 El argumento de la defensa social

Esta tesis sostiene que la tenencia de drogas para el consumo personal está justificada en tanto se dirige a proteger de la expansión del consumo de drogas a otros individuos que no son drogadictos, y también a la sociedad en su conjunto, contra las consecuencias nocivas que ocurren por el hecho de que algunas personas consuman estupefacientes.¹²

¹⁰ Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 423. No se desconoce que existen distintas variantes, posturas y matices dentro de cada uno de los argumentos, sin embargo, para realizar un análisis más esquemático me remitiré principalmente a las posturas reseñadas por Nino en cuanto al consumo de estupefacientes, excepto por la variante del perfeccionismo liberal de Raz que no se encuentra incluida dentro de su reseña.

¹¹ Esta es una apreciación compartida por Nino, C., *Ética y...* «*op. cit.*», pág. 420.

¹² «Ídem».

Este argumento claramente no se aplica al caso de las medidas de seguridad curativas que aquí se considera, puesto que los establecimientos penitenciarios donde se purgan las condenas cuentan con controles que impiden la entrada de drogas y con ello la expansión de la misma hacia otros individuos no drogadictos. Incluso conociendo el dato empírico de que en las cárceles circulan ciertas drogas, no podemos basar la legitimidad de las medidas en una «falla» del sistema carcelario en cuanto al ingreso de estupefacientes. Además, como se ha tratado en el apartado 3, desde su ingreso como condenado a un establecimiento penitenciario, cada interno obligatoriamente transita un período de observación en el cual se le diagrama un tratamiento acorde a sus características particulares, lo que incluye un tratamiento de rehabilitación si los médicos certifican que padece de una adicción que lo amerita. Por estos mismos motivos es que tampoco se aplica aquí el argumento de las consecuencias nocivas que trae para la sociedad el hecho de que una persona consuma estupefacientes, puesto que esa persona se encuentra ya neutralizada en una institución total que es la encargada de resocializarlo y rehabilitarlo —si fuere necesario— hasta el momento de su egreso al medio libre. Descartado ya el argumento de la defensa social como justificatorio de las medidas de seguridad curativas, resta analizar los otros dos argumentos reseñados por Nino.

4.2 El argumento perfeccionista

El argumento perfeccionista considera que la autodegradación moral que genera el hábito del consumo de estupefacientes constituye una razón suficiente para que el derecho interfiera con su consumo, independientemente de los daños individuales y sociales que se ocasionan también.¹³ La rama más extrema del perfeccionismo¹⁴ (que es, por cierto, la única que reseña Nino) considera que la sola inmoralidad del

¹³ «Ídem».

¹⁴ No se desconoce que existe otra versión del perfeccionismo conocido como «perfeccionismo de la autonomía» o «perfeccionismo liberal», que presenta un argumento distinto al del perfeccionismo clásico que describe Nino. Esta variante será tratada en el apartado 4.4.

acto del consumo de drogas es suficiente para la justificación de la intervención del Estado en contra de éste. No es muy difícil oponerse a esta justificación de la intervención estatal sobre los estupefacientes, por dos razones aplicables principalmente a las medidas de seguridad curativas. En primer lugar, un Estado liberal como el nuestro, consagrado como tal en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, no puede incluir injerencias coactivas que no sean respetuosas del ejercicio de libertad de elección de los diferentes planes de vida que quieran adoptar los individuos, basándose simplemente en la inmoralidad del acto¹⁵. En segundo lugar, y también vinculado al art. 19, puede decirse que el Estado no debería intervenir coactivamente sobre la autonomía personal a menos que exista un perjuicio hacia terceros¹⁶. Esta idea se relaciona también al conocido principio del daño en derecho penal,

¹⁵ No es algo completamente indiscutido que el art. 19 consagre una concepción liberal de Estado. Sin embargo, considero que es la mejor interpretación de este artículo y del sistema constitucional en su conjunto, a raíz de ese artículo específicamente. En este sentido también opina Nino al decir que nuestra constitución es una de las pocas constituciones modernas que consagran *explícitamente* la libertad básica que deriva del principio de autonomía consagrado en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano cuando manifiesta que «la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... la ley no puede prohibir más que acciones dañosas para la sociedad». Nino, además, considera que es clara la intención de manifestar la libertad del principio de autonomía en el art. 19, aunque a pesar de ello a veces sufre cierta trivialización cuando se lo trata como si meramente consagrara el derecho a la intimidad, un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que las persona esté libre de intromisiones por parte de terceros. Élféfnis del principio de autonomía consagrado por el art. 19 no se encuentra en la privacidad de las acciones, sino en la subyacente *concepción liberal de la sociedad* que consiste en «discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio art. 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es moral intersubjetiva», Nino, C.S., *Ética y... «op. cit.»*, pág. 426-427.

¹⁶ Esta idea del ámbito de libertad personal exenta de la autoridad de los órganos judiciales cuando no hay perjuicio hacia terceros se encuentra plasmada en el caso «Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 25/08/2009; en el cual se declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737 que pena la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

que es el «conocido principio liberal de que la ley sólo debe estar destinada a prevenir conductas que causen algún perjuicio a terceros»¹⁷. Para que las medidas de seguridad curativas sean compatibles con nuestro derecho liberal en general, y nuestro derecho penal en particular, deberíamos probar que las acciones que estas medidas tienden a desalentar implican la invasión de los intereses o derechos de otras personas; sino nos encontraríamos en la situación en que cualquier acto considerado inmoral podría ser objeto de una intervención jurídica estatal bajo la forma de medidas de seguridad de cualquier índole que establezcan eventuales nuevas leyes. Considero, por ello, que el argumento perfeccionista no es adecuado para justificar la imposición de medidas coercitivas de rehabilitación sobre la persona condenada; ya que si no existe perjuicio —o probabilidad efectiva de perjuicio— hacia terceros que amerite una prevención, no existe justificación posible de estas medidas en nuestro ordenamiento jurídico por una afectación al principio básico de autonomía de la persona.

4.3 El argumento paternalista

Según Nino, el argumento paternalista afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se autoinfligirían si se convirtieran en adictos.¹⁸ Vemos en este argumento algo distinto: no se intenta imponer un ideal de vida buena (el de «no consumidor»), ni proteger a la sociedad del «contagio» del consumo, sino proteger a la persona de las consecuencias nocivas de sus propios actos. En palabras de Nino, se busca «preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro».¹⁹

¹⁷ Nino, C.S., *Los Límites...* *op. cit.*, pág. 269.

¹⁸ Nino, C. S., *Ética y...* *op. cit.*, pág. 423.

¹⁹ «Ibíd», pág. 428. El concepto de Nino es en parte coincidente con la definición más aceptada de paternalismo que es la de Gerald Dworkin. El autor sostiene que el paternalismo es «la interferencia de un estado o de un individuo para con otra persona, en contra de su voluntad, defendida o motivada por la pretensión de que la

Para el paternalismo que reseña Nino, el límite a la autonomía personal es el daño a sí mismo que tenga como consecuencia la disminución de la autonomía personal y por ello la frustración del plan de vida elegido. Las personas, entonces, pueden elegir cualquier plan de vida siempre que no los conduzca a auto dañarse de modo tal que no estén tomando decisiones verdaderamente autónomas.

Esta postura puede ser criticada desde la óptica liberal presente en nuestra Constitución. Nino, por ejemplo, considera que en la medida en que la legislación esté dirigida a proteger intereses que los propios titulares no perciben ni reconocen, no podemos hablar de fines «libremente asumidos» por los individuos, sino; en definitiva, de fines impuestos por el mismo Estado que considera valiosos esos fines. Por ello es que resulta sensata la pregunta acerca de por qué el Estado se encontraría en una posición epistémica mejor que la del propio sujeto adulto para saber qué camino elegir y cómo llegar a él. Puede darse el caso de quien consume drogas porque valora más esta acción que su propia salud de modo genuino, y en ese caso resultaría arbitrario que el Estado intervenga para reforzar su capacidad de cumplir con un propio plan de vida que no es el que él ha elegido.

En el caso de las medidas de seguridad curativas se suma otro argumento: la persona privada de libertad por la comisión de un delito ya se encuentra en una situación de privación de autonomía cual es encontrarse privado de libertad y —en un plano ideal— sin acceso real al plan de vida de consumir estupefacientes. En esta situación, la persona puede optar por un tratamiento de rehabilitación voluntario o simplemente no continuar con sus actos de consumidor asiduo porque es una actividad prohibida dentro de los establecimientos penitenciarios.

persona a la cual se interfirió estaría así mejor protegida del daño». En palabras del autor: «*Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm*». Ver: Dworkin, Gerald, «Paternalism», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/paternalism/>>. La diferencia entre esta idea y la de Nino es que para éste el fin último de preservar la salud o la integridad de los individuos es preservar su autonomía y con ella la posibilidad de elegir autónomamente un plan de vida.

Es así que al imponer medidas curativas en la sentencia de condena simplemente se está obligando a una persona a curarse de una adicción que, como actividad, no le es permitida en la cárcel y contra la cual posee un tratamiento *voluntario* de rehabilitación. Si la persona lo realiza voluntariamente se está respetando el principio de autonomía porque es el propio sujeto quien decide que resulta valioso para sí mismo el rehabilitarse. Y si no lo elige, el Estado no se encuentra justificado en imponerle mediante una sentencia un tratamiento compulsivo puesto que no puede imponerle un plan de vida distinto al que esa persona es capaz de elegir en su encierro donde —a pesar de la privación de libertad ambulatoria y con ello de una parte importante de su autonomía— existe información sobre los efectos dañosos de la conducta, especialistas en el tema y acceso real a tratamientos curativos y terapéuticos.

Luego de haber tratado estos tres abordajes teóricos a los que hace referencia Nino, puede concluirse que las medidas de seguridad curativas del art. 12 no se encuentran justificadas bajo ninguno de los argumentos que provienen de las distintas teorías de legitimación de la intervención del Estado reseñadas, ya que no resultan compatibles con nuestra concepción liberal de sociedad fundada principalmente en el art. 19 de la Constitución. Se analizará ahora una variante liberal del perfeccionismo, que podría encontrar una respuesta explicativa a la paradoja de las medidas.

4.4 El perfeccionismo liberal

El mayor referente del perfeccionismo liberal, o perfeccionismo de la autonomía, es Joseph Raz. Para este autor, la autonomía —el principio básico del liberalismo— es moralmente valiosa; y precisamente por serlo es que resulta necesario poner límite a algunas acciones de los individuos que atenten contra ella.²⁰ Así, el Estado se encuentra justificado en promover modelos de vida que representen mayor autonomía personal, y en desalentar modelos de vida que cercenen la propia autonomía; pero no debe hacerlo a través del derecho penal. Para

²⁰ Cfr. Con: Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pág. 407.

Raz, desalentar conductas «moralmente repugnantes» —como sería el caso de consumir estupefacientes de modo asiduo— no debe ser objeto de una medida coactiva pero, no porque sea una decisión autónoma de quien decide consumir estupefacientes, sino porque la coacción en sí misma está violando su autonomía personal. Afirma Raz:

Los medios utilizados, la injerencia coactiva, viola la autonomía de su víctima. En primer lugar, viola la condición de independencia y expresa una relación de dominación y una actitud de falta de respeto hacia el individuo coaccionado. En segundo lugar, la coacción a través de sanciones penales constituye una invasión global e indiscriminada de la autonomía. Encarcelar a una persona lo priva de casi todas sus metas autónomas. Otros tipos de coerción pueden ser menos severos, pero todos invaden la autonomía; y todos ellos, al menos en este mundo, lo hacen de un modo igualmente indiscriminado. (...) Una teoría moral que valore la autonomía por sobre todo puede justificar la restricción de la autonomía de una persona para resguardar la autonomía de otros o incluso de la misma persona en un futuro. Es por esto que podemos justificar la coerción para prevenir el daño, porque el daño interfiere con la autonomía. Sin embargo, no debe tolerarse la coerción por otras razones. La disponibilidad de opciones repugnantes, e incluso su libre persecución por parte de los individuos no disminuye su autonomía. Por más indeseables que sean esas condiciones, ellas no deberían ser reprimidas mediante la coerción.²¹

Para Raz, el perfeccionismo que él defiende es compatible con la garantía del principio del daño. De este modo, las medidas extremas de coacción —las que constituyen el derecho penal— se justifican sólo cuando haya habido un daño (o la efectiva posibilidad de un daño grave) hacia cualquier persona, incluido el autor del daño²². El concep-

²¹ «Ibíd», pág. 418- 419. La traducción es mía.

²² Raz brinda un concepto de daño más incluyente que otros autores como Feinberg, quien considera que el principio del daño que debe tenerse en cuenta para legitimar la coerción estatal es sólo el daño a terceros y la ofensa a terceros, más no el daño a uno mismo. Ver: Feinberg, J., *Harm to Self: The moral limits of the criminal law*,

to de daño en Raz, entonces, incluye el «daño a sí mismo», y podría haber aquí una objeción: ¿no es acaso la adicción a los estupefacientes un eventual daño a sí mismo? Hay dos respuestas posibles a esta objeción, la primera es conceptual y es la que —considero— daría Raz. La segunda es empírica y se relaciona con el análisis del caso de las medidas de seguridad.

La primera respuesta consiste en que, dado que el bien último a proteger es la autonomía de los individuos, y dado también que no existe mayor vulneración a la autonomía que la imposición de una medida coercitiva (ya sea sanción o medida de seguridad), estas medidas del art. 12 no se encuentran justificadas como tales, es decir, como *coactivas*; ya que la coerción debe utilizarse sólo en casos de daño concreto o peligro de daño extremo.²³ En otras palabras, la protección de la autonomía individual de la persona afectada no puede utilizarse como argumento para violar esa autonomía a través de la imposición de una medida coactiva mediante el derecho penal cuando existen alternativas respetuosas de la autonomía.

La segunda respuesta que puede esgrimirse se relaciona con el problema empírico de cuánto daño —a sí mismo— es necesario para que se encuentre justificada la intervención coactiva sobre la persona adicta. Esta cuestión resulta un tanto contingente, pero considero que

Oxford University Press, New York, 1986. Bajo una perspectiva como la de Feinberg resulta más fácil considerar a las medidas del art. 12 como injustificadas; sin embargo, en este trabajo me ceñiré a la postura de Raz que incluye dentro del concepto de daño al propio daño. Un análisis comparativo de los conceptos de daño y la implicancia del principio del daño como justificativo de la coerción penal puede consultarse en Stanton-Ife, J., «The Limits of Law», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-limits/>>.

²³ Raz considera que cuando no hay un daño concreto no cualquier posibilidad de ofensa legítima la intervención del derecho penal preventivo. La coerción penal deber ser utilizada para prevenir sólo casos extremos en los que con el resultado se dañaría a otra persona de modo tal que se afectaría el desenvolvimiento normal de su vida autónoma en sociedad. Las simples amenazas de ofensa que no podrían configurar un daño extremo, deberían ser limitadas y controladas por otros medios que no sean el derecho penal coactivo, es decir, deberían ser medios menos invasivos de la libertad del individuo. Ver Raz, J., «*op. cit.*», pág. 421.

es razonable argumentar que, si la persona adicta a la cual se le impone una medida coactiva fue lo suficientemente autónoma para no ser considerada inimputable en un juicio, no podemos entonces decir que su adicción haya disminuido su autonomía en absoluto. Con esto no quiero decir que el Estado debería permanecer indiferente frente a un condenado adicto, pero sí considero que, como afirma Raz, la violación de la autonomía a través de la coerción debe entenderse como última *ratio* frente a casos de daño concreto o de prevención de daños graves. Así, si la adicción en virtud de la cual se ordenó una medida de seguridad curativa en una sentencia no fue lo suficientemente dañina como para haber disminuido la capacidad y con ello la responsabilidad de la persona en el proceso penal, no debería considerarse como un caso de daño concreto o prevención de daño grave que amerite una medida coactiva. Al ser una cuestión empírica y contingente, es difícil trazar una línea acerca de cuánto daño es necesario para vencer la garantía del principio del daño en Raz que justificaría la intervención coactiva, más aún cuando esto dependería del tipo de droga, del tipo de daño, de la frecuencia, y de otros múltiples factores que resultan difíciles de determinar cuando no estamos hablando de un daño concreto, sino eventual. Es por ello que una medida curativa en la que no se distinga entre daño efectivo o eventual, ni entre tipos de estupefacientes y sus efectos; y para cuya imposición no se necesite ningún examen médico previo, raramente podría estar justificadas según el perfeccionismo liberal de Raz.

A tenor de lo expuesto, las medidas de seguridad curativas del art 12 no se encontrarían justificadas tampoco desde la concepción de Raz. Sí se encontrarían justificadas desde la óptima del autor, en cambio, medidas no coactivas para proteger la autonomía del adicto condenado, por ejemplo, los tratamientos voluntarios que brindan los establecimientos penitenciarios a quien decida someterse a rehabilitación, ya que para Raz una buena vida tiene que haber sido elegida de modo autónomo, pero la autonomía sólo puede ser puesta en práctica si existen alternativas valiosas entre las cuales elegir, y para ello se necesita de la intervención activa de las instituciones políticas del Estado.²⁴ Para

²⁴ Cfr. con: Seleme, H. O., «La neutralidad en el Derecho», en *Enciclopedia de Filoso-*

Raz, una persona no es autónoma si no puede elegir una vida de auto realización, pero tampoco es autónoma si no puede rechazarla,²⁵ por lo que pierde sentido la imposición de un ideal de vida a través de la coerción si es que existen alternativas voluntarias respetuosas de la libertad de elección informada y, con ello, de la autonomía personal.

5. Conclusión

En este trabajo, he intentado demostrar que las medidas de seguridad curativas que prevé la ley 23737 de estupefacientes en su art. 12 no se encuentran justificadas. Al ser medidas de seguridad que importan una seria injerencia sobre los derechos individuales, debemos tener buenas razones y argumentos para imponerlas.

En primer lugar, se ha explicado que estas medidas poseen un carácter peculiar: no guardan relación con el carácter del delito, ya que se aplican de modo accesorio al penado adicto por la comisión de cualquier delito sin necesidad de que sea un delito vinculado a la tenencia o comercialización de estupefacientes. Asimismo, y a diferencia de lo previsto por la ley 23737 para este tipo de delitos, la condición de adicto no exime a la persona de la imposición de una pena privativa de libertad bajo la condición de realizar un tratamiento rehabilitador, sino que impone la medida conjuntamente con la pena. Además de los problemas que hacen a esta medida algo peculiar, existen problemas que tienen que ver con su aplicación: son impuestas por el tribunal de juicio, cuando la imposición de un tratamiento rehabilitador para condenados adictos es una facultad conjunta de los jueces de ejecución y las autoridades administrativas de los distintos establecimientos penitenciarios según la ley 24660 (arts. 3 y 13) que resulta la ley más específica con respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad.

En segundo lugar, se ha demostrado que las medidas de seguridad curativas del art. 12 no se encuentran justificadas por ninguna

fi y *Teoría del Derecho*, 2014, pág. 1255. URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3796/14.pdf>

²⁵ Cfr. Con Raz, J., «*op. cit.*», pág. 376.

teoría legitimadora de la intervención estatal que resulte respetuosa de la concepción liberal de la sociedad consagrada en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Estas medidas pretenden inmiscuirse en un ámbito privado de la autonomía de la persona e indicarle un tratamiento coactivo con fines curativos que podría estar justificado en el caso de que no fuera a través de una imposición coercitiva que no tiene en cuenta en absoluto la voluntad del propio sujeto. Esa injerencia sí podría encontrarse justificada cuando sea para mejorar la autonomía del propio individuo —a través del mejoramiento de su salud— pero no mediante la imposición coactiva que resulta una medida extrema de privación de autonomía, sino mediante una elección informada y voluntaria a los condenados que lo necesiten por diagnóstico médico o por su propia decisión, como lo prevé la ley de ejecución penitenciaria en su art. 5 al consagrar el principio de voluntariedad para todo aquello que no haga a la convivencia, la disciplina y el trabajo que posee carácter obligatorio.

En definitiva, considero que las medidas de seguridad curativas de la ley de estupefacientes, tal y como se encuentran reguladas actualmente, no son más que una forma de agravamiento de las condiciones a cumplir para poder acceder a una liberación anticipada, ya sea de forma condicional o asistida²⁶. Si bien el fin último es tutelar la salud del penado adicto, la forma en que se encuentran diseñadas no encuentra justificación alguna que encuadre dentro de nuestro sistema liberal: se intenta proteger la salud —condición de la autonomía personal— violando del modo más extremo la autonomía, *i.e.*, mediante una imposición coactiva en una sentencia por parte de un tribunal de juicio, sin necesidad de examen médico ni corroboración del daño o probabi-

²⁶ Un problema importante que trae aparejado el imponer una medida mediante la sentencia es que luego trae consecuencias negativas para el condenado al momento de poder gozar de una libertad condicional o asistida por el hecho de haber incumplido una condición establecida en la sentencia condenatoria; en cambio, si el penado quisiera realizar el tratamiento voluntariamente no existiría *a priori* ese problema; de modo que las medidas están además generando una condición extra a valorar al momento de la liberación anticipada, lo cual resulta una facultad de los jueces de ejecución y no del tribunal de juicio, por ser aquellos quienes tienen el deber de contralor de toda la vida del condenado en prisión (arts. 3 y 4, ley 24660).

lidad de daño para sí mismo o para terceros. Al no respetar la garantía mínima del principio del daño (en el que he incluido al daño a sí mismo) es que entiendo que las medidas no son compatibles con nuestro sistema constitucional y penal liberal.

Referencias bibliográficas

- Cortés de Arabia, A. M., «Las medidas de seguridad» en: Lascano, C. J. (director), *Derecho Penal Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 759-793.
- Edwards, C. E., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario exegético de la ley 24.660*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- Feinberg, J., *Harm to Self. The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, New York, 1986.
- Iosa, J., «Libertad Negativa, Autonomía Personal y Constitución» aceptado para su publicación en el próximo número de la *Revista Chilena de Derecho*, 2016.
- Nardiello, A. G., Paduczak, S. y Pinto, R., *Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Comentada*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2012
- Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986
- Seleme, H. O., La neutralidad en el Derecho, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2014, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3796/14.pdf>
- Stanton-Ife, J., «The Limits of Law», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2014, URL: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-limits/>.
- Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, 1998
- Zaffaroni, E. R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos

Derecho y Control (1)

Aires, 2006

Ziffer, P., *Medidas de seguridad. Pronóstico de peligrosidad en el derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

Córdoba sin ellas: una crítica feminista a las políticas públicas de la Provincia

por Samanta Funes*

Resumen: El objetivo del documento es identificar la fluidez, si se quiere, de los feminismos jurídicos que trabajan *de adentro* y los que trabajan *desde afuera* en el diseño de las políticas públicas. Así, la perspectiva a tomar del presente documento será *el de afuera*, es decir, criticar estos diseños desde una perspectiva feminista que tienda a identificar sus faltas, fallas, y exponer las consecuencias negativas que tiene la aplicación de conceptos y políticas y también, identificar la incapacidad de las políticas públicas y del derecho para servir a ciertas necesidades de las mujeres.

En particular, se abordará la política pública Córdoba con ellas, un diseño institucional vigente en la provincia desde el año 2010 (hasta la actualidad) que se presenta como articulador entre el Estado y la sociedad civil para paliar las violencias de género a través del empoderamiento de (ciertas) mujeres.

Palabras clave: interpretación, feminismo, políticas públicas, género, empoderamiento.

Abstract: The aim of this document is to identify the influence of legal feminisms working from the outside and from the inside in the development of public policies. The perspective taken in this paper will be from the outside, that is to criticize those policies from a feminist perspective, pretending to identify their flaws and deficiencies, and to demonstrate the negative consequences in those policies. Also, it is important to identify the

* Abogada (UNC) Email: samantaborz@gmail.com

ineptitude of public policies and laws to function for certain women's necessities.

Specifically, the paper will address the public policy called «Córdoba con ellas» (Córdoba with them), an institutional design in the province stated in 2010, presented as a way of connecting the State with the civil society, so as to alleviate the gender violence through the empowerment of – certain – women.

Keywords: interpretation, feminism, public policies, gender, empowerment.

1. Introducción

El documento que se presenta a continuación propone un marco conceptual y una interpretación crítica feminista sobre *los procesos de institucionalización de las políticas de género*¹ en la Provincia de Córdoba. Estos procesos se presentan como innovadores al incorporar nuevas concepciones de género en el quehacer del Estado y el establecimiento de la *igualdad de género* como propósito de las políticas públicas. Las institucionalizaciones estudiadas son producto de dinámicas sociopolíticas y de poder en las que interactúan actores sociales, políticos y públicos en distintos contextos institucionales.

Si bien los actores cuentan con desiguales grados de poder y difieren en sus maneras de interpretar la realidad, y de identificar y definir los problemas que merecen la atención de las autoridades públicas, hay ciertas voces que son reconocidas y legitimadas, a diferencia de otras que son silenciadas (o directamente no reconocidas como tales).

El objetivo planteado es identificar la fluidez de los feminismos jurídicos que trabajan *desde adentro*² y los que trabajan *desde afuera* en

¹ La institucionalidad de género en el Estado entendida como la materialización de relaciones políticas, prácticas sociales y visiones del mundo (y del funcionamiento de las sociedades en especial) que se legitiman como cosas públicas por medio de procesos precedidos por luchas políticas.

² Costa, M. y Lerussi, R. *Apuntes sobre los feminismos jurídicos en argentina*, Argentina, 2015.

el diseño de las políticas públicas. Así, la perspectiva a tomar del presente documento será *desde afuera, i.e.*, una crítica de los diseños desde una perspectiva feminista que tienda a identificar sus faltas, fallas, y exponer las consecuencias negativas que tiene la aplicación de conceptos y políticas y también, identificar la incapacidad de las políticas públicas y del derecho para servir a ciertas necesidades de las mujeres.

Las políticas públicas vigentes en la Provincia de Córdoba, en particular, «Córdoba con Ellas», es un diseño institucional vigente en la provincia desde el año 2010 (hasta la actualidad) que se presenta como articulador entre el Estado y la sociedad civil para paliar las violencias de género a través del empoderamiento de (ciertas) mujeres.

A los fines de ingresar al debate de *género y políticas públicas*, considero oportuno citar un párrafo³ que refleja la estrategia católica en la discusión sobre los derechos sexuales y (no) reproductivos. A modo de párrafo disparador, el objetivo es reflejar las posturas estratégicas que adoptan los grupos de poder a los fines de acomodarse a las transiciones políticas de materias que anteriormente eran valoradas como privadas, y por lo tanto regulables por la Iglesia, y en el último siglo se expropió su naturaleza pública y por lo tanto, materia regulable por un Estado (supuestamente) laico. He aquí un párrafo algo extenso, pero que deja de manifiesto la raíz de la discusión:

El mandato de *Evangelium Vitae* y la creación de la Pontificia Academia para la Vida se conectan al creciente uso de argumentaciones seculares por parte del activismo católico. Este desplazamiento en las argumentaciones refleja una adaptación estratégica a nivel de las narrativas y las discursividades articuladas para defender una concepción tradicional y excluyente de familia, un secularismo estratégico (Vaggione 2005). Este desplazamiento hacia las argumentaciones seculares en la política sexual tiene como ejemplo el uso de investigaciones científicas. En general, el activismo católico, tanto sus líderes religiosos como

³ El párrafo es un extracto del artículo de Vaggione, J. M. «La cultura de la vida. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos», *Religiao e Sociedade*, Instituto de Estudos da Religião (ISER), Río de Janeiro, 2012, pp. 57-80.

laicos, tienden, cada vez más, a justificar su posición utilizando investigaciones científicas en vez de justificaciones religiosas o morales en su resistencia a los derechos sexuales y reproductivos. Para oponerse a la despenalización del aborto, por ejemplo, se utilizan explicaciones genéticas sobre el inicio de la vida o imágenes tecnológicas que humanizan al feto, así como investigaciones que informan sobre los daños psicológicos de la mujer que interrumpe un embarazo. La negativa a reconocer derechos a las parejas del mismo sexo, por su parte, se argumentan a través de investigaciones que afirman que la ausencia de bipolaridad sexual «crea obstáculos al desarrollo normal de los niños» (Morán Faundes et al. 2012). En diversos países de Latinoamérica, algunas universidades directamente relacionadas con la Iglesia Católica constituyen espacios desde donde se está generando y/o haciendo circular un conocimiento científico en sintonía con el posicionamiento político de la Iglesia Católica en materia de sexualidad y reproducción.

Allí donde se debaten los DDSSRR aparecen una serie de informes y testimonios que desplazan las justificaciones religiosas y se focalizan sobre justificaciones científicas.

El artículo se estructurará de la siguiente manera: En primer lugar, e incluyendo a la presente introducción, se hará una breve explicación del tema de análisis. En el segundo punto, se expondrá la política pública bajo discusión, para, en los siguientes puntos, definir el marco conceptual (punto 3), el punto de vista feminista (punto 4). Los últimos dos puntos versarán sobre la crítica feminista (punto 5) y por último, una breve conclusión de lo expuesto (punto 6).

2. Acerca de la Política Pública provincial: *Córdoba con ellas*⁴

El programa Córdoba con Ellas, fue creado mediante el Decreto Provincial N°699 de fecha 18 de Mayo de 2010. Es un programa im-

⁴ El presente punto contiene información extraída de la página oficial de la Provincia de Córdoba. <http://www.cba.gov.ar/> <http://empleo.cba.gov.ar/cordoba-con-ellas-una-estrategia-para-alentar-el-desarrollo-de-las-mujeres/>

plementado en pos de la igualdad de género, y persigue como objetivo promocionar el desarrollo, la inserción social y laboral de *las mujeres* a través de la implementación articulada y coordinada de acciones que amplíen las oportunidades de trabajo e inclusión social de mujeres de menores recursos y con ellas, su familia, a través del fomento de su autonomía y el fortalecimiento de su participación en la comunidad. Las beneficiarias de éste programa son mujeres en situación de vulnerabilidad social y económica, mayores de 18 años priorizando mujeres solas, con hijos a cargo.⁵

El programa en sus inicios, se estructuraba en cinco módulos, a saber, módulo: *mujer y escuela*, *mujer y salud*, *mujer y familia*, *mujer y trabajo*, y *mujeres productivas*; cada uno de los cuales especificaba los requisitos que deben cumplir las postulantes.

Mujer y escuela: tiene por objetivo apoyar la finalización de los estudios secundarios y la permanencia de las madres adolescentes en la escuela, en edad de escolarización, con hijos a cargo. Las mujeres beneficiarias de este programa cuentan además con un servicio de tutorías para el apoyo y acompañamiento durante todo el período escolar. Adicionalmente y de vital importancia para lograr articular el rol de madres con la posibilidad de finalizar los estudios, las madres podrán hacer uso de las salas cunas habilitadas por el programa para el cuidado de niños de hasta tres años de edad.

Mujer y salud: módulo está destinado al cuidado de las mujeres embarazadas. Apunta a brindar cobertura de salud durante el embarazo, priorizando los aspectos nutricionales de la mujer y su preparación para el momento del parto. Las beneficiarias serán mujeres embarazadas, sin cobertura de obra social.

⁵ Se trata de un programa integrador que articula diversas áreas y ministerios provinciales, los que no sólo interactúan en la atención a las beneficiarias sino también en la organización, distribución y manejo de los fondos públicos. Para el año 2011, el presupuesto asignado al programa para el Ministerio de Desarrollo Social, asciende a \$10.534.000. Los restantes Ministerios no cuentan con un presupuesto fijo para el programa lo que en cierta medida brinda una mayor flexibilidad a los beneficios dado que se encuentran dentro de las partidas generales y no sujetas a un monto determinado. Información extraída de Cesilini, S. *Políticas de equidad de género en Córdoba. Informe final 2011*, Córdoba, 2011.

Lo anterior refuerza una de las ideas preliminares que remarca que en general, las mujeres priorizan la salud de sus hijos sobre la propia. En este sentido se considera un complemento necesario los servicios de salud brindados a las madres sin costo alguno, inclusive acercándolos a su lugar de residencia como es el caso de los mamógrafos móviles.⁶

Mujer y familia: persigue como objetivo promover la protección de la familia a través de dos acciones concretas; la creación de gabinetes de Familia y el fortalecimiento de las Salas Cunas.

Los primeros son redes de centros multidisciplinarios de asistencia gratuita a las familias en situación de violencia familiar. Esta acción se articula con el Ministerio de Justicia.

Las salas cunas tienen por objetivo apoyar la autonomía de la familia que cuentan con madres trabajadoras o escolarizadas, a través de centros que trabajen en estimulación temprana y desarrollo infantil; alimentación y nutrición integral y promoción e integración familiar y comunitaria. Dentro de este módulo del Programa Córdoba con Ellas, se lleva a cabo la gestión de la Red de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Violencia Familiar. La centralidad de las políticas orientadas a la generación de empleo y de la mejora en las condiciones de empleabilidad de las mujeres tensiona el acceso a las mujeres que tienen hijas/os a cargo. Por ello y para ampliar el acceso al trabajo remunerado de las mujeres es necesario el desarrollo de políticas activas que apunten a: la conciliación entre el trabajo fuera y dentro del hogar (ejemplo: Casas cuna) y a la redistribución del trabajo de cuidados entre hombres y mujeres.

Mujer y trabajo: Este módulo tiene por objeto promover las aptitudes, fortalecer la actitud emprendedora y fomentar la inclusión laboral. Está destinado a mujeres desocupadas mayores de 18 años que no se encuentren como beneficiarias de otros programas nacionales, provinciales o municipales de análogos objetivos.

Mujeres productivas: El objetivo de este módulo consiste en promover y fortalecer las capacidades, actitudes y saberes de la mujer pro-

⁶ «Ídem».

ductora de Córdoba, propiciando la inclusión social con igualdad de oportunidades y de género a través de la ejecución de proyectos productivos sustentables. El programa se estructura a través de una línea crediticia destinada principalmente a los segmentos de producción avícola; producción frutihortícola y vivero forestal.

En la actualidad, el programa se enmarca en el Plan PORLA-FLIA, cual contiene cuatro acciones estratégicas orientadas al desarrollo integral de las mujeres, promoviendo sus capacidades desde una igualdad de oportunidades. Los ejes centrales son trabajo, salud, escolaridad e integración familiar.

3. Test de género

Cuando las políticas públicas tienen como temática principal género⁷ las mismas deben pasar el «test de género», esto es, ciertas premisas que deben estar presentes para considerar a las políticas sociales, políticas sociales de género. A saber:

- En primer lugar, si las políticas que se implementan están centradas en un **enfoque de derechos**, si garantizan el acceso y su ejercicio, tanto física, económica y culturalmente. Es decir, si las mujeres enfrentan las condiciones necesarias para acceder a ciertos derechos, si se las atiende según sus características culturales, etarias, étnicas, etc.
- Si el análisis de los problemas sociales que existen en la provincia considera en todas sus dimensiones las diferencias y contextos particulares que viven hombres y mujeres, además de reconocer necesidades especiales de las mujeres.
- Si sabemos cuál es el punto de partida, y si en un inicio se identificaron las normativas que permitían o limitaban el enfrentamiento del problema. Es decir, si se hizo línea base, que permite una lectura evaluativa, que vaya más allá de la evaluación de

⁷ Puntos sugeridos por Alejandra Valdés. Coordinadora Observatorio igualdad de género de América Latina y el Caribe, División de Asuntos de Género, CEPAL

programas gubernamentales y sus resultados, sino que permita leer el efecto que han tenido en la vida de las mujeres las políticas implementadas.

- Si hay un cuestionamiento sobre el aporte que hacen las mujeres de la sociedad civil a la implementación de las políticas, si se reconoce a la hora de definir el presupuesto y, en qué casos se convierte en una limitación al ingreso al mercado laboral.
- Si las políticas desarrolladas han considerado la deliberación, más específicamente las voces de las mujeres de la sociedad civil, además de darle voz a la experiencia y opiniones de los funcionarios públicos que operan las políticas, en distintos momentos del ciclo de las políticas implementadas; no sólo como una cuestión de mejoramiento de la gestión pública, sino como parte de la democratización del gobierno provincial.
- Si las políticas implementadas consideran la transversalidad, o dicho de otro modo si es una política instalada en las instancias que hacen posible su operacionalización y en los distintos sectores, o es sólo de responsabilidad del Ministerio de Desarrollo Social o del Consejo. Si se han institucionalizado los compromisos políticos y administrativos que sustentan la política. Entendiendo la transversalización como una forma de que el Estado se haga cargo de las políticas de igualdad de género, sin verlo sólo como un aumento de la carga de trabajo.
- También si hay un grado importante de formalización de acuerdo: los efectos de la política en las normas y procedimientos administrativos, en el ciclo presupuestario, en la producción de información y conocimientos.
- Y si hay efectos o cambios en la organización del trabajo y la cultura institucional, si su implementación ha producido modificaciones a las estructuras normativas internas, en un sentido de mayor flexibilidad.
- La generación de sinergias mediante el establecimiento de alianzas interinstitucionales que promueven el consenso y la coordinación de las acciones en el ámbito estatal y en el desarrollo de intersecciones conducentes a generar sinergia entre la sociedad

civil y el Estado. La capacidad de generar consensos políticos y sociales, así como las alianzas desarrolladas, muestran como los procesos generan adhesiones, que aportan en el último eslabón, autonomía a las mujeres, pero sin duda aportan a la consolidación de procesos democráticos en el aparato público.

- Cuestión que va de la mano con la voluntad política y el liderazgo de las autoridades responsables de la generación de políticas públicas de igualdad de género y su compromiso con la sustentabilidad de las políticas de igualdad. Cómo se instalan, como perduran en el tiempo y cómo se aseguran más allá de los cambios de autoridades políticas que puedan haber a futuro.

Sumado a los puntos a tener en cuenta al momento de diseñar políticas públicas de género, debe adoptarse una metodología feminista que permita (y canalice) una visión de la sociedad real a los fines de poder utilizarla como base de cálculo sobre la cual trabajar.

Así, y siguiendo la perspectiva de Alda Facio⁸, propongo exponer brevemente una metodología que contiene una serie de pasos a seguir a los efectos de analizar desde una perspectiva de género el fenómeno legal con el objetivo de identificar el modo en que opera el sexismo en nuestras vidas.

Como 1º paso es tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. *«Para las mujeres esto significa hacer conciencia de su status de persona subordinada, discriminada y oprimida y para los hombres signi-fica tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de la subordinación de las mujeres».*⁹

El 2º paso consiste en identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el sexismo tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc.

Como 3º paso, identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto. Es decir, identificar cuáles la mujer que se está

⁸ Facio, A. «Metodología para el análisis de género del fenómeno legal», en Facio A. y Fries L. (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp.99-136

⁹ «Ídem».

contemplando como «el otro» del paradigma de ser humano que es el hombre/varón y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.

El 4º paso consiste en identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto, es decir si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.

El paso siguiente (5º), trata de analizar el texto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los otros componentes del fenómeno legal.

El último paso (6º), trata de ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Esto último porque si una/o ha realmente interiorizado lo que significa y es el sexismo, siente la necesidad de trabajar para derrocarlo.

Lo expuesto es sensible, puesto que, si bien una política pública puede tratar sobre la temática de género, tenderá a reproducir las situaciones de subordinación si tiene por resultado su mantenimiento o agravamiento. Puesto que, una ley puede ser discriminatoria de género aunque esa misma política se haya creado con la intención de «empoderar» o «erradicar la violencia de género». Así, una política que tenga como objetivo la igualdad de oportunidades entre los sexos, pero que tiene como resultado la discriminación en las oportunidades, será una política discriminatoria.

Ello puede tener como causa, por lo menos, la conceptualización de género y mujeres adoptadas por el Estado, y sobre todo, el tipo de realidad y sociedad subsumida en la política pública como base sobre la cual aplicarlas. Este punto lo ampliaré en los dos últimos puntos del artículo.

4. Una cuestión de conceptos

El feminismo es una teoría (movimiento social y político) que sostiene que:

las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc. son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo; que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación, y satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos.¹⁰

El término *género* se utiliza en oposición al término *sexo*. Mientras que el segundo expresa las diferencias biológicas, el primero describe las características socialmente construidas. La diferenciación entre género y sexo permite teorizar sobre el primero como creación social o cultural del segundo, al tiempo que lo convierte en materia susceptible de cambios.¹¹

El derecho es uno de los sistemas normativos más poderosos para el disciplinamiento de hombres y mujeres en un determinado tipo de convivencia. Su fuerza simbólica se apoya en un *sistema de legitimidades* que facilita la aceptación de sus postulados normativos a las y los ciudadanos. La fuerza, como recurso validado ante la subversión del orden sexual, social, económico y político patriarcal que se impone, garantiza (y permite) la mantención y reproducción de la cultura patriarcal, una cultura que hasta ahora es excluyente y discriminadora de la diferencia, en particular de aquella que implica a las mujeres.

Aquí se entiende al derecho como institución patriarcal en su sentido y función histórica y son expuestos sus mecanismos de discriminación en todos sus componentes, esto es, en el formal-normativo, estructural y político-cultural. «*Tener conciencia de que las mujeres y los hombres, por su sexo, ocupan lugares de menor o mayor poder, no es más ni menos que tener una conciencia feminista*».¹²

Hacer un análisis de género, es decir, con la conciencia de que el sexo/género es una categoría o condición existencial socialmente rele-

¹⁰ «Ídem».

¹¹ McDowell, L., «La definición del Género», en Facio, A. y Fries, L., (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp.19-47.

¹² «Ídem».

vante, es hacer un análisis que toma la variable sexo/género como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo/género se hace el análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en mujeres y hombres. Aún más, hacer un análisis de género desde la perspectiva de las mujeres, *significa hacer una análisis desde la perspectiva de un ser subordinado*, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre/varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc. Y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres/varones de todas las clases, razas, etnias, etc. Y el derecho es la herramienta principal para el convencimiento.

Un análisis de género, justamente, contribuye a deconstruir dicho convencimiento. El convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres/varones, se debe a que «por naturaleza» es inferior, y por ello ha tenido menos oportunidades o menos educación. El feminismo ingresa para develar (para algunas/os, o exponer para otras/os) que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones. Así, hacer un análisis desde la perspectiva de género significa primero que nada tener conciencia de que las mujeres por su sexo, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre/varón, por su sexo, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta.

Es decir, que la pertenencia a un sexo es un hecho social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque aunque es la naturaleza quien dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo.¹³

¹³ Vaggione, J. M. «*op. cit.*»

Dicho análisis y características ha conceptualizado Olsen¹⁴ cuando sostiene que el pensamiento se ha estructurado en torno de pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Que los pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos.

Que las tres características de los sistemas de dualismos son los siguientes: 1. Los dualismos están sexualizados: una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra femenina. 2. Los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como «masculino» es privilegiado como superior, mientras que «el otro» es considerado como negativo, corrupto o inferior. 3. En consecuencia, el derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos.

5. Dime qué entiendes por género y te diré qué política pública tienes

Escribir e investigar sobre la mujer, no implica adoptar una postura de género desde la mujer. Así, y aun cuando se toma en cuenta la realidad de las mujeres subordinadas, que no es siempre, nunca se ha tomado como parámetro de lo humano sino como la realidad de «el otro», tanto así que en el entendimiento convencional, la mujer es sinónimo de «lo otro», «lo específico», lo «no universal».

Pero es peor aún, cuando en la propia institucionalización de las cuestiones de género, y teniendo en cuenta a las mujeres, se valora solamente tres tipos de situaciones en las que se encuentra: 1) mujeres alibí –mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres; 2) mujeres madres– mujeres cuya razón de ser es únicamente la maternidad o que se destacan por ser madres de grandes hombres o; 3) mujeres víctimas- mujeres que no son sujetas de su propia historia sino

¹⁴ Olsen, F., «El sexo del derecho», en Facio, A. y Frías, L. (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.

que son objeto de todo tipo de vejámenes. Si bien no se puede dejar de reconocer el avance que implica, para un Estado Patriarcal, la existencia de políticas públicas que aborden cuestiones de género, es una problemática que *sólo* se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, puesto que las mujeres no son(mos) sólo eso, son(mos) humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre/varón.

Es por ello que cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer se hace un análisis más completo que cuando se parte de la supuesta no perspectiva de los hombres/varones. «*Así, partir de lo que en el entendimiento convencional se considera «el otro» necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional.*»¹⁵ Por eso cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer, (análisis feminista) se está haciendo un análisis con la conciencia de que esa perspectiva es la perspectiva del ser subordinado por excelencia. Y, cuando se hace un análisis desde un ser subordinado, no se puede menos que tomar en cuenta la posición y perspectiva del ser dominante, del ser «parámetro» del cual el ser subordinado es «el otro».

5.1 Córdoba sin ellas

Apoyándome en las bases conceptuales y metodológicas expuestas a lo largo de todo el artículo, es que me propongo hacer una crítica constructiva desde el análisis de género y desde la perspectiva la mujer.

El programa Córdoba con Ellas se divide, a grandes rasgos, en cinco (hoy cuatro) temáticas relacionadas a escolaridad, salud, familia, trabajo y «mujeres productivas». Y si bien el programa describe objetivos generales y aquellos que tienen una «prioridad», no implica una verdadera puesta en práctica de la finalidad tenida en cuenta, esto es, empoderar a las mujeres.

El Estado identifica situaciones problemáticas para la vida en sociedad, o incluso para su sobrevivencia, y es así que mediante las políticas públicas tiende a corregir y emparejar estas situaciones des-

¹⁵ Facio, A., «*op. cit.*»

iguales. Sin embargo, y como se expuso supra, dicho abordaje dependerá de la perspectiva sobre la que se haga frente a la situación.

En la temática de género en especial, dependerá no sólo de los conceptos de género y problemática adoptado en el diseño, sino de la realidad que se tome en cuenta. Puesto que si en el diseño se entenderá que la desigualdad entre hombres y mujeres tiene su causa directa en las características naturales o biológicas, es imposible, a modo de ejemplo, evacuar las necesidades en los módulos de trabajo, salud y familia.

Si el hombre/varón será tenido en cuenta como criterio para demarcar las diferencias y desigualdades, difícil será definir quiénes formarán parte de la implementación de las políticas en cada barrio de la ciudad. Ya que la problemática de género necesita de «una conciencia de género» que denota tanto a hombres como (y aún más) a mujeres. La implementación de las salas cuna «para que las madres puedan terminar sus estudios o salir a trabajar» no tiende a erradicar bajo ninguna interpretación (feminista) la violencia de género. Al contrario, se asegura de agravarla. Y el agravamiento está dado por el convencimiento de que las mujeres-madres son las encargadas de la crianza y cuidado de sus hijos. Tener hijos es un obstáculo para terminar los estudios secundarios (lo que marca, en muchos casos, la juventud en los embarazos) o para *salir de casa* a trabajar.

Lo dicho se relaciona con la división del trabajo, e incluso a qué nos referimos cuando hablamos de trabajo. La dicotomía entre público/privado arrima una suerte de explicaciones sobre por qué la mujer-madre-ama de casa tiene reservado el espacio del hogar familiar, ha contrario de los hombres-trabajadores-patriarcales, quienes ejercitan sus privilegios en el ámbito público de las relaciones, y son reconocidos como tales, además, al «ser un buen padre de familia» al ser el sustento económico de toda su familia.

Los ejes sobre los que se apoya la política pública provincial, reproduce la perspectiva dominante masculina, al tender a empoderar a las mujeres en aquellas áreas reservadas a lo privado, o en lo público, reconocida en forma peregrina a las mujeres. Es clara cuáles son las situaciones consideradas *reglas generales* y cuáles *excepciones*. Más aún, si se tiene en cuenta el doble convencimiento generado con estas políticas. A saber, el convencimiento de la naturaleza de las causas de las

desigualdades, y cuáles son las situaciones en las que se debe «paliar» a la mujer. Y la (falsa) creencia de que el Estado las aborda para erradicarlas.

6. Conclusión.

El objetivo fue, previo una descripción teórica de los conceptos a utilizar y de la política pública tenida en cuenta, realizar una crítica constructiva (y alarmante) a los política pública «Córdoba con Ellas».

El «Córdoba sin ellas» es, claramente, una posición política de la gravedad de, no sólo pre-conceptualizar (y condicionar) la vida y situaciones de las mujeres, sino de la reproducción y mantenimiento de los sistemas de poder que una identifica como problemático para la igualdad de los sexos.

Considero al Estado y a su sistema de derecho, herramientas fundamentales para contribuir al mantenimiento (y por lo tanto, también a los cambios) de las estructuras que condicionan las cuestiones de fondo que impactan y afectan la vida de las mujeres.

Sólo a partir de la identificación como problemática la visión masculina del derecho, es que se podrá comenzar a diseñar verdaderas políticas que tiendan a eliminar la discriminación hacia y la desigualdad de las mujeres. Es dable agregar también, que en muchas ocasiones se confunde lo que se quiere decir cuando se dice que «nos discriminan por mujer». La condición sexual de ser mujer, activa, agrava y modifica otras condiciones que existen previa o conjuntamente a la característica sexual. Una discriminación nunca se apoyará sobre una sólo condición. Sino que versará por la situación in totum generada por, además, ser mujer.

Así, no es la misma dificultad en las oportunidades por las que pasará una mujer blanca de clase alta, que una mujer pobre y negra. Muy distintas también son por las que pasan las mujeres de los pueblos originarios, o las mujeres pertenecientes a la comunidad LGBT o las mujeres con algún tipo de discapacidad. No se produce una suerte de «acumulación» de características, es decir, la situación de la mujer negra no será peor que la de la mujer blanca de clase alta por ser «mujer y

negra» sino por ser «mujer negra». Esta distinción de situaciones por las que nos vemos insertad, impacta directamente sobre el diseño y la particularidad de las distintas políticas públicas para así poder abordar la temática de forma eficiente. Para poder implementar una política que no tenga consecuencias discriminatorias, puesto que a pesar de ser una institucionalización con el objetivo de «erradicar la violencia», si tiene como resultado (más) violencia, será una política discriminatoria.

Para dar por finalizado este análisis, considero favorable la implementación de políticas públicas de género. Pero su sola implementación no garantiza ningún resultado, si no son visibles las verdaderas intenciones de su implementación. Y no sólo porque si el objetivo es erradicar la violencia, los resultados serán positivos para algunos y negativos para otros, si por «erradicar» y «violencia» entendemos situaciones y acciones distintas. Aún más, dependerá de qué rol creemos que debe cumplir el Estado para paliar las desigualdades.

Los hombres y las mujeres, pero sobre todo éstas últimas, no necesitamos sólo una conciencia de las desigualdades o de las causas de las mismas. Necesitamos una «conciencia de género» que nos prepare para la vida en sociedad.

Referencias bibliográficas

- Costa, M. y Lerussi, R. *Apuntes sobre los feminismos jurídicos en argentina*, Argentina, 2015
- Cesilini, S. *Políticas de equidad de género en Córdoba. Informe final 2011*, Córdoba, 2011.
- Facio, A. «Metodología para el análisis de género del fenómeno legal», en Facio A. y Frías L. (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp.99-136
- McDowell, L., «La definición del Género», en Facio, A. y Frías, L., (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp.19-47.
- Olsen, F., «El sexo del derecho», en Facio, A. y Frías, L. (eds), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.

Vaggione, J. M. «La cultura de la vida. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos», *Religiao e Sociedade*, Instituto de Estudos da Religião (ISER) Río de Janeiro, 2012, pp. 57-80.

Coactividad, voluntariedad y resocialización. Un análisis de la adhesión al tratamiento penitenciario y una propuesta en el marco del paternalismo libertario

por Belén Gulli*

Resumen: La incorporación del carácter voluntario a la normativa de ejecución penal respecto de la adhesión al tratamiento penitenciario —como forma de erradicación de la coactividad y de respetar la autonomía del condenado— resulta altamente discutible en tanto se encuentra enlazada a un sistema de incentivos de difícil rechazo. La posibilidad de un menor grado de control estatal intramuros y el egreso anticipado tornan a la oferta de incentivos, en el contexto carcelario, en una oferta coactiva. Por otra parte, la normativa dispone que la resocialización es su objetivo principal: éste consiste en que el sujeto comprenda y respete a la ley. El cumplimiento de esta finalidad aparece unido a la realización del tratamiento penitenciario, lo que pone nuevamente en tela de juicio a la voluntariedad desde el punto de vista del valor que acarrea la reinserción social del condenado. Sin embargo, el binomio coactividad-voluntariedad puede ser reformulado por una propuesta intermedia conocida como paternalismo libertario, esto es, que tras la imposición de una condena, el sujeto se encuentre adherido al tratamiento penitenciario *by default*. Esto permitiría una mayor coherencia entre el sistema de incentivos y la resocialización sin desvirtuar la capacidad de elección del sujeto condenado quien puede optar por desvincularse del tratamiento en cualquier momento y sin brindar razones.

* Abogada (UNC). Maestrando en «Global Rule of Law and Constitutional Democracy» (UniGe). Córdoba, Argentina. e-mail: mbelengulli@gmail.com

Palabras clave: voluntariedad, coactividad, resocialización, paternalismo libertario, *nudge*.

Abstract: The incorporation of a voluntary nature to the national laws of criminal enforcement regarding the acceptance to penitentiary treatment – as a way of eradication of coercion and to respect the autonomy of the sentenced person – turns out to be highly debatable as it is linked to an incentive system of difficult rejection. The possibility of a lesser degree of intramural state control and anticipated exit, make the offer of incentives in the prison context a coercive offer. On the other hand, the legislation provides that the resocialization is the main purpose of the rule, which is that the subject understands and respects the law. Fulfilling this purpose seems to be linked to the performance of prison treatment, which again puts into question the voluntariness from the point of view of the value that brings the social rehabilitation of the convicted. However, the coercion-willfulness binomial can be rephrased by an intermediate proposal known as libertarian paternalism in which, after the imposition of a sentence, the subject is by default attached to the prison treatment. This would allow greater coherence between the system of incentives and resocialization without detracting from the choice of the convicted individual who may choose to dissociate from the treatment at any time and without explanations.

Keywords: willfulness, coercion, resocialization, libertarian paternalism, *nudge*.

1. Introducción

La incorporación del carácter voluntario a la realización del tratamiento penitenciario en las legislaciones contemporáneas —en materia de ejecución de la pena— es una tendencia normativa que tiene, al menos, dos fundamentos. El primero es que al otorgársele al sujeto la posibilidad de elegir su adhesión al tratamiento penitenciario el legislador respetaría cierto ámbito de autonomía, es decir que le permitiría a la persona decidir su ingreso a las áreas que componen ese tratamiento,

lo que implica brindarle, como sostienen algunos autores, un trato digno. En segundo lugar, el legislador pretendería —al erradicar la coactividad— asegurar la eficacia del tratamiento, esto es, arribar a algún fin deseado. Este fin suele ser llamado resocialización¹.

Sin embargo, en relación al primer fundamento, se advierte que la misma normativa que brinda un espacio de autonomía al sujeto, enlaza a la realización del tratamiento un sistema de incentivos para arribar a la flexibilización la pena privativa de la libertad. En lo concreto, quien no adhiere al tratamiento penitenciario, no se encontraría en carrera para la obtención de esa flexibilización. Pero además, la falta de adhesión implicaría, en principio, desestimar el fin deseado, es decir, la resocialización.

En este trabajo intentaré mostrar, en primer lugar, la tensión que existe entre la impresión del carácter voluntario en la normativa y la oferta de incentivos cuyo premio final implica la ampliación del tiempo fuera del encierro —*extramuros*— o la disminución del control estatal hacia el sujeto condenado —*intramuros*—. En ese sentido, me concentraré en la distinción que existe oferta y amenaza, y en determinar qué clase de oferta es el sistema de incentivos mencionado.

En segundo lugar, en relación a la llamada eficacia del tratamiento penitenciario, sostendré que esta idea apunta siempre a la noción de resocialización contenida en la norma. En ese sentido, expon-

¹ El fin también ha sido llamado «reeducación», «readaptación», «rehabilitación», «reforma» o «reinserción social». Así lo dispone el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, en adelante PIDCP), a saber «*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*» (el resaltado me pertenece). En los mismos términos lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos (1969, en adelante CADH) en el art. 5.6 que «*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*» (el resaltado me pertenece). Sin perjuicio de que los términos contenidos en las normas claramente no tienen el mismo significado, a los fines del presente trabajo utilizaré el término «resocialización» que resulta más emparentado con la terminología adoptada por la normativa nacional de ejecución penal, la que refiere a «reinserción social». Sobre la diferencia conceptual entre readaptación y resocialización véase López, A. y Machado, R., *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián de Plácido, 2014, p. 47-48.

dré las razones en virtud de las cuales se considera que la resocialización, sin perjuicio de las críticas que puedan serle formuladas en cuanto a su significado, es un objetivo valioso a alcanzar. Para ello, propondré una vía intermedia, entre la coactividad y la voluntariedad, bajo los cánones del denominado paternalismo libertario (*nudge* o *nudging*), con la intención de presentar al tratamiento penitenciario como una regla que *by default* debe ser cumplida y en la que la autonomía del sujeto entra en juego para decidir dejar de participar de las actividades que componen a aquél.

2. La erradicación de la coactividad

Actualmente, la *voluntariedad* se erige como uno de los pilares fundamentales que guían a la ejecución de la pena junto con la *progresividad* y la *resocialización* en la normativa nacional². El paso de la coactividad al carácter voluntario es una tendencia legislativa en gran parte de los ordenamientos jurídicos de tradición continental europea y su principal objetivo es permitir que la persona condenada sea quien elija someterse a las fases que componen ese tratamiento. Como ejemplo de esta tendencia puede mencionarse a la legislación alemana en la que se llama al preso a cooperar³ y a la española en la que se lo convoca a ser partícipe⁴. En Latinoamérica, sólo por mencionar algunos ejemplos, la inclinación es expresa en cuanto a la voluntariedad. Así, la normativa argentina establece que:

El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la

² Ley de Ejecución Penal n° 24660 —en adelante LEP—.

³ Art. 4 (1) de la ley de ejecución de penas y medidas privativas de libertad alemana: «*El recluso cooperará en el delineamiento y logro de los fines de la ejecución. Se estimulará y promoverá su disposición para ello.*» (el resaltado me pertenece).

⁴ El art. 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone: «*1. Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.*» (el resaltado me pertenece).

convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre **tendrá carácter voluntario**. (art. 5, ley n° 24660, Ley Nacional de Ejecución Penal —en adelante LEP—, el resaltado me pertenece)

La legislación chilena dispone que:

La Administración Penitenciaria desarrollará actividades y acciones orientadas a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y estarán dirigidas a las personas privadas de libertad o que se encuentren en el medio libre, cuando corresponda, a fin de prepararlas para que, **por propia voluntad**, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan.» (art. 92, Dto. 518, el resaltado me pertenece)

Por su parte la legislación mexicana prescribe que «*La ejecución se personalizará considerando los resultados del diagnóstico, las características, circunstancias y **voluntad del sentenciado**.*» (art. 52, Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Sanciones, el resaltado me pertenece). Vale mencionar, asimismo, lo normado en el ámbito de la provincia de Córdoba, en donde la ley n° 8878⁵ dispone:

La reinserción social como la orientación en la responsabilidad para su vida futura, se deberán realizar con el **libre consentimiento y cooperación del condenado**, utilizando los medios de prevención y tratamiento educativo, laboral, asistencial y de cualquier otro carácter de que pueda disponerse en conformidad con los progresos de las ciencias sociales, criminológicas y penitenciarias.» (el resaltado me pertenece).

Algunos autores no dudan en señalar que la implementación del carácter voluntario al tratamiento penitenciario es propia del respeto por la libertad individual y el pluralismo en el marco de un Estado democrático de Derecho⁶. Ese respeto por la libertad individual se pre-

⁵ Ley de Ejecución Penal de la provincia de Córdoba.

⁶ En ese sentido véase Guillamondegui, L. R., *Resocialización y semilibertad. Análisis legal, jurisprudencial y criminológico*, Buenos Aires, B de F, 2010.

senta en el marco de un modelo penitenciario en el que se pretende una mayor participación del interno en las decisiones y diagramación de su propio tratamiento. En ese sentido, Arocena sostiene que el carácter facultativo de su realización tiene basamento en el derecho a la dignidad personal del sujeto privado de la libertad. Su reconocimiento, explica el autor:

presupone el respeto irrestricto a su capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, esto es, a su aptitud de auto determinarse respecto de sus propios intereses sin injerencias externas.⁷

De esta manera, autonomía y dignidad aparecen como indefectiblemente unidas. En principio, el respeto por lo que los autores llaman de manera indistinta autonomía, autodeterminación o libertad individual responden al trato digno que debe recibir la persona privada de su libertad durante el tránsito carcelario en virtud de lo normado por pactos y tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico⁸. El paso siguiente a darle esta entidad a la autonomía como respeto por la dignidad humana del sujeto consiste en afirmar que ésta es, además, un «*elemento indispensable para lograr, de manera genuina, a la vez que eficaz, su adecuada reinserción social*»⁹.

En una línea similar, Cesano sostiene que «*para que el tratamiento penitenciario sea efectivo, hay que evitar su imposición coactiva*»¹⁰. La razón de esta afirmación cobra sentido, a juicio de Cesano, en el hecho

⁷ Arocena, G., *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pág. 225.

⁸ Así lo disponen —en los mismos términos— el art. 10, 1º ap. del PIDCP y del art. 5, 2º ap., 2º disp. de la CADH: «*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*».

⁹ Arocena, Gustavo, «*op. cit.*», pág. 305.

¹⁰ Cesano, D., «La voluntariedad en el tratamiento penitenciario. ¿hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?», *Nuevo foro penal*, 2005, pág. 177.

de que los logros que puedan conseguirse por medio de la imposición coactiva del tratamiento son una simple fachada. A su entender, la coactividad implica, en el actuar del sujeto, la realización de conductas que no son *genuinas*. En un carril similar, insiste Arocena: «*esa adhesión voluntaria del preso al tratamiento penitenciario, para ser admitida como tal, debe ser genuina, esto es, producto de una decisión adoptada por el recluso con total discernimiento, absoluta intención y plena libertad*»¹¹. Esta circunstancia parece estar solucionada, en principio, por la impresión del carácter voluntario. Para justificar esta idea, Cesano se basa en una cita de Moccia quien sostiene que

El punto focal a la cuestión concierne a la individualización concreta del tratamiento individual de recuperación y sus efectivas modalidades aplicativas. En todo caso, éste no puede ser impuesto coactivamente: lo exige, en el plano de la legitimidad, no sólo el respeto a la dignidad y a la autonomía individual, sino también, en el plano de la eficacia su eventual logro. Esta última requiere, en efecto, la adhesión voluntaria y activa del sujeto.¹²

En efecto, parece que las razones que justifican tornar voluntaria la elección del tratamiento suponen respetar derechos fundamentales del interno —el respeto por su autonomía como forma de respetar la dignidad humana—, lo que resulta consistente con una organización política determinada, esto es, con el Estado democrático de Derecho. Asimismo, de lo expuesto surge que la coactividad, por el contrario, desplaza el ejercicio de estos derechos y no permite arribar —en un sentido no del todo definido— a la eficacia del tratamiento. Por otro lado, la voluntariedad aparece ligada a la actitud genuina del sujeto. Volveré sobre este punto más adelante.

Por lo pronto, la doctrina citada considera que el principal fundamento de la tendencia legislativa a la que nos referimos al comienzo

¹¹ Arocena, G., «*op. cit.*», pág. 226.

¹² Moccia, S., *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Buenos Aires, B d F, 2003 citado por Cesano, D., «La voluntariedad...», «*op. cit.*», pág. 181.

de este apartado: (i) implica la erradicación de la coactividad; (ii) la voluntariedad se justifica por el respeto por la dignidad del sujeto, en el sentido de respeto por su autonomía para decidir; (iii) se busca la eficacia del tratamiento, esto es, la resocialización.

Sobre estos dos últimos puntos me concentraré en lo que resta del trabajo.

3. Oferta de incentivos y el problema de la voluntariedad

El régimen penitenciario es de carácter progresivo y se compone de períodos¹³, entre ellos, el periodo de tratamiento —el tratamiento penitenciario propiamente dicho— el que a su vez está compuesto por fases¹⁴. El avance de un periodo de otro, así como de una fase a la otra depende, primero, de la adhesión y luego del rendimiento del sujeto en las diferentes actividades de las áreas de tratamiento. Esto último es lo que se conoce como principio de progresividad. En ese sentido, cabe destacar que la progresividad —siguiendo a García Basalo— puede ser identificada en virtud de determinadas características, a saber: la división del tiempo de la sanción penal en segmentos (cada uno de los cuáles comprende un contenido y un fin); la posibilidad para cada persona de avanzar —mantenerse o retrocede— en cada uno de estos segmentos en función de su progreso y, finalmente, por la oportunidad de acceder a la flexibilización de la pena¹⁵.

¹³ Art. 12 LEP: «El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional.»

¹⁴ Art. 14 LEP: «En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del tratamiento penitenciario, el periodo de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro.» En nuestro ordenamiento las fases son reguladas por las respectivas normativas provinciales.

¹⁵ García Basalo, J. C., *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires, Librería del Jurista, 1975, pág. 31 y sgtes.

Solo a modo ejemplificativo puede observarse que el decreto 344/08 de la pcia. de Córdoba (arts. 22, 25, 27, 31 y 34) dispone que los periodos de tratamiento, su contenido y fines son socialización, consolidación, afianzamiento y confianza, y en cada una de ellas se abre un espacio para que el sujeto se encamine hacia un «régimen de autodisciplina» (en los propios términos de la norma) que implican, por ejemplo, su incorporación a tareas específicas fuera del área perimetral de seguridad, el tránsito fuera de los corredores custodiados del establecimiento, un régimen de horarios diferenciados para concurrir o regresar a las tareas asignadas, descansos o actividades recreativas, el alojamiento en sectores diferenciados que signifiquen mayor atenuación del régimen y la incorporación a sectores diferenciados para visitas. Algunas de estas actividades se traducen salidas transitorias familiares, educativas o culturales, con diferentes grados de control (bajo custodia policial, bajo tuición familiar o bajo palabra de honor), semilibertad laboral, y finalmente, libertad asistida y condicional según sea o no reincidente el sujeto.

De esta forma, resulta dificultoso negar que la progresividad existe en la medida en que el sujeto se adhiera al tratamiento penitenciario y cumpla con los fines de cada una de sus etapas. Si además se pretende que la resocialización sea *eficaz*, según los autores expuestos anteriormente, la adhesión debe ser *genuina*. Por lo pronto, quiero mostrar aquí que el sujeto se encuentra, al iniciar el tránsito carcelario, frente la posibilidad de realizar el tratamiento y en consecuencia, de comenzar su recorrido por las diferentes fases que lo habilitan a flexibilizar la pena; o bien, no hacerlo. Claro que esto último importa desertar de la progresividad y en general, del sistema que pretende que el sujeto alcance el ideal resocializador.

En relación a la genuinidad con la que se adopta el tratamiento, es preciso mencionar dos cuestiones: (i) la adhesión *genuina* mencionada por los autores importa una expresión un tanto ambigua. Si refiere a la motivación individual de cada sujeto condenado, en general, el principal objetivo que moviliza a la persona respecto de la realización del tratamiento penitenciario está relacionado con obtener progresivamente un menor control sobre sus actividades y un consecuente egreso anticipado, lo que resulta independiente del hecho de que el tratamiento sea

de carácter coactivo o voluntario; si refiere a la pretensión estatal que ha colocado a la resocialización como objetivo de la norma de ejecución penal, entonces lo genuino implicaría preguntarse si la motivación individual del sujeto al adherir al tratamiento viene dada por su intención de resocializarse o no, lo que sería de difícil comprobación. (ii) En la misma línea, se ha considerado que el sistema de incentivos, por ejemplo, la libertad condicional, no debería estar sujeto a los resultados de un tratamiento «*cuando éste aparece impuesto de manera coactiva, simplemente por cuanto es muy probable que los supuestos avances en los logros de readaptación mínima no sean más que una apariencia de eso*»¹⁶. Sin embargo, no se advierte la existencia de un argumento sólido que permita afirmar que cuando el sujeto adhiere voluntariamente al tratamiento se erradica la «apariencia» en sus logros. Este tipo de afirmaciones son el resultado de confundir lo genuino con lo voluntario por las razones que mencioné en el punto (i).

Así las cosas, cabe analizar si la aceptación de esa oferta de incentivos cuyo resultado final implica para el privado de la libertad algo tan importante como la atenuación del ejercicio del control estatal sobre su persona, puede denominarse voluntaria. Como expuse anteriormente, el carácter voluntario de la aceptación parece dado únicamente por la ausencia de una coacción: lisa y llanamente el Estado faculta al sujeto a tomar o dejar la oferta. No obstante, advierto que la preocupación de algunos teóricos concluye en que la coactividad impide una adhesión genuina al tratamiento, pero se pasa por alto el hecho de que la no-coactividad no supone necesariamente voluntariedad (ni mucho menos convierte en genuina a la adhesión). Aquí podría hacerse hincapié en varias cuestiones, entre ellas, en cómo opera el consentimiento del sujeto privado de la libertad. Sin embargo —aunque en un punto relacionado con el consentimiento en un contexto carcelario— lo que me interesa analizar es si el sistema de incentivos efectivamente resulta ser una oferta, y si lo es, de qué clase de oferta se trata.

En relación a lo primero, explica Alemany García: «*qué es una amenaza y qué es una oferta depende de lo que se pueda esperar como*

¹⁶ Cesano, D., *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, Córdoba, Alve-roni, 2007, pág. 58.

normal»¹⁷. Siguiendo a Feinberg¹⁸, una oferta es una propuesta de conferir un bien, un beneficio o, al menos algo deseado; por el contrario, una amenaza es la propuesta de infligir un daño o algo no deseado. Alemany García, reconstruye la propuesta de Feinberg quien pone como ejemplo el caso del prisionero de guerra al que su captor le dice:

- 1 Si no prometes obedecerme, te mataré (amenaza).
- 2 Si prometes obedecerme, no te mataré (no amenaza).

Sostiene Alemany García que para Feinberg el caso (2) no es una amenaza pero que tampoco aparece como una oferta a simple vista salvo que se tengan en cuenta las circunstancias en las que se encuentran captor y prisionero, puesto que el primero le ofrece al segundo algo que no haría según el curso normal de las cosas en ese contexto determinado. En consecuencia, si a (2) debe considerárselo una oferta, (1) no puede ser considerado una amenaza en tanto es que lo que sucedería normalmente en ese contexto ¹⁹.

Llevado el esquema a nuestro caso, éste podría ser representado entre el Estado (o Estado-sociedad) y el sujeto privado de la libertad, de la siguiente manera:

- 1 Si no aceptas el sistema de incentivos, cumplirás la pena por los años que te fue impuesta.
- 2 Si aceptas el sistema de incentivos tu pena podrá ser flexibilizada.

Así expuesto, no parecen existir motivos para discutir que (2) se trata de una oferta puesto que (1) sería el curso normal tras la imposición de una condena a un sujeto por la comisión de un delito y, por

¹⁷ Alemany García, M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel Manuel Cervantes, p. 215, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9927> (consultada el 7/8/16)

¹⁸ «An offer, we might well expect, is a proposal to confer a good, or a benefit, or at least something welcomed or desired, whereas a threat is a proposal to inflict an evil, a harm, or at least something unwelcomed or unwanted.» Feinberg, J., *Harm to self. The moral limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pág. 216.

¹⁹ Alemany García, M., «*op. cit.*», pág. 216.

ende, no constituiría una amenaza. No obstante, resulta importante delimitar frente a qué tipo de oferta nos encontramos puesto que no debe descartarse la posibilidad de que se trate de una oferta coactiva y en ese sentido, no del todo voluntaria.

Retomando la reconstrucción de Alemany García sobre el trabajo Feinberg, éste último considera que algunas propuestas capaces de afectar preferencias son ofertas y son coactivas a la vez. Una de las posturas mencionadas y a la cual adscribo, es aquella es virtud de la cual la oferta es coactiva porque en la opción (2), aunque se vean incrementadas las posibilidades del sujeto para flexibilizar su pena, son coactivas las intenciones del oferente y son coactivos los efectos sobre quien recibe la oferta²⁰. Y esto no es menor, puesto que el precio a pagar por no adherirse al sistema de incentivos es lo suficientemente alto tanto para quien lo ofrece como para su destinatario. Quien lo ofrece, a través de la norma, es el Estado (o el Estado y la sociedad) a quien le interesa la resocialización del condenado por diversos motivos, como puede ser bajar los índices de criminalidad, la inserción en la sociedad de sujetos con un mayor grado de autonomía que le permita construir una vida alejada del ámbito delictivo, etc. Quien lo recibe pretende, en general, el menor control posible sobre sus actividades cotidianas y, principalmente, el egreso anticipado.

En definitiva, quiero decir lo siguiente: la voluntariedad tal y como está planteada por los teóricos parece implicar una ausencia de coactividad. Sin embargo debe tenerse en cuenta: (i) que el sistema de incentivos formulado por la norma forma parte sustancial del tratamiento penitenciario puesto que brinda espacios progresivos de libertad —o de menor control— al sujeto a medida que cumple con las actividades propuestas; (ii) que ese sistema puede ser considerado una oferta en tanto el curso normal, tras la imposición de una pena, es su cumplimiento hasta el agotamiento de la misma; (iii) que esa oferta tiene un carácter coactivo y esa coactividad radica tanto en la intención

²⁰ Esto es lo que Alemany García reconstruye, siguiendo a Feinberg, como la «postura compatibilista». Las diferentes clases de ofertas coactivas pueden ser consultadas en Feinberg, J., *Harm to self. The moral limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pág. 236 y ssgtes.

del oferente como en los efectos de quien la recibe, en tanto el primero busca la resocialización del segundo, y éste último busca obtener un menor control estatal/una mayor libertad. Esta reconstrucción desvirtúa la idea de los teóricos de la voluntariedad como no-coactividad en tanto la coactividad es un elemento constitutivo de la oferta que se le formula.

4. La resocialización como objetivo principal de la ejecución de la pena

En el apartado anterior simplifiqué la normativa de ejecución —en cuanto al tema que nos ocupa— de la siguiente manera:

- 1 Si no aceptas el sistema de incentivos, cumplirás la pena por los años que te fue impuesta.
- 2 Si aceptas el sistema de incentivos tu pena podrá ser flexibilizada.

En la primer parte de (1) «si no aceptas el sistema de incentivos», el sujeto también queda fuera del objetivo principal de la norma, lo que algunos teóricos señalan como la eficacia del tratamiento, esto es, a la resocialización. Y es que como ya se mencionó, el sujeto, al optar por no adherirse al tratamiento, se mantiene al margen del fin resocializador si se admite que las actividades que lo componen están construidas sobre la base de fuertes componentes orientados a la socialización y al refuerzo de su autonomía. En ese sentido, autores como López y Machado sostienen que *«nadie puede objetar la importancia que tiene apuntalar a estos aspectos (salud, educación, trabajo, vínculos sociales) para contrarrestar la degradación que acarrea la prisión. Considerarlos con capacidad resocializante o reinsertante por su mera incorporación es otra cosa»*²¹. No obstante ello, la resocialización es el objetivo principal del tratamiento penitenciario y en ese sentido, se erige como una directriz orientadora²². Esto supone brindarle al sujeto, a través del tratamiento peni-

²¹ López, A. y Machado, R., *«op. cit.»*, pág. 216.

²² En el sentido otorgado por Dworkin, esto es, como un *«tipo de estándar que propone*

tencionario, las mismas herramientas con las que debió contar en instancias previas a su prisionización, y con las que, al parecer, deberá contar al culminar su tratamiento para dar cumplimiento con lo dispuesto por la norma, esto es, adquirir «la capacidad de comprender y respetar la ley» (art. 1, LEP).

Según se afirma, con ese objetivo social a la cabeza, las herramientas que brinda el tratamiento penitenciario recaen sobre ámbitos de los que el sujeto es parte en el medio libre, a saber: cumplir con responsabilidad las funciones derivadas de las relaciones familiares, sociales, disciplinarias, laborales y educativas. En ese sentido, el tratamiento penitenciario puede ser entendido como «*el conjunto de actividades terapéutico-asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado*»²³. Bajo esta idea, tratamiento penitenciario y resocialización aparecen unidos en la normativa. El legislador presupone que el sujeto al cometer un delito se distancia del cumplimiento de ciertas pautas sociales y, en consecuencia se pretende, a través del tratamiento penitenciario, revertir ese distanciamiento. Esta idea queda expuesta en el art. 1 de la LEP, la que dispone:

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.

De aquí surge en nuestro ordenamiento el llamado ideal resocializador, que viene a alinearse con la prevención general positiva como

un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad» Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Buenos Aires, Planeta, 1993, pág. 72.

²³ Arocena, G., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pág. 21.

función de la pena²⁴, esto es, «prevenir el delito actuando de modo positivo sobre el individuo infractor.»²⁵ La resocialización es un concepto altamente discutido. Autores como López y Machado la señalan como el proceso de personalización cuyo objeto es «disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo»²⁶, mientras que CESANO se inclina por considerarla una manera de acercarle al sujeto un programa de readaptación mínimo, esto es, que el sujeto logre respetar la ley, como contraposición a los programas de readaptación máximos que pretenden imponer al autor de un delito una determinada concepción de vida social.²⁷ Rescato estos dos conceptos de entre tantos otros, ya que en el primero se advierte una cuestión que comparto, esta es la de forjar un sujeto con mayor autonomía de la que disponía al ingresar sistema carcelario²⁸ lo que se completa, por disposición expresa de la norma, con «el apoyo de la sociedad». El segundo concepto es de relevancia puesto que la resocialización debe hacer hincapié *únicamente* en actividades que impliquen que el sujeto se aleje del ámbito delictivo. En ese sentido, si bien es dificultoso determinar un concepto preciso de resocialización, bajo la pauta brindada por la norma aparece como una intervención que debe ser mínima en cuanto a lo que se pretende es forjar un mayor apego a las disposiciones legales por medio de la adhesión a actividades orientadas a tal efecto.

Sobre el estatus deóntico de la resocialización, Guillamondegui la considera una obligación estatal que encuentra su derecho correlativo en el sujeto condenado²⁹, «el cual, en su uso de su libertad individual

²⁴ En ese sentido, véase Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, 2004.

²⁵ Guillamondegui, L., «*op. cit.*», pág. 7.

²⁶ López, A. y Machado, R., «*op. cit.*», pág. 42.

²⁷ Esto es también conocido como «resocialización para la legalidad».

²⁸ Aquí, claramente, pueden discutirse las estructuras a través de las cuáles se pretende lograrlo, principalmente la que implica que el sujeto esté encerrado. Sin embargo, esta cuestión excede al presente trabajo.

²⁹ Guillamondegui, L., «*op. cit.*», pág. 11.

decidirá participar de las actividades del régimen y tratamiento penitenciarios compatibles con la finalidad de prevención especial positiva pretendida». Advierte este autor que si bien se trata de una obligación, ésta no es de resultado.³⁰ En una posición contraria se encuentra Arocena, quien considera que el recluso no tiene un derecho jurídico subjetivo a la resocialización (aunque reconoce que puede tenerlo como derecho moral) ni una obligación del Estado, «*que consagren de modo inconcuso (...) el deber jurídico del Estado de efectuar una prestación cuyo concreto y específico sean el logro —no ya la búsqueda— de la reinserción social de la persona condenada a una pena privativa de la libertad.*»³¹

Aquí es preciso mencionar lo siguiente: la normativa específica indica que (i) la resocialización es la finalidad de la ejecución de la pena y que para ello (ii) es necesario procurar la adecuada reinserción social del condenado. La falta de mención explícita del «deber» en la primer parte del articulado resulta innecesaria: lo que existe es *un deber de procurar la resocialización* y el depositario de la obligación es el Estado. La inclusión de la norma bajo el apartado «principios» tampoco resulta suficiente para descartarlo como obligación, en tanto se trata de un principio positivizado que (como técnica legislativa) está destinado a armonizar todo el cuerpo normativo de ejecución de la pena. La segunda parte del artículo la norma es aún más clara «*el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada*» (el resaltado me pertenece). Resulta dificultoso sostener el carácter facultativo del Estado frente a lo establecido por la normativa. La resocialización aparece, entonces, como una obligación de medio: el deber de procurarla.

Así, el deber de procurar la resocialización consiste en, al menos, ofrecerle al sujeto condenado de manera clara y explícita un tratamiento interdisciplinario —que en nuestra normativa se traduce en el sistema de incentivos mencionado en el apartado anterior— y en informarle cuáles son las consecuencias de su adhesión. Sin embargo, la pretensión de armonizar el *deber de procurar la resocialización* con la idea de

³⁰ «Ídem».

³¹ Arocena, Gustavo, *Principios básicos...*, «op. cit.», pág. 65.

que lo buscado es un sujeto con mayor autonomía que pueda determinar su vida alejado de lo delictivo podría ser reformulada fuera del binomio voluntariedad/coactividad y tomar un rumbo intermedio. Sobre esta cuestión me explayaré en el siguiente apartado.

5. Una propuesta intermedia: paternalismo libertario.

Default rules y opt-out policies

La caracterización del sistema de incentivos como una oferta coactiva y el tratamiento penitenciario como medio para procurar la resocialización (para reforzar la autonomía de la persona en el marco de un programa de intervención mínima) me llevan a pensar en una reformulación de la norma que, sin desvirtuar la capacidad de elección del sujeto sobre su tránsito carcelario, revista de mayor coherencia. En ese sentido, una posibilidad de reformulación puede estar estructurada sobre la base de lo que se conoce como paternalismo libertario (*nudge* o *nudging*). Este modelo, presentado por Sunstein y Thaler, fue pensado para mejorar cuestiones relativas a la salud, la administración del dinero y la felicidad de los ciudadanos³². Sin embargo, considero que algunas de las ideas presentadas por los autores pueden ser utilizadas para modificar la forma de presentación de la norma que da inicio al tratamiento penitenciario, esto es, cuando el sujeto opta sobre el devenir de su tránsito carcelario.

En términos generales, la propuesta mantiene las siguientes características: (i) es posible tanto para instituciones públicas o privadas afectar el comportamiento de los sujetos y a la vez respetar su libertad de elección; (ii) las personas toman sus decisiones, en general, teniendo en cuenta *default rules*, *framing effects* y *starting points*, (iii) esas decisiones, en ciertos ámbitos, suelen ser tomadas por los sujetos con falta de claridad, solidez y de preferencias bien ordenadas; (iv) las elecciones

³² Véase: Sunstein, C. y Thaler R., *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008; Sunstein, C. y Thaler, R., «Libertarian paternalism is not an oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, 2003, p. 1159-1202.

que realizan las personas pueden ser *mejoradas* si se modifican, por ejemplo, las *default rules* (v) el objetivo de la propuesta no es bloquear opciones sino intentar movilizar al sujeto hacia direcciones que promueven su bienestar. En lo que sigue me centraré en la idea de reformular las *default rules*³³.

Para los autores, las características del diseño de las reglas legales y organizacionales tienen una marcada influencia sobre las elecciones que realizan los sujetos. En el tema que nos ocupa la influencia viene dada no por la posibilidad de elegir adherir a un tratamiento, sino por la oferta coactiva, una oferta de difícil rechazo. Es el carácter de la oferta lo que determina que el sujeto adhiera al tratamiento y no el reconocimiento de su capacidad de elegir a través de la incorporación a la norma de la idea de voluntariedad. Es por ello que considero necesario hacer hincapié en el diseño de las *default rules* como contenido de las reglas que dan inicio al tratamiento para intentar armonizar esta idea de que, en un mismo cuerpo normativo, convivan la voluntariedad y la oferta coactiva, la voluntariedad y la resocialización.

No voy a discutir aquí el contenido de lo que proponen las áreas que componen al tratamiento (en general: área educativa, social, laboral y psicológica), porque entiendo que merecen ser tratadas en mayor detalle dado que existen importantes discusiones acerca de la posibilidad de que ciertos derechos se conviertan en incentivos en la ejecución de la pena³⁴, lo que excede a la idea de este trabajo. Tampoco voy a discutir la existencia de institutos que flexibilicen la pena. Mientras el tratamiento penitenciario se erija como un medio para alcanzar ciertos fines —la flexibilización de la pena para el condenado, la resocialización para el Estado o para el Estado y la sociedad— la existencia de

³³ Pueden ser entendidas como reglas «por defecto» o reglas «predeterminadas».

³⁴ Ejemplo de ello es el derecho a la educación. Al respecto, autores como Albor sostienen que «*las sanciones punitivas, privativas de la libertad, no pueden ser un obstáculo para el ejercicio del derecho a la educación*» puesto que se trata de una facultad del individuo y el Estado no puede transformarlo en una obligación para el sujeto. Albor, A. D. «El efecto Ludovico. ¿La educación en las cárceles es un derecho o una obligación para el privado de la libertad?» en Gutiérrez, M. (comp.), *Lápices o rejas: Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012, p. 9.

incentivos es una forma de llevarlo adelante, sujeta a críticas, pero con una estructura similar a la de otros ámbitos de formación o desarrollo de las actividades del sujeto en el ámbito libre (v.g.: los sistemas de incentivos y premios en la escuela o en el trabajo).

Sin perjuicio de ello, sí estimo conveniente volver a detenerme en la voluntariedad a la que refiere nuestra norma de ejecución. Una norma que sincere lo que se persigue con el objetivo de la resocialización y lo que pretende el sujeto que cumple condena cuando adhiere a las pautas de tratamiento, y que permita la convivencia entre la voluntariedad y la oferta coactiva, puede ser pensada en otros términos. Retomando el modelo propuesto por Sunstein y Thaler las *default rules* deben ser elegidas con la meta explícita de mejorar el bienestar de las personas que se vean afectadas por ellas. El bienestar podría tener efecto tanto para el sujeto como para el Estado (o Estado-sociedad) por las razones que ya he invocado a lo largo del trabajo. A estos fines, podríamos formular una norma que parta de la inclusión *by default* del sujeto en el tratamiento penitenciario y que lo faculte a desvincularse (*to opt-out*) en cualquier momento y por cualquier circunstancia³⁵. La norma podría ser presentada en los siguientes términos:

Norma (a) Una vez condenado, el interno quedará adherido al tratamiento penitenciario salvo que manifieste expresamente su desvinculación, lo que podrá ser solicitado en cualquier momento sin necesidad de invocar una causa explicativa acerca de su solicitud de exclusión. La información sobre estas opciones deberá ser proporcionada por el organismo técnico-criminológico de manera completa al inicio del período de observación.

Para el paternalismo libertario, una regla como la norma (a) preserva la autonomía puesto que no bloquea elecciones individuales. No obstante, entiendo que aquí la noción de autonomía está únicamente pensada como *capacidad de elegir* un plan propio dada la imposición de una condena, solo que la reformulación de la norma habilitaría a que la

³⁵ Se trataría de una *default rule* cuyo contenido es lo que se conoce como *automatic enrollment*, lo que ha sido utilizado, por ejemplo, para que el ciudadano ahorre una porción de su salario actual en miras a su futuro.

elección sea desvincularse del tratamiento y no a la inversa. La norma (a) también excluye la necesidad de dar razones para desertar puesto que la intromisión para influenciar en la decisión, en este caso estatal, debe ser mínima. Este es el aspecto que los autores llaman *libertario*; sin perjuicio de que el uso del término libertario en este caso importa un considerable reduccionismo del libertarianismo, la idea de presentar a la regla formulada de otra manera es lo que resulta útil a los fines de este trabajo.

El aspecto *paternalista* del modelo se configura, según explican los autores, en el intento de las instituciones públicas privadas de influenciar el comportamiento de los sujetos en pos de su bienestar. En ese sentido, no se intenta anticipar la elección del sujeto, sino de hacer la diferencia en la forma en la que la opción es presentada. Esto último es lo que diferencia al paternalismo libertario de un paternalismo no libertario (en el que se procura bloquear ciertas opciones). La propuesta agrega que no siempre el paternalismo implica coerción: consideran que es posible que el planificador formule normas respecto de determinados asuntos que, desde el punto de vista estatal, son inevitables (y, en ese sentido, el paternalismo se torna inevitable) respetando la libertad de elección.

El modelo no está exento de críticas. Hay autores que cuestionan el respeto por la autonomía con la producción de estas *default rules*, ya que en algunos casos estas reglas operan sin el conocimiento del afectado, como «invisibles» (v.g. cuando están incluidas en contratos de adhesión que el ciudadano no lee). Entre ellos, HACKER. Sin embargo, este autor sostiene que la invisibilidad no es necesariamente un componente de una regla predeterminada, y que es posible proveer información acerca de esta regla al mismo tiempo que el sujeto realiza la elección³⁶. Esta circunstancia también puede ser salvada durante el período de observación³⁷, esto es, antes del comienzo del tratamiento

³⁶ Hacker, P., «Nudging and autonomy. A philosophical and legal appraisal» en Hans-W. Micklitz, Kai Purnhagen y Anne-Lise Sibony (editores), *Handbook of consumer research methods*, Edward Elgar, forthcoming, 2016. Disponible es: <http://ssrn.com/abstract=2779507>. En este texto el autor presenta críticas a la aplicación del modelo en relación a la autonomía sobre casos concretos.

³⁷ Me remito a la nota n° 14.

penitenciario, oportunidad en la que sujeto debe ser informado de sus opciones tal y como figura en la norma (a). La información completa colabora con la ordenación de preferencias en relación a la eventual toma de decisión. Por otro lado, autores como Conly consideran que este modelo es manipulador y más intrusivo que el paternalismo coercitivo puesto que aún le permite al sujeto elegir *mal*³⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la autora de mención defiende un modelo de paternalismo coercitivo que supone «simplemente que algunas cosas no están permitidas»³⁹. Esta idea, con algunas variantes (puesto que la autora hace hincapié en cuestiones relativas a mejorar la salud del sujeto intervenido), es la que se intentó erradicar con la incorporación de la voluntariedad al tratamiento penitenciario, lo que nos devuelve a lo que le dio el puntapié inicial a este trabajo.

6. Conclusión

En este breve artículo, en primer lugar, intenté poner de manifiesto que la voluntariedad en la ley de ejecución penal resulta discutible frente a su enlazamiento a un sistema de incentivos que, en el contexto en el que se producen, devienen en una oferta coactiva. De esta forma, intenté mostrar que la erradicación de la coactividad no es real tal y como está formulada la normativa actual. En segundo lugar, desestimé la importancia del carácter genuino de la adhesión al tratamiento que tanto preocupa a algunos teóricos, puesto que implica confundir genuinidad con voluntariedad. Y que, por lo tanto, el carácter voluntario del tratamiento no disipa ningún tipo de dudas sobre las motivaciones del sujeto que decide adherirse a su realización. En tercer lugar, procuré mostrar que, si bien existen múltiples discusiones sobre

³⁸ Al respecto, la autora sostiene: «...*libertarian paternalism does is not simply preserve the option of better choices for those who, for some reason, are different from the norm. It preserves options for those who has stronger motivations that do others, or for those who have crazier convictions than the norm. It preserves the option for error.*» Conly, S., *Against autonomy. Justifying coercive paternalism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pág. 32.

³⁹ «Ídem».

el significado de resocialización, éste aparece como el objetivo principal en la normativa de ejecución penal en tanto lo que se pretende es que el sujeto refuerce su autonomía en el marco de un programa mínimo de readaptación en miras al respeto por la ley. Además, adheriría a las posturas que sostienen que la resocialización es una obligación estatal de medio que puede ser traducida como el deber de procurarla a través del tratamiento penitenciario. Finalmente, propuse un modelo intermedio entre la coactividad y la voluntariedad en la búsqueda de armonizar las tensiones invocadas a través del sistema de *default rules* y *opt-out policies* esgrimidos por el paternalismo libertario. En efecto, intenté mostrar que por un lado, la adopción del modelo permitiría una expresión normativa más sincera en el sentido de que al comenzar el tránsito carcelario el sujeto ya se encuentra adherido a la realización del tratamiento. La oferta, en este caso, es trasladada a la posibilidad de desvincularse. No es posible, a mi entender, considerar que esto reduce el carácter coactivo del sistema de incentivos puesto que desvincularse – en la norma (a)- acarrea el mismo costo que no adherir al tratamiento – en la norma vigente-. Lograr la reducción o erradicación del carácter coactivo del sistema de incentivos implicaría pensar en todo un rediseño del tratamiento penitenciario en general, lo que excede este trabajo. Por otro lado, bajo los cánones esgrimidos, la norma lograría un mayor grado de coherencia respecto de su objetivo principal, esto es, la resocialización del condenado: si lo que se presente en la consecución de ese objetivo, como obligación estatal de medio, entonces lo óptimo es presentar opciones por medio de una regla que minimice los desvinculamientos y que permita, a la vez, trasladar el examen sobre la conveniencia o inconveniencia de la realización del tratamiento a un momento *ex post* preservando la posibilidad de elegir.

Referencias bibliográficas

Doctrina

Albor, A. D. «El efecto Ludovico. ¿La educación en las cárceles es un derecho o una obligación para el privado de la libertad?» en Gutiérrez, M. (comp.), *Lápices o rejas: Pensar la actualidad del derecho*

- a la educación en contextos de encierro*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.
- Alemaný García, M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel Manuel Cervantes, p. 215, disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9927>
- Arocena, G., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- Arocena, Gustavo, *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- Cesano, D., «La voluntariedad en el tratamiento penitenciario. ¿hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?», *Nuevo foro penal*, 2005, p. 175-187.
- Cesano, D., *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, Córdoba, Alveroni, 2007.
- Conly, S., *Against autonomy. Justifying coercive paternalism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Buenos Aires, Planeta, 1993.
- Feinberg, J., *Harm to self. The moral limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- García Basalo, J. C., *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires, Librería del Jurista, 1975.
- Guillamondegui, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad. Análisis legal, jurisprudencial y criminológico*, Buenos Aires, B de F, 2010.
- Hacker, P., «Nudging and autonomy. A philosophical and legal appraisal» en Hans-W. Micklitz, Kai Purnhagen y Anne-Lise Sibony (editores), *Handbook of consumer research methods*, Edward Elgar, forthcoming, 2016. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2779507>.
- Heisel, A., Montaña, C. y Luna, J., *Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el derecho comparado* (tomo IV), La Paz, Cooperación Alemana al Desarrollo, 2005.
- López, A. y Machado, R., *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián de Plácido, 2014.

Derecho y Control (1)

Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, B de F, 2004.

Sunstein, C. y Thaler R., *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

Sunstein, C. y Thaler, R., «Libertarian paternalism is not an oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, 2003, p. 1159-1202.

Legislación supranacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana de Derechos Humanos

Legislación nacional

Ley Nacional de Ejecución Penal n° 24.660

Ley de Ejecución Penal de la provincia de Córdoba n° 8878

Decreto reglamentario de la provincia de Córdoba de la ley de ejecución penal n° 344/08

Legislación comparada

Ley Orgánica General Penitenciaria (España)

Ley de ejecución de penas y medidas privativas de libertad (Alemania)

Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Chile)

Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Sanciones (México)

Seguridad y transición democrática en Córdoba: crisis políticas y consolidación de la seguridad como problema público (1982-1999)

por Paul Hathazy*

Resumen: Aquí trazo la emergencia y evolución de la «seguridad» como problema político y las medidas adoptadas durante la primera década y media de democracia en Córdoba. Partiendo de los últimos años de la dictadura muestro el inicial distanciamiento de los gobiernos respecto de las categorías de la seguridad en dictadura, para luego mostrar cómo, tras adquirir centralidad política, se reintegra esos ejes (policía y cárcel) en una arquitectura institucional, que perdura hasta hoy. Reconstruyo el origen político-electoral de la atención a la seguridad y las reacciones centradas en la prevención del delito mediante la planificación y el control judicial de la investigación criminal junto el reforzamiento policial y judicial, orientando la represión a sectores urbanos marginados, menores y delitos organizados. Esas políticas, presentadas como un corte con el pasado con nuevas bases de legitimaciones legales y expertas resultaron de luchas, donde las posiciones más liberales y garantizadoras de derechos fueron sistemáticamente subordinadas a poderosos intereses de burócratas y políticos profesionales.

Palabras clave: Seguridad, democracia, Córdoba.

* Doctor en Sociología, Centro de Investigaciones y Estudios en Cultura y Sociedad, CONICET – Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Email: paulhathazy@conicet.gov.ar.

Abstract: Here I trace the emergence and evolution of security as a public problem and the policies adopted during the first decade and half of democracy. Starting from the last years of dictatorship, I show the initial detachment from the core institutional components of dictatorship: police and prisons. I then show how, after attaining political centrality, police and prisons became again central within an institutional architecture still in place. I reconstruct the electoral origin of the attention to security and the reactions centered on crime prevention via planning and judicial oversight of criminal investigations along with police and judicial reinforcement targeting urban marginal sectors, minors and organized crime. These policies, originally presented as a cut with past, with new experts and legal bases of legitimation, evolved out of a struggle where the most liberal and rule of law positions were systematically eclipsed by the powerful interests of police bureaucrats and professional politicians.

Keywords: Security, democracy, Córdoba.

1. La emergencia de la (in)seguridad ciudadana en Córdoba: Criminalidad, inseguridad y políticas en la década de 1980

Dentro del Plan de Desarrollo de Córdoba para 1982¹, en el «Sector Seguridad» se diagnosticaba para la Policía la falta de recursos (edilicios, de transporte y comunicaciones) y «una constante tendencia a la disminución de delitos, que no llegaba a alarmar teniendo en cuenta el desfase económico, con elevadísimo número de despidos, reducciones de fuentes de trabajo, que influyen en la tendencia a delinquir»². El «pronóstico» por su parte, apuntaba la «tendencia de la repartición [policial]» a «volcar el mayor esfuerzo con sus escasos medios humanos y materiales a patrullajes intensivos hacia los sectores más críticos, implementándose controles selectivos a los fines de lograr

¹ Gobierno de Córdoba, «Plan de Desarrollo de Córdoba. Diagnostico Preliminar. Área Aspectos Sociales.», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1982.

² «Ibíd», pág. 307.

una mayor prevención de ilícitos y llegado el caso, la represión». También destacaba que la doble función policial y judicial de la fuerza, restaba «potencialidad» al esfuerzo. Proponía, finalmente, mayores recursos y una estructura con un Estado Mayor policial — establecido luego por Ley Orgánica en 1982 (Ley 6701). En lo penitenciario diagnosticaba la terrible situación edilicia y limitaciones de personal, en particular profesionales «para formar gabinetes correccionales». Como veremos, esa «tendencia de la repartición» policial, se convirtió luego en política oficial durante la democracia, centrada en el aumento de recursos, de presencia policial en la calle, la intensificación de la vigilancia y represión en lugares críticos, y la progresiva separación de la labor policial y judicial. Lo penitenciario, tuvo menos modificaciones, siendo la mayor novedad, la inversión en capacidades judiciales, que no reemplazaron el uso de facultades policiales despóticas.

La provincia había comenzado a mutar desde un desarrollo de base industrial a una economía agro-exportadora y de desarrollo inmobiliario y de servicios³. En esta modificada economía aumentaba la desocupación y la precarización, afectando más intensamente a los menos educados y residentes de sectores periféricos de la capital. Respecto de este contexto, el plan de 1982, sin embargo, se equivocó en predecir una tendencia de los delitos a disminuir. Por el contrario, los delitos registrados por la policía aumentaron drásticamente de 31.000 en 1981 a 56.000 en 1984, se mantuvieron alrededor de 65.000, entre 1985 y 1988, y dispararon a 86.000 en 1989, en las postrimerías de la hiperinflación⁴. Sin embargo, no fue esa evolución de las cifras del delito lo que hizo emerger a la seguridad en el espacio político cordobés.

De la lectura de diarios, mensajes del Gobernador y de los ministros de gobierno entre 1983 y 1990, el origen parece residir en dinámicas y eventos propiamente políticos con epicentro en Junio y

³ Closa, G., «La recuperación de la democracia y los gobiernos radicales. Angeloz y Mestre», en C. Teath (ed.) *Córdoba bicentenario. Claves de su historia contemporánea*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Estudios Avanzados, 2010, pág. 328-358.

⁴ Cafferatta Nores, J. I., *Informe del Ministro de Gobierno sobre la situación de la seguridad en Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1988; Gobierno de Córdoba 1982, 1990.

Julio de 1987. El alzamiento carapintada de Semana Santa año, el recrudecimiento de violencia política relacionada con las leyes de obediencia debida —con ataques a sedes de organismos de derechos humanos⁵ y casas de jueces y la Facultad de Derecho, la profanación de la tumba de J.D. Perón—y el comienzo de campaña para gobernador, todo ello converge para poner la cuestión de la seguridad en el centro de la discusión política provincial. Se integran en la atención a la «seguridad»—combinada con referencia a «violencia»—la demanda de controlar y reducir atentados terroristas de derecha, junto a la atención a la creciente delincuencia, tanto organizada, como contra la propiedad, y la atención a menores «violentos», solos o en «patotas». Entre Abril y Septiembre de ese año, la cuestión de la seguridad frente a ataques terroristas y los desafíos militares con la necesidad de «la prevención del delito» una cuestión más antigua reservada a actores de gobierno, la policía, círculos de expertos—juristas y algunos psicólogos mayormente y la sección policiales del diario, centrada en hechos delictivos extraordinarios. Entre los grupos de expertos, debemos mencionar a los penalistas y criminólogos de la Facultad de Derecho y de la Universidad, algunos de los cuales se encontraban nucleados en el Centro de Estudios Criminológicos de Córdoba, el cual tuvo una presencia importante en los debates penales durante la dictadura.⁶

A esta convergencia de seguridad contra el terrorismo y los militares con la prevención de delito contribuye las luchas políticas nacionales, que desembocan en la interpelación al Ministro del Interior «sobre distintos aspectos de la seguridad del Estado» en Julio de 1987, liderada por la oposición peronista y de centro derecha acusándolo de no «controlar 'células terroristas de ultraderecha» y de producir «resoluciones de casos significativos» como los secuestros de empresarios que involucraban a ex-policías, y de no controlar el aparato de seguridad. En esa discusión el Ministro del Interior de la Nación propone alejarse

⁵ «Explosivo en la Facultad de Derecho», LVI 16.4.87

⁶ Ver *Revista Panorama Criminológico*, 1980-1981 y Centro de Estudios Criminológicos Córdoba, «1er. Seminario de Córdoba sobre Prevención Delictiva», Córdoba, 1985.

⁷ La Voz del Interior [LVI], 9.7.87.

de la doctrina de la seguridad, nacional donde la «tortura y los apremios ilegales le dieron un cierto aire de eficiencia a la política de seguridad» y la necesidad de «comenzar la seguridad a partir del respeto a los derechos y garantías y de la dignidad y el decoro humanos...sobre esta base, y aplicando métodos de la política de seguridad, inspirada en una ciencia criminológica moderna, nos permitió ir logrando un nivel de eficiencia en el esclarecimiento de hechos a través de la prevención dándole a la sociedad un buen nivel de seguridad»⁸. También organizó el ministro a fines de Junio de 1987 el 1er. Congreso Nacional de Seguridad Urbana donde esa «doctrina democrática de seguridad» fue discutida por penalistas, criminólogos, políticos y policías nacionales y extranjeros⁹.

En la provincia, los medios de comunicación, en particular La Voz del Interior (LVI) y su editorialista, Alfredo Irigoyen—periodista liberal de trayectoria en varios medios provinciales y abogado penalista estudioso de la criminología, profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho—tuvieron un rol central en introducir y fijar la atención pública en la emergente cuestión de la seguridad. Desde principios de año, el diario refería a la cuestión judicial¹⁰ y policial¹¹ y la cuestión criminal, con eje en la delincuencia juvenil¹², consumo y tráfico de drogas¹³ y el delito organizado. Durante Junio y Julio, los ecos de la discusión nacional, incluidos los del Congreso Nacional y los del congreso sobre seguridad urbana aparecen en las editoriales: sobre «Iniciativas para la prevención del delito»¹⁴, y la «Investigación

⁸ «Ídem», 24.6.87.

⁹ Ministerio del Interior, «1er. Congreso Nacional de Seguridad Urbana. Relatos y Conclusiones», Buenos Aires, Ministerio del Interior, 1988.

¹⁰ «La justicia y la lucha contra la delincuencia», LVI, 10.4.87; «La modernización de la justicia», LVI 1.5.87; «La Capacitación Judicial», LVI 2.6.87.

¹¹ LVI, 1.6.87 «La capacitación policial»; LVI 2.6.87 «La razonabilidad como medida de la autoridad».

¹² Informe Especial «La delincuencia juvenil, LVI, 28.6.87.

¹³ Editorial LVI, 17.3.87 e informes especiales, LVI, 27.4.87 y 29.6.87, Editorial 1.7.87 «El consumo de drogas entre nosotros»)

¹⁴ «Ídem», 24.6.87.

criminológica»¹⁵. La nota editorial «El auge del delito y la seguridad ciudadana»¹⁶ engloba bajo la frase «seguridad ciudadana» la discusión sobre criminalidad («robos sistemático, vandalismo de las patotas, mercados de cosas robadas», delincuencia de menores, el narcotráfico, delito organizado), labor preventiva y represiva, con la autoridad del sistema democrático, basado en la legalidad y el respeto de derechos humanos, como alternativa a las posibilidades del regreso del autoritarismo, y como una responsabilidad de funcionarios y legisladores en democracia.

Los debates políticos se centraron inicialmente en la capacidad general del gobierno de contener el delito y la supuesta reducción de la capacidad policial de detener por identificación derivada de la reforma constitucional de 1987—algo reprochado por la misma fuerza policial—ante lo que el gobierno respondió destacando la creación constitucional de la Policía Judicial y el ministerio público fiscal como parte de la Justicia, y la modificación del código de faltas¹⁷, proponiendo introducir la figura del merodeo y prostitución escandalosa «a fin de contribuir a un perfeccionamiento de la seguridad pública»¹⁸. Las demandas policiales por mayores atributos convergieron con las de la oposición política, en particular las de la ascendiente Unión de Centro Democrática, y por el candidato del Justicialismo, José Manuel de la Sota, que replicaron, en medio de la campaña electoral a nivel provincial. La crítica de la oposición al gobierno nacional respecto de la incapacidad de poner orden o garantizar seguridad.¹⁹

¹⁵ «Ídem», 9.9.87.

¹⁶ «Ídem», 10.9.87.

¹⁷ «Eficacia del sistema penal y garantías procesales», Ídem., 27.7.87.

¹⁸ «Propone el PE ejecutivo modificación del Código de Faltas», Ídem., 30.7.87.

¹⁹ Ante ello el gobierno reacciona tímidamente con una «reunión informativa sobre «La Seguridad Pública» a cargo de funcionarios policiales» (LVI, 24.8.87). El secretario de gobierno, Antonio M. Hernández, también profesor de la Facultad de Derecho, anuncia la inminente inauguración de «La nueva central de policía» (LVI, 27.8.87), iniciada durante la dictadura y pronta a terminar «para darle al ciudadano cordobés la policía de la paz que se merece», que trató, con la presencia del Ministro de Gobierno, sobre cifras de delito e inversión en flota automotor, medios de comunicaciones y personal policial (LVI, 26.8.87).

Tras su reelección en Septiembre de 1987, el gobernador Eduardo Angeloz introdujo por primera vez desde 1983 en su discurso de asunción de diciembre la cuestión de la seguridad. Recordó «que Córdoba ha disfrutado los beneficios de la libertad» y anunció a la asamblea «implementar nuevos programas prevención para evitar el delito, afianzar los ya existentes y coordinarlos con un enfoque interdisciplinario.» El flamante Ministro de Gobierno, José Ignacio Cafferatta Nores en su primer entrevista como tal refirió a «la cuestión de la seguridad» cuestionando la alternativa entre «libertad y seguridad», proponiendo trabajar en todos los esfuerzos para evitar los delitos, campañas educativas, información para la población, tratamiento penitenciario» incluyendo atender a las «raíz socioeconómica», «en cuanto afecta a situaciones familiares y educativas»²⁰

Durante el verano de 1987-1988 se construyen, las bases de la política de seguridad de los años siguientes. Esta incluye componentes tradicionales (policiales, justicia y sistema penitenciario) y nuevos. Según la Memoria de Gobierno de 1988, respecto de la policía se propuso continuar el incremento de recursos, en particular de patrulleros y equipos de comunicación, sumado ahora a la especialización y profesionalización, para que policía funcione como «un obstáculo de hecho a la criminalidad, [y] también que opere como un agente eficaz de orientación de los comportamientos sociales y las actitudes de los ciudadanos.»²¹ La potenciación operativa de la policía incluyó la introducción del merodeo y la prostitución escandalosa en el Código de Faltas en diciembre de 1987, en un proyecto enviado por el Ministro de Gobierno. En lo penitenciaria, se postula «reeducación y readaptación social de los condenados buscando su reinserción a través de capacitación con salida laboral. Preparar el interno para la libertad, que receptaba el énfasis en readaptación y tratamiento penitenciario desde la vuelta de la democracia.»²² Una novedad respecto de 1982 es el eje en la justicia

²⁰ «Libertad y seguridad, una ecuación necesaria», LVI, 16.12.87

²¹ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1988, pág. 12.

²² En el servicio penitenciario el retorno de criminólogos a la subdirección y l contratación de equipos criminológicos, junto con proyectos de reforma de la ley orgánica

penal, «una eficaz persecución penal asegurarlo mediante una modificación de leyes orgánicas y acceso a la justicia»²³. La referencia a la justicia integraba la creación de jefaturas letradas de sumarios creadas en 1985, la regulación de la policía judicial de 1986, y los proyectos de creación de ministerio público y la reforma procesal penal futuros como parte de la «prevención del delito». En la justicia se agilizaría por cumplimiento de plazos, la reducción de excarcelaciones de prisión preventiva y la necesidad de poner a los menores detenidos por delitos bajo custodia de quien pueda «ejercer un eficiente control sobre la conducta del menor»²⁴

A las burocracias penales tradicionales se agrega un Centro de Asistencia a la Víctima y un «organismo criminológico». El Centro se dedicaba a la «asistencia de los que sufren consecuencias físicas, morales y sociales de la criminalidad, promoviendo programas de asistencia a las víctimas», y era un desarrollo liderado por la psicóloga y criminóloga Hilda Marchiori, creado por Ley 7379 en 1986, con apoyo del penalista Ricardo Nuñez, en ocasión de plantearse al reforma a la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario. La otra novedad fue la Dirección de Política Criminológica, que «tendrá a cargo las pautas y políticas a desarrollar en materia de prevención del delito tratando de coordinar a través de la relaciones entre distintos órganos e incluso interministerial».²⁵ A ello se sumaba, las tareas de educación y movilización de Escuelas, centros vecinales y taxistas, en tanto «agentes civiles de prevención».²⁶ Alfredo Irigoyen, el abogado penalista y editorialista de La Voz del Interior fue

penitenciaria que databa de 1982, había dado nuevo impulso a las visiones y prácticas de reforma, a pesar de las crónicas falencia en infraestructuras y servicios.

²³ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1988, pág. 14.

²⁴ «Nueva política en la prevención del delito», LVI, 24.1.88.

²⁵ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1988, pág. 16.

²⁶ Las mismas directrices son expuestas en una extensa interpelación al ministro de gobierno de abril de 1988, solicitada por la Unión de Centro Democrática, acompañada por una profusión de datos estadísticos y cuadros explicativos, luego publicada como libro con el título «La seguridad en la provincia de Córdoba». Cafferatta Nores, «*op. cit.*», págs. 24-62.

designado Director de Política Criminológica. La opción por un penalista y periodista es coherente con las conclusiones de la Comisión 3 sobre «Prensa y Prevención de Delito» del Congreso de Seguridad Urbana, que destacaban la necesidad de evitar una prensa sensacionalista y promover una visión objetiva del tema²⁷. Estos mismos ejes aparecen en la conferencia de clausura del Gobernador en el «2do Congreso Nacional de Seguridad Urbana», de Noviembre de 1988 organizado por el Ministerio de Gobierno.²⁸ Otras recomendaciones del Congreso, sin embargo, como la de adoptar «figuras legales precisas en contravenciones» fue dejada de lado.

Esa inicial conformación a pesar de presentarse como seguridad ciudadana y seguridad en libertad, tiene un doble eje. Por un lado la incorporación de centralización de información y el incremento de capacidades judiciales y de control judicial de la investigación de delito. Pero por otra parte, se consolidan, dentro de lo que se llama prevención también, el incremento del personal policial en las calles, con vigilancia a pié en los sectores céntricos y comerciales, patrullajes en zonas residenciales y operativos de «saturación» y cercamiento (Operativos «Cerrojo», con allanamientos masivos) de Villas de Emergencia, y los controles de circulación peatonal o vehicular, en la ciudad. Son frecuentes en este período los casos de muertos a manos policiales en enfrentamientos.²⁹

Estos desarrollos institucionales y prácticas, con su orientación al reforzamiento penal y su intensificación de despliegue se consolidaron tras la crisis política y social de 1989, que comenzó con el alzamiento de izquierda de La Tablada en Enero y continuó con los saqueos a supermercados y la entrega del poder anticipada del Presidente Alfonsín

²⁷ Ministerio del Interior, 1988:272-277. Esto puede verse en el estilo profesional y propositivos de las editoriales de 1988 «Advertencia sobre el arraigo de las drogas» (LVI, 7.4.88) o «Los menores y la violencia» (LVI, 16.4.88)

²⁸ En la política frente al delito engloba, prevención y la persecución. «La prevención, como eje principal», incluye la función policial, la delincuencia juvenil, la droga y la política penitenciaria y la «persecución del delito, que incluye «reasignación de recursos, ministerio público fiscal y reforma procesal penal.» Angeloz, E. C., *La seguridad ciudadana frente al delito*, Córdoba, Lerner, 1988, págs. 16-45.

²⁹ «Es abatido en un tiroteo por robar un tubo de gas», LVI 25.4.88.

al Presidente Menem el 9 de Julio de 1989. En Agosto la cuestión de la criminalidad vuelve al centro de la escena, combinada especialmente con el delito callejero y con el tráfico y consumo de drogas. Dada la «extinción» de la autoridad política en el frente económico³⁰, el gobierno provincial invirtió intensamente en su función penal, luchando contra el delito común y organizado para recuperar su autoridad pública en la segunda mitad de 1989 y después.³¹ Esta política de expansión penal se daba ahora en convergencia con una propuesta a mediano plazo de reducción de las funciones y competencias estatales, centradas en reducción de gastos, privatización y descentralización administrativa, establecidas por la Ley de Reforma Administrativa del Estado Provincial de Octubre de 1989³².

Esta afirmación de la autoridad pública incluyó la continuación de la intensificación de las razias en villas de emergencia³³, el incremento de detenciones por faltas y delitos³⁴, promover «Medidas contra el delito» en coordinación con los gobernadores de Santa Fe, Buenos Aires, Mendoza y Buenos Aires³⁵ y el lanzamiento de un «vasto programa de seguridad en la provincia»³⁶ que profundiza la intensificación del poder policial y penal.

³⁰ Novaro, M., *Argentina en el fin de siglo. Democracia, mercado y nación (1983-2001)*, Buenos Aires, Paidós, 2009, pág. 309.

³¹ El reaseguramiento de la autoridad pública, no solo es del gobierno para quien «estas medidas impidieron que Córdoba» fuera la «cabecera de playa de un desorden generalizado en el país (Editorial «La cuestión de la Seguridad en Córdoba, en LVI, 10.9.89, e Ídem., 20.9.89 «La policía duplicará el patrullaje vehicular») sino que también acompañado en la prensa. Mientras La Voz del interior, volvía a poner en cuestión la delincuencia en primera plana («Preocupante auge de la delincuencia», Ídem, 17.9.89), días después del anuncio comentaba en su editorial «La recuperación de la seguridad pública» (Ídem., 23.9.89), para luego rematar, un mes después la «Notoria disminución de delitos en zonas críticas» (Ídem., 20.10.89).

³² Closa, G. «*op. cit.*», pág. 473.

³³ «Una gavilla desmantelada», LVI 14.8.89 y «Ofensiva policial contra el hampa» Ídem., 7.9.1989.

³⁴ «El Comando Radioeléctrico arresto en siete meses a 8.400 personas», Ídem., 24.8.89

³⁵ «Impulsaran Sanciones contra el delito», Ídem., LVI 29.8.89.

³⁶ «Implantan vasto plan de seguridad en la provincia», Ídem., LVI, 1.9.89.

En lo policial, Patrullas Rurales, para proteger intereses de ganaderos y patrullaje en la zona céntrica, mediante el Cuerpo de Vigilancia Especial. El vasto programa se concreta en un «Plan General de Prevención y Seguridad» para la policía que se construyó, en base a complejo análisis, que involucraba nuevas dimensiones de análisis. Según referencias del Ministro de Gobierno, un «análisis de riesgos y peligros...la cantidad de bienes a que están expuestos al robo, al hurto y los que más interesan al delincuente; se estudió el índice delictual, y la posible traza delictual operante, el grado de indiferencia de la gente, el sentimiento de inseguridad de la población, las relaciones entre policía y población, todo lo cual culminó con la elaboración del plan»³⁷. Es destacable que la zonificación que producen los análisis coincide con que se intensifica el policiamiento diferencial de «zonas críticas», basado en allanamientos masivos y luego cercamientos por vigilancia y control del movimiento de las «villas miserias»³⁸. En el diagnóstico del ministro de gobierno, el crecimiento del delito resulta de «un epifenómeno de la hiperinflación,» que afecta al tejido social y reduce los frenos inhibitorias «y de una justicia penal anticuada», manteniendo también la cuestión de la reforma procesal penal como central en la seguridad. (LVI 20.9.89 «La policía duplicará el patrullaje vehicular»).

En lo que hace al poder judicial, se proponen medidas para reducir la excarcelación (prisión condicional sólo si la condena será condicional; que la apelación fiscal obste a la excarcelación, y consagra la garantía económica para su otorgamiento). Por el otro, se propone una expansión del poder judicial. Desde 1990 el gobierno invierte en incrementar y organizar la actividad de persecución y juzgamiento penal. Se estudia construir un nuevo edificio de tribunales en 1989- para el fuero penal y laboral, se aprueba la nueva ley orgánica del Ministerio

³⁷ «Notoria disminución del delito en zonas críticas», Ídem., LVI 20.10.89.

³⁸ «Fructífero allanamientos en villas de emergencia», Ídem., 29.9.89; «Continúan los rastillajes en villas de emergencia», Ídem., 1.10.89; «Aclaran ilícitos en allanamientos masivos, Ídem., 2.10.89; «Prolija requisita policial en Villa El Bordo», Ídem., 3.12.89; «Operativo policial en villa emergencia» Ídem., 28.12.89 y «Prevención Policial en puentes y zonas críticas», Ídem., 5.5.90. En Abril de 1990 hubo «35 operativos en asentamientos marginales y 725 allanamientos» «Operativo Policial en Villa el Pocito», Ídem., 6.5.90.

Pública Fiscal (Ley 7826/89), que pone en sus manos la «política de persecución penal» y se propone la construcción de nuevas cárceles, incluyendo su privatización, dada la sobrepoblación y la falta de recursos públicos.

Mientras la categoría seguridad organiza y legitima la expansión del poder penal del Estado, a la vez comienza a expandirse en relación a otras áreas de gobierno, en particular la asistencia social y la educación. En el «Primer Congreso Internacional de Seguridad Ciudadana» a fines de 1990, organizado en Córdoba también por el Ministro de Gobierno Cafferata Nores, este presenta «Las política de prevención de delito en la provincia de Córdoba»³⁹. Esta incluye ahora tres áreas «1. Diseños de políticas sociales con efecto de prevención: el Programa de Asistencia Alimentaria, equipos de ayuda escolar interdisciplinaria, Comisión provincial para la prevención de la drogadicción y la Comisión para la prevención de la violencia doméstica. Luego en «2. Los modelos de prevención delictiva por disuasión», se integra la «participación comunitaria, comisiones rurales, participación municipal, acciones tradicionales, reforzamiento policial, reinserción del penado y asistencia a la víctima». Finalmente, «en el plano legislativo, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el reformado Código de Faltas.» La mayoría de estos elementos luego formaron parte de la «Declaración de Córdoba» donde el gobierno de Córdoba es presentado como pionero y modelo en políticas de seguridad⁴⁰. Como resultado de las discusiones del Congreso en 1991 se crea el Instituto de Estudios para la prevención del Delito, presidido por el Jurista Pablo Carreras, Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNC, y antiguo miembro de Centro de Estudios Criminológicos a finales de los 70s⁴¹.

Mientras los delitos bajaron a comienzos de la década —70.000 en 1990 y 60.000 en 1991— se mantuvo dentro del juego político la centralidad de la seguridad y de las políticas de seguridad. Los siguientes

³⁹ Gobierno de Córdoba, «1er. Congreso Internacional de Seguridad Ciudadana», Córdoba, Lerner, 1991, págs. 23-32.

⁴⁰ *Ibid.*, 201-203.

⁴¹ Instituto de Estudios para la prevención del delito, Criminalidad y Prevención del Delito, Córdoba, Advocatus, 1994.

años muestran una continuidad en incrementar los recursos policiales, tanto edilicios como de personal junto a leves intentos de incorporar otras instancias de formación en la educación de los oficiales. Se intensifica la construcción de dependencias y jerarquización de varias, donde destacamentos pasan a ser comisarías y se construyen una gran cantidad de destacamentos, en particular cercanos a las «zonas críticas». En 1994 se legisla un nuevo Código de Faltas que preserva las facultades de arresto y juzgamiento de la policía administrativa respecto de las faltas, que reemplazan las facultades de juzgamiento por Edictos.

El Servicio Penitenciario no tuvo una inversión similar aunque incrementó, en particular en 1990 su población de condenados y procesados. Tienen su época de esplendor las nuevas organizaciones, la Dirección de Asistencia a la Víctima y la Dirección de Política Criminológica. La primera siguió trabajando (10000 asistidos en 1991, 16.000 en 1992 y 1993 y 18.000 en 1994) con una continua labor de difusión y participación en instancias académicas y foros de políticas. La Dirección de Política Criminológica, continuó elaborando el «mapa criminológico» entre 1991 y 1995, con datos de 1987 a 1994 de las policía, justicia y cárceles, proponiendo «elaborar programas», teniendo en cuenta «aspectos laborales, educacionales, sanitarios, y demás individuales y sociales, que hacen a la problemática del delito» y un «Consejo Provincial de Prevención del Delito». Con la re-reelección de Angeloz, para el tercer mandato estas áreas de competencias en «prevención delictiva» permanecen dentro del ministerio de gobierno⁴² y son puestos bajo la «Secretaría de Seguridad» en 1993 (Decreto 562).

⁴² Según la Ley orgánica del Poder Ejecutivo del noviembre de 1991 el Ministerio de Gobierno es competente en lo relativo a la prevención delictiva y mantenimiento del orden y seguridad pública en todo el territorio de la Provincia.» «Art. 10, inc. 3), La organización y dirección de cárceles e institutos penales de la Provincia» 4). El Decreto Reglamentario 2925/92 (23.10.1992) asigna esas funciones a la Subsecretaría de Gobierno, pero agrega a la prevención «Coordinar y supervisar la formulación y ejecución de las políticas criminológicas» (inc. 3) y «lo más novedoso «6. Proponer y ejecutar acuerdos de cooperación en materia de seguridad con el Estado Nacional, otros Estados Provinciales y/o entes públicos o privados». En lo penitenciario sigue centrado en administrar las prisiones («Supervisar la administración del Sistema Carcelario e Institutos Penales y realizar el reclutamiento, capacitación y

2. Consolidación de las dirección policial y punitivas de «las política de seguridad» tras la crisis económica y política de 1995

A partir de una nueva crisis económica y política en el Estado provincial, que llevó a movilizaciones, protestas y renuncia anticipada del Angeloz y la asunción de Ramón Mestre como gobernador en 1995, también de la UCR, se adopta una reducción del gasto social y de gastos estatales. La política social—que pasa a ser subsidiaria y asistencialista (Carrizo 2000)⁴³ se combina con «reducción de gastos y racionalización en el funcionamiento del Estado con reducción de sueldos y días de trabajo en la administración, reducción del número de ministerios y subsecretarías y «rediseño del Estado», reduciendo personal y eliminando dependencias concentrándose en otros ministerios.⁴⁴ Esta crisis fiscal y recambio político afectarán los componentes de la política de seguridad.

Por un lado se continua en el énfasis policial y judicial, pero se pone fin al «organismo» criminológico, la Dirección de Política Criminal desmantelada en 1996, siendo la información sobre delitos y medidas de prevención monopolizado por la policía desde entonces⁴⁵) y el paso a subdirección de la asistencia a la víctima, que reduce su atención (de 18.500 en 1995 a 14.400 en 1996) «debido a disminución de personal profesional».⁴⁶ La policía, sin embargo, es exceptuada de la reducción de gastos, incluidos los descuentos salariales—aunque sufrió importantes reestructuraciones internas orientadas a poner más personal en la calle, pero pasó a orientarse a una prevención donde se combinaba la

jerarquización de los agentes del Servicio Penitenciario», inc. 4) y «Estudiar los casos de beneficiarios por amnistía, conmutaciones e indultos y ejecutar las propuestas pertinentes» (inc. 5).

⁴³ Carrizo, C., «De la subordinación negativa a la subordinación positiva de la intervención estatal a los procesos de acumulación privada: El sistema administrativo provincial en Córdoba, 1995-1999», *Administración Pública y Sociedad*, 13, pág. 1–9, 2000.

⁴⁴ Closa, G., «*op. cit.*», pág. 403.

⁴⁵ Marco del Pont, L., «La Criminología en Argentina y particularmente en el interior (Córdoba)», Capítulo criminológico, 27, 3, 1999, pág. 124.

⁴⁶ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1997, pág. 9.

prevención del delito y el control de protestas y de saqueos.⁴⁷ Pasados los disturbios de Abril a Junio de 1995 se continuó la atención de policiamiento diferenciales «en sectores críticos del ámbito metropolitano» mediante el Dispositivo de Protección Permanente (DIS.PRO.PER.), orientado «no solo a lo delictual, sino también al mantenimiento dentro de parámetros aceptables de los posibles desbordes sociales.»⁴⁸ El año siguiente, se reorganizó el despliegue policial territorial en la ciudad, estableciéndose 9 «grandes distritos», divididos a su vez en 41 «Precintos» pequeñas unidades de organización, cada uno a cargo de una comisaría, de aproximadamente 400 manzanas, en donde se combinan las patrullas a pie y motorizadas. En cada precinto operan «Escuadrones Motorizados», coordinados por el comisario y la central de policía. Cada distrito a su vez, tenía como función, la «prevención del delito», pero también la «represión del delito, aprehensión de delincuentes, conservación de tranquilidad y orden público, protección de vidas y bienes, investigación del delito y juzgamiento de faltas».⁴⁹

La concentración espacial en distritos— presentada en su lenguaje de gestión pública— es complementadas por cuerpos especiales que cubren grandes áreas de la ciudad y se mueven a través de ellas el «Escuadrón 101» y los «Grupos de Acción Rápida», formados estos últimos por personal de Cuerpos Especiales (Guardia de Infantería y Canes). Rutinizando los operativos de saturación se crea el «Cuerpo

⁴⁷ Así, en 1995 se compraron, para 12.764 agentes de policía « 5000 cartuchos de Gas Lacrimógeno, 5.000 Granadas Lacrimógenas, 1.000 aerosoles lacrimógenos, 5.000 bastones anti-tumulto de 1m. de largo, y 5.000 bastones cortos o varita de goma, 5.000 pares de esposas de seguridad, 500 cascos anti-tumultos, 5000 escudos anti-disturbios, 500 chalecos antibalas, 100 prismáticos, 50 visores nocturnos, 100.000 cartuchos 12.70 antidisturbios, además de 300.000 cartuchos 9mm., 50.000 cartuchos 11.25mm. A eso se 100 unidades de patrullajes y 35 transportes livianos de persona», ósea camionetas para transportes de grupos especiales Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1996, pág. 7.

⁴⁸ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1996, pág. 8.

⁴⁹ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1997, pág. 15.

Rondas de Prevención» para «patrullaje de zonas críticas, villas de emergencia y sector de índice delictual elevado»⁵⁰. Los Grupos de Acción Rápida tienen la particularidad de ser móviles de seis efectivos, «multipropósito», patrullando zonas críticas pero pueden servir para contender manifestaciones o saqueos. Este despliegue continúa en los años siguientes y se resume en «ocupación territorial, el equipamiento, la lucha contra la corrupción y la policía comunitaria». Lo novedoso en este período es menos la modalidad de despliegue, como el lenguaje managerialista, de gestión policial junto con una explicación individualista de delito.⁵¹ A ello se suma, hacia el final del período aquí analizado, 1999 la introducción de la «política de seguridad denominada tolerancia cero (implementada por primera vez a partir de 1993 por el alcalde Giuliani en la ciudad de Nueva York, como es de público conocimiento)»⁵², en ocasión de la creación del Cuerpo de Investigaciones Especiales, especializado en robos domiciliarios y formado por la policía judicial y policía de seguridad. Nótese que los discursos managerialistas, la atención a delitos y «las faltas menores», junto con una sectorización de la ciudad, son elementos que pre-existen a la introducción del eslogan de la «Tolerancia Cero», pero luego facilitaron la asimilación e identificación con aquel modelo.⁵³

Junto a la expansión de capacidades policiales y consolidación de la prevención y policiamiento diferencial se expande el poder penal

⁵⁰ Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1998, pág. 6.

⁵¹ Según la Memoria que acompaña al Mensaje del Gobernador «El delito obedece a una poli causalidad que es muy compleja y con orígenes en casi todos los sectores y aspectos de la sociedad y que se comete según existan dos factores en forma simultánea a) la voluntad de cometerlo por parte del individuo, b) la creencia que puede cometerlo sin ser aprehendido, siendo decididamente sobre el este último elemento donde la policía puede accionar para evitar la oportunidad que necesita el sujeto» Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1997, pág. 15.

⁵² Gobierno de Córdoba, Políticas de Seguridad en Córdoba (1990-1999)», Córdoba, Ministerio de Gobierno de Córdoba, 1999, pág. 102.

⁵³ Es revelador que cuando Carlos Medina, del mismísimo Manhattan Institute, visita Córdoba en 2004, encuentra a las políticas locales «un ejemplo» de lo que debería hacerse en otro lugares! («El Manhattan Institute en Córdoba», LVI, 15/10/2004).

con mayor participación a los actores judiciales⁵⁴. Con la creación de la Policía Judicial, en 1996 por Ley 8529 y la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, (1989 las jefaturas letradas de sumarios pasan ser reemplazados por los agentes fiscales en las comisarías, con fiscales a cargo de las unidades fiscales. Esto se completa con la reforma también el Código Procesal Penal hacia uno más acusatorio (1992), que se implementó en 1998. Esa expansión de recursos y en la práctica represiva se materializa en un nuevo edificio de tribunales, dedicado a tribunales penales.

Estos aumentos de las capacidades policiales y judiciales tienen un efecto concreto en la variación de las cantidades de detenidos y encarcelados. Las detenciones por Código de Faltas se duplican entre 1988 y 1998 (y nuevamente hacia 2001). Estas detenciones se concentran en jóvenes de sectores pobres, tendencia que se incrementará en la década siguiente.

Tabla 1. Detenciones por contravenciones,
Ciudad de Córdoba (1988-2001)

Año	1988	1998	2001
Detención por C. de faltas	8.500	18.700	44.273

Fuente: Memoria del Poder Ejecutivo Provincial 1988, 1998, 2002.

El incremento de las capacidades policiales y judiciales, y la orientación punitiva adoptada por el gobierno, tanto en las luchas políticas de 1987, seguidas por crisis económicas y políticas de 1989 y 1995-96 se evidencian en el intenso aumento del encarcelamiento en 1989 y luego en 1997, correlativo también del aumento de las tasas de procesados.

⁵⁴ Gobierno de Córdoba, Políticas de Seguridad en Córdoba (1990-1999)», Córdoba, Ministerio de Gobierno de Córdoba, 1999.

Tabla 2. Población en establecimientos penitenciarios de Córdoba (1978-1999).

Año	Condenados	Procesados	Totales	Variación
1978	1432 (51)	1394 (49)	2826	
1979	1608 (55)	1327 (45)	2773	-53
1 980	1600 (60)	1106 (40)	2635	-140
1981	1567 (62)	1004 (38)	2598	-37
1984	1296 (64)	754 (36)	2050	-548
1987	—	—	1736	-284
1988	—	—	2136	+400
1989	—	—	2528	+394
1990	—	—	2678	+150
1991	—	—	2633	-45
1995	-	-	2508	-125
1997	1809 (53)	1580 (47)	3391	+883
1999	1810 (51)	1711 (49)	3521	+170

Fuente Sistema Nacional de Estadística sobre la Ejecución Penal y Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba.

Además de estos efectos instrumentales, la consolidación de la política de seguridad como área de gobierno, también perfila nuevos modos de imaginar los problemas sociales e individuales. Lo que comienza siendo llamado «intranquilidad» en la década de 1980, es luego convertido en «sensación» de inseguridad, como un constructo más definido en las encuestas y como un problema de gobierno en sí, aparte de la prevención del crimen. En las mediciones sobre criminalidad

y sensación de seguridad la curva general en la criminalidad, levemente ascendente desde 1991 (con leve baja en 1998 y pico en 2000-2001), coincide con la evolución de las mediciones del sentimiento de inseguridad durante la década de 1990. Estas últimas presentan, sin embargo, una curva ascendente un tanto más abrupta, tanto en la dimensión general, como sus aspectos puntuales de preocupación pública, de percepción de ser víctima de delito y en tanto temor difuso.⁵⁵ La expectativa de victimización y el temor al delito mantienen la tendencia ascendente en los 90. Es destacable, a su vez, lo temprano que aparece como preocupación política, comparado con el escenario nacional.⁵⁶ Ya en 1990 una encuesta registra un 45% de respuestas que menciona el castigo del delito como el mayor problema y solo el 39.9% refieren al problema de no resolverse la crisis económica.⁵⁷ El aumento de la represión penal y la masiva inversión en medios policiales y judiciales y luego carcelarios, no reduce esa sensación de inseguridad, llamando a preguntarnos por las fuentes de este sentimiento de inseguridad y a postular si no está, no solo basada en la inseguridad social incrementada, sino también en ser reforzadas por la difusión mediáticas y pública de problemática de la «seguridad». Otros trabajos en esta publicación profundizan esta dimensión.

⁵⁵ Kessler, G., *El Sentimiento de Inseguridad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, pág. 88-89.

⁵⁶ «Ibíd», pág. 92.

⁵⁷ Bergoglio, M. I. y Carballo, J. «Inseguridad: Impacto en la estructura Social», *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, VIII, 1993, pág. 85-89.

Tabla 3. Criminalidad e inseguridad en Córdoba capital
(1987-1996)

CAPITAL	1987	1990	1996
Delitos Propiedad c/ 100.000			
Delitos Personas c/100.000		2217	4286
Victimización			
Total			(1999)
Robo en vivienda			31 %
Lesiones			9.1 %
			2.1 %
Inseguridad			
Sensación general	(1990)	(1993)	(1999)
Preocupación	64.6	77.4	-
Riesgo a ser víctima		45.2 %	-
Temor en barrio de noche		30.7 %	67.4%
		29 %	77 %

Fuentes: Delitos provincia 1987: Dirección de Política Criminológica (DPC) en Bergoglio (1993), 1990-1999: Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC). Delitos Ciudad: 1990 y 1996 DPC. Victimización: 1990 y 1993: Bergoglio (1993).

3. A modo de conclusión: la «política de seguridad» como respuestas penales a las crisis políticas provinciales

La consolidación del problema de la seguridad en Córdoba, entre 1983 y 1999 se relaciona íntimamente con dinámicas políticas, en particular aquellas relacionadas con los desafíos tanto de los grupos radicalizados de derecha, en las elecciones de 1987, como con las críticas de la oposición peronista. En esto coinciden (i) la consolidación de la democracia en la segunda elección de gobernador, y (ii) la necesidad de legitimar los fundamentos de la coerción pública en democracia con (iii) la estrategia del gobierno provincial de refundar su autoridad y la del Estado tras las crisis económicas y políticas de 1989 y 1995.

En la provincia la consolidación del problema de la seguridad y la conformación temprana de órganos especializados centrados en la prevención del delito común (fines de 1987-comienzos de 1988) se anticipa en casi una década a lo que ocurre en el sistema político nacional.⁵⁸ En el nivel nacional se producen discusiones sobre la seguridad en democracia, y desarrollos institucionales (como la lucha contra las drogas, la discusión de la pena de muerte o los intentos de crear Consejos Nacionales de Prevención del Delito) que están directamente relacionados con las crisis políticas que también afectaron a los gobiernos provinciales. Sin embargo, no pasan a la escena política nacional, sino hasta unos años después y nos pueden hacer pensar que la presencia a nivel nacional será determinada en parte, por las luchas anteriores que hubo a nivel provincial.

Es interesante reconocer que el aumento del delito en este período es coherente con atención que le dieron los gobiernos en general, aunque no se sigue que el aumento del delito haya sido la causa de la centralidad de la seguridad como político. En 1987-1988 cuando se consolida en el gobierno y programas la cuestión de la prevención del delito, el delito había tenido un incremento abrupto en 1982-1984, y luego baja levemente hacia 1990-1991, donde se mantiene con un pico en 1996-7. Las crisis políticas de principios de la democracia, luego son continuadas con crisis económicas donde las capacidades de controlar

⁵⁸ Kessler, G., «*op. cit.*», pág. 64.

la economía son mínimas y mucho más las de procurar asistencia social. La impotencia del Estado provincial en el frente económico, es compensada por su potenciación en la dimensión penal. Este proceso, que fue articulado por Wacquant en sus tesis de «borramiento del Estado económico, mutación del estado social y expansión del Estado penal»⁵⁹, ocurre en Córdoba en condiciones ideológicas e institucionales, y causas, distintas a las que propone el autor.

No se condice con la adopción de una política y modelo neoliberal, sino hasta muy tarde, 1995—en cuanto a privatización, reducción de asistencia social, etc.⁶⁰ Este debilitamiento del Estado económico, orientación subsidiaria del Estado en lo social y expansión penal, tiene lugar en la conformación de las política de seguridad por los gobierno radicales, pero por administraciones que proponen resolver el delito con políticas de prevención que conjugan seguridad, primero con protección de derechos y segundo con una sostenida referencia a la necesidad de elevar el nivel de vida de la población. Al menos en cuanto a los slogans y discursos, las diferencias son importantes. Para comprender el derrotero de las políticas de seguridad en los Estados provinciales como el de Córdoba, se debe partir de considerar que durante la década de 1990 los controles de la política económica y social, no están en las manos del gobierno provincia, sino que son compartidos por el gobierno nacional, que tiene un peso específico central, incluso para determinar el éxito de medidas que contrarias a las del paradigma neoliberal en la década de 1990, como en el caso de Córdoba, en la primera mitad de la década.

Por otra parte, las políticas propiamente penales, no fueron determinadas por ideas importadas, como la de la Tolerancia Cero, en tándem con la ideología de la apertura a las fuerzas del mercado. El sistema local de expertos, si bien internacionalizado parece haber recibido las ideas e instituciones de la «seguridad ciudadana» españolas y francesas, como así también las norteamericanas respecto de drogas y asistencia a las víctimas. En particular el interés y trayectorias de los actores judiciales y criminólogos, como así también el de los ministros de gobierno,

⁵⁹ Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 1999, pág. 152.

⁶⁰ Closa, G. «*op. cit.*», pág. 404.

tuvieron un rol esencial en determinar el tipo de soluciones que se propusieron y adoptaron, como por ejemplo la dirección de asistencia a la víctima o la dirección de política criminológica o el interés en expandir la policía judicial, crear un nuevo ministerio público fiscal o un nuevo código procesal penal. En este problema, como en todos, las luchas locales y los intereses de actores poderosos, en particular los actores de gobierno y policiales, parecen haber tenido un peso específico que se pierde en las narrativas generales sobre la evolución hacia un estado neoliberal como un proceso exógeno, imparable y muchas veces impersonal. Estas líneas intentan haber aportado elementos para demostrar la falsedad de su fatalidad y las posibilidades de su modificación en tanto el espacio de lucha por las políticas de seguridad tiene cierta autonomía respecto de las luchas por las formas de Estado y respecto de la hegemonía del poder económico y la profesionalización política sobre este.

Referencias bibliográficas

- Angeloz, E. C., *La seguridad ciudadana frente al delito*, Córdoba, Lerner, 1988
- Bergoglio, M. I. y J. Carballo, «Inseguridad: Impacto en la estructura Social», *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, VIII, 1993, pág.1–14.
- Cafferatta Nores, J. I., *Informe del Ministro de Gobierno sobre la situación de la seguridad en Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1988.
- Carrizo, C., «De la subordinación negativa a la subordinación positiva de la intervención estatal a los procesos de acumulación privada: El sistema administrativo provincial en Córdoba, 1995-1999», *Administración Pública y Sociedad*, 13, pág. 1–9, 2000.
- Centro de Estudios Criminológicos Córdoba, «1er. Seminario de Córdoba sobre Prevención Delictiva», Córdoba, 1985.
- Closa, G., «La recuperación de la democracia y los gobiernos radicales. Angeloz y Mestre», en C. Tcath (ed.) *Córdoba bicentennial. Claves de su historia contemporánea*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Estudios Avanzados. 2010,

pág. 328-358.

Gobierno de Córdoba, «Plan de Desarrollo de Córdoba. Diagnostico Preliminar. Área Aspectos Sociales.», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1982.

Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1988.

Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1990.

Gobierno de Córdoba, «1er. Congreso Internacional de Seguridad Ciudadana», Córdoba, Lerner, 1991.

Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1996

Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1997.

Gobierno de Córdoba, «Mensaje a la Honorable Asamblea Legislativa», Córdoba, Gobierno de Córdoba, 1998.

Gobierno de Córdoba, *Políticas de Seguridad en Córdoba (1990-1999)*», Córdoba, Ministerio de Gobierno de Córdoba, 1999.

Instituto de Estudios para la prevención del delito, *Criminalidad y Prevención del Delito*, Córdoba, Advocatus, 1994.

Kessler, G., *El Sentimiento de Inseguridad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.

Marco del Pont, L., «La Criminología en Argentina y particularmente en el interior (Córdoba)», *Capítulo criminológico*, 27, 3, 1999, pág. 99-128.

Ministerio del Interior, «1er. Congreso Nacional de Seguridad Urbana. Relatos y Conclusiones», Buenos Aires, Ministerio del Interior, 1988.

Novaro, M., *Argentina en el fin de siglo. Democracia, mercado y nación (1983-2001)*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

Revista *Panorama Criminológico*, Córdoba, Editorial Dilmas, 1980-1981.

Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 1999.

Democracia y Jurisdicción

Sobre la construcción de un poder judicial para una sociedad de iguales

por Juan Iosa*

Resumen: No pretendo aquí sino trazar un esbozo, las líneas generales de un trabajo futuro que deberá desarrollar los siguientes puntos. En primer lugar explicitar las relaciones conceptuales y normativas existentes entre la democracia e igualdad, por un lado y jurisdicción por el otro. Como estamos hablando de conceptos normativos, conceptos que formulan exigencias a las instituciones, este primer análisis nos permitirá desarrollar un criterio de correcta jurisdicción, una vara con la cual medir la corrección de los diseños institucionales específicos que estructuran los poderes judiciales y sus mecanismos de actuación. Segundo, ofrecer una descripción suficientemente detallada de la situación actual de nuestras instituciones de administración de justicia en cuanto a qué tan capaces o incapaces son de instanciar los valores democráticos en su desempeño cotidiano y una explicación necesariamente histórica de nuestro predicamento. Tercero, proponer una agenda de reformas judiciales tendientes a maximizar esas capacidades.

Palabras clave: Democracia, igualdad, jurisdicción, reforma procesal.

Abstract: I intend to draw an outline of a future work which will carry out the following points. First, clarify the conceptual

* Doctor en Derecho Ciencias Sociales; CONICET, UNC, US21; juanfiosa@gmail.com

and normative relationships between democracy and equality, on the one hand, and jurisdiction, on the other. As we are talking about normative concepts, concepts that make demands on institutions, this first analysis will allow us to develop a criterion for measuring the correction of the specific institutional designs that structure our judiciaries and their mechanisms of action. Second, provide a sufficiently detailed description of the current situation of our institutions of justice as to how capable or incapable they are of instantiating democratic values in their daily performance and a necessarily historical explanation of our predicament. Third, propose an agenda of judicial reforms aimed at maximize those skills.

Keywords: Democracy, equality, jurisdiction, judicial reform.

1. Introducción

Un agudo aforista polaco escribió alguna vez que *«todos somos iguales ante la ley, pero no ante los encargados de aplicarla»*. Tal como corresponde, la idea es paradójica: Nos ufanamos de contar con un derecho que trata a las personas como iguales. Consiguientemente su aplicación debería implicar un trato similar. Sin embargo, y aunque esté es un ideal válido, la realidad de nuestra administración de justicia está lejos de satisfacerlo. La relación entre jurisdicción e igualdad es problemática. A su análisis está dedicado este trabajo. Lo haré a través de un sendero específico: estudiaré la relación entre jurisdicción y democracia, ie., entre los órganos de aplicación del derecho y su fuente de legitimidad.¹ ¿Qué tipo de juez y qué tipo de estructura judicial es máxi-

¹ La justicia como institución tiene una relación compleja con la idea de democracia. Por un lado es el poder llamado a aplicar las leyes producto de la deliberación democrática y en este sentido es un instrumento de la voluntad de las mayorías. Por otro lado ejerce el control judicial de constitucionalidad de las leyes pudiendo invalidar las decisiones de esas mismas mayorías. Esto no es en absoluto extraño: la complejidad es interna a la misma idea de democracia. Pues si bien se la puede definir en términos meramente formales como un proceso de toma de decisiones colectivas donde rige la regla de la mayoría, hoy es común entender que nuestro

mamente compatible con la democracia? O, para decirlo en otras palabras, ¿bajo qué diseño es más probable que el poder judicial tome decisiones que tiendan a instanciar los valores democráticos?

Contrariamente a lo que podrían sugerir las anteriores preguntas, la reflexión será situada. Si bien tendrá su lugar, aquí no interesa principalmente el análisis de la idea abstracta de jurisdicción sino el de nuestros poderes judiciales, de nuestros órganos dedicados a decir el derecho a través de ciertos procedimientos específicos. De hecho, aun cuando ocasionalmente me refiera al «Poder Judicial» o a la «Administración de Justicia», no estaré pensando en otras instituciones que en sentido amplio lo integran, como el Ministerio Público y el Ministerio de la Defensa. Me limitaré a pensar en nuestros jueces. Cuando digo «nuestros» me refiero a los latinoamericanos en general y argentinos en particular. A mayor especificación, pese a que éste es un problema transversal a todos los fueros, al pensar en problemas e instituciones particulares tendré principalmente en mente la justicia penal.

No pretendo aquí sino trazar un esbozo, las líneas generales de un trabajo futuro que deberá desarrollar los siguientes puntos. En primer lugar (éste sin dudas abstracto) explicitar las relaciones conceptuales y normativas existentes entre la democracia e igualdad, por un lado y jurisdicción por el otro. Como estamos hablando de conceptos normativos, conceptos que formulan exigencias a las instituciones, este primer análisis nos permitirá desarrollar un criterio de correcta jurisdicción, una vara con la cual medir la corrección de los diseños institucionales específicos que estructuran los poderes judiciales y sus mecanismos de actuación.² Segundo, ofrecer una descripción suficientemente

concepto de democracia es más exigente: requiere el respeto por parte de las decisiones mayoritarias de un conjunto de derechos fundamentales constitucionalmente garantidos. De aquí que la pregunta por la democratización de la justicia no es otra que la pregunta por cómo hacer de nuestra administración de justicia una herramienta que maximice a la vez la eficacia de la voluntad popular en el diseño de nuestra vida en común y el respeto de los derechos fundamentales.

² Cuando hablo de criterios de correcta jurisdicción me refiero a criterios extrínsecos a la misma idea de jurisdicción. Es claro que el primer criterio en este sentido es el intrínseco. Un juez debe aplicar el derecho. Pero un juez que omitiera sistemáticamente aplicar el derecho no solo sería mal juez, no sería juez en absoluto.

detallada de la situación actual de nuestras instituciones de administración de justicia en cuanto a qué tan capaces o incapaces son de instanciar los valores democráticos en su desempeño cotidiano y una explicación necesariamente histórica de nuestro predicamento. Tercero, proponer una agenda de reformas judiciales tendientes a maximizar esas capacidades. Una agenda de reformas debe estar explícitamente vinculada a los valores que guían la propuesta (el primer punto). Y estos valores deben ser valores últimos. No basta con afirmar valores instrumentales o intermedios.³ Por otra parte, como la reforma judicial es un movimiento en marcha pero no homogéneo, habrá que discutir aquí con las agendas específicas presentes en el actual debate jurídico-político, ver qué se puede avalar y rescatar de los específicos procesos de reforma y qué se debe criticar o dejar de lado.

2. Democracia, Igualdad y Jurisdicción

La democracia bajo cualquier concepción, incluso aquellas mínimamente exigentes que la conciben como un procedimiento de toma de decisiones colectivas regido por la ley de la mayoría, es expresión de dos valores centrales: igualdad y libertad. Por supuesto, hay a su vez distintas concepciones de la igualdad y la libertad, y cuál adoptemos determinará en parte nuestra concepción de democracia. Pero manten-

³ Este es el caso, por ejemplo, de Justicia 2020, la propuesta de la reforma de la justicia del actual Ministerio de Justicia de la Nación. En el documento de difusión de dicho proyecto (disponible on line en <http://www.jus.gob.ar/media/3139950/JUSTICIA%20VEINTEVEINTE.pdf>) puede leerse «La meta de Justicia 2020 es la cercanía a la gente, la modernidad, la independencia y la transparencia. Es la visión de un sistema de justicia que está cerca de las personas que más la necesitan, que garantiza soluciones rápidas, confiables e imparciales, y que es responsable por sus actos ante la sociedad.» La mayoría de estas metas o valores que guían el proyecto bien pueden calificarse de mediatas. Pues valoramos la modernización, la independencia, la transparencia, incluso la neutralidad, porque valoramos otras cosas que estos valores tienden a asegurar. Tal vez se podría alegar a favor del carácter último de la idea de «estar cerca de las personas que más la necesitan» en la medida que supiéramos en qué están pensando los autores de este proyecto cuando hablan de cercanía.

gamos aquí en un nivel muy abstracto, en el nivel de los conceptos de libertad e igualdad. El concepto de libertad relevante a los fines de dar cuenta del valor de la democracia es una de las formas de la libertad positiva: la libertad política, el autogobierno colectivo. Nos importa tomar por nosotros mismos las decisiones que nos han de vincular como sociedad. De aquí que la democracia haya sido definida como el sistema en que el grupo de los que toman las decisiones y el grupo de los sometidos a ella es, al menos tendencialmente, coextensivo.

Respecto del concepto de igualdad, podemos decir que un sistema político respeta ese valor cuando trata a las personas con igual consideración y respeto, como acreedoras de igual dignidad. Las diferentes concepciones de la igualdad discutirán sobre qué exige tratar así a las personas. Pero en la medida en que todas consideren un valor a la igualdad reconocerán un hecho: en nuestras condiciones actuales ese valor no está, ni mucho menos, instanciado. Las instituciones democráticas son valiosas en la medida en que hacen probable aquello que es improbable: que nos tratemos como iguales. La construcción de una sociedad donde nos tratemos como iguales es entonces uno de los valores que rige la democracia. Por ello es que podemos decir que «democracia» es un concepto normativo y, por lo tanto, que su instanciación es susceptible de gradualidad: máximamente democrático es aquel sistema que hace más probable que nos tratemos como iguales.

Claro que hay mínimos que un sistema debe superar para ser calificado como democrático. Incluso bajo concepciones poco exigentes la democracia incluirá al menos dos condiciones:

- a) Soberanía popular: Para honrar la igualdad el sistema debe tomar igualmente en cuenta la opinión de cada uno respecto de cómo han de decidirse los asuntos públicos: cada uno contará como un voto, nadie más, nadie menos. Esta idea es equivalente a la anterior, al autogobierno, a la libertad positiva, de modo que podemos prescindir de esta última y quedarnos con la de igualdad. De lo que estamos hablando es de igual libertad al momento de tomar decisiones públicas. Éstas nos vinculan, aun cuando no estemos de acuerdo con ellas, en la medida que el sistema nos haya tratado como sus autores, nos haya dado igual parte en su proceso de adopción.

- b) Leyes generales y abstractas: En una sociedad donde todos son tratados con igual consideración y respeto, las leyes (remitidas, en cuanto a su legitimidad, a todos los ciudadanos), son generales y abstractas. Definen clases de conducta e imputan consecuencias normativas a todos aquellos que quedan incluidos dentro de la clase definida. Y las distinciones que configuren diversos sujetos de imputación han de justificarse sobre la base de valores democráticos o compatibles con la democracia. La ley puede imputar diversas consecuencias a las acciones (las compraventas, por ejemplo) de casados y solteros, porque quienes se casaron lo hicieron voluntariamente, sabiendo que deberían decidir junto con su cónyuge el destino futuro de sus bienes. Lo que no puede hacer la ley de modo compatible con la democracia es imputar diferentes consecuencias a las personas en virtud, por ejemplo, de su clase social.⁴ La norma que prohíbe y penaliza el homicidio tiene por destinatarios a todos los ciudadanos. Si castigara de un modo diferenciado a pobres y a ricos, a blancos y a negros, si, en términos generales, hiciera distinciones arbitrarias, no estaría tratando a los ciudadanos como iguales.

No hay democracia entonces sin soberanía popular y sin leyes generales y abstractas. La legislación es importante porque si bien no lo asegura, hace más probable que nos tratemos como iguales, sobre todo hace probable que los órganos del estado, particularmente los jueces, nos traten como tales.

La relación entre jurisdicción y democracia es (como lo demuestra el hecho histórico de que las revoluciones que crearon los estados modernos no implicaron en la jurisdicción una transformación radical comparable a la invención de los poderes ejecutivos y legislativos), menos obvia. Hay, por supuesto, una relación clara: los jueces en un sistema

⁴ Claro que la clase social, el nivel comparativo de riqueza de los ciudadanos, puede ser, de modo compatible con la democracia y sus valores, criterio adecuado para la imputación de ciertas consecuencias, por ejemplo subsidios, exenciones, etc. Aquí lo que el derecho intenta es remediar desigualdades fácticas, contrarias a los valores democráticos.

democrático son los encargados de aplicar imparcialmente la ley general a los casos concretos. Si los jueces aplican imparcialmente la ley entonces los casos iguales se resolverán de igual modo. Así se honrará el valor de la igualdad. También se honrará la libertad positiva. Si los jueces se limitan a aplicar la ley al caso concreto entonces no incorporarán ninguna novedad normativa en su resolución. En sentido estricto la decisión ya la habrá tomado el soberano al decidir el caso genérico. De aquí que si hemos de honrar los valores democráticos tenemos que diseñar el poder judicial de modo de hacer posible tanto la sujeción del juez sólo a la ley como su imparcialidad. Por ello la importancia de asegurar la independencia del poder judicial respecto del resto de los poderes y de cualquier presión externa.⁵

Tenemos entonces un criterio para evaluar los temas menos obvios, las instituciones específicas que dan forma a nuestros poderes judiciales así como los procedimientos por los que los jueces aplican el derecho de fondo: serán adecuadas aquellas instituciones y procedimientos que promuevan máximamente el valor de la igualdad.⁶ Cuando digo que la relación entre jurisdicción y democracia no es obvia quiero decir que es menos directa, y tal vez que hemos reflexionado menos sobre, por ejemplo, qué tipo de estructura judicial sirve mejor la igualdad, si una jerárquica como la actual o una horizontal, sobre si la igualdad es mejor servida por un proceso escrito o uno oral, sobre cómo

⁵ Aquí puede verse con claridad la relación entre valores últimos e instrumentales de la que hablamos antes. La independencia es importante para asegurar la sujeción del juez a la ley y la imparcialidad. A su vez estos valores lo son, al menos en parte, en tanto aseguran la igualdad de las partes ante el juez.

⁶ No es éste el único valor a defender: entre otras cosas es importante que estas instituciones sean eficaces y respeten los derechos fundamentales. Pero, de nuevo, estos son valores derivados o mediatos. Si las instituciones no son eficaces en la administración de justicia, si la administran a destiempo o si resuelven de modo contrario a derecho, en última instancia afectarán el valor de la igualdad, pues algunos que tienen igual derecho a ver resueltos sus conflictos en un tiempo razonable y según el derecho vigente no verán ese derecho satisfecho. Lo mismo si los jueces violan derechos fundamentales de algunas personas. Esos derechos están destinados a asegurar que cada uno sea tratado como acreedor de igual consideración y respeto. Cuando se violan derechos fundamentales se viola la igual consideración.

evitar el problema de la selectividad en la administración de justicia penal, sobre qué tan importante es la igualdad de acceso a la justicia, etc.

Todo esto no es más que el ABC del programa ilustrado respecto de la jurisdicción, programa que ya tiene más de doscientos años y que ha enfrentado diversos problemas. Algunos irresolubles (como el problema de la textura abierta de la ley) muestran los límites del modelo. Otros, la mayoría, contingentes, solubles, políticos. Son los que en este trabajo interesan principalmente. De hecho el programa ilustrado respecto de la jurisdicción no solo no se encuentra agotado sino que buena parte de lo que falta por recorrer se debe, al menos en Argentina y la mayoría de los países de Latinoamérica, a la oposición política de los miembros de la magistratura. Un sector importante de la magistratura (y esta precaución pretende dar cuenta de tensiones y grietas al interior de la institución, pues no se puede desconocer la existencia de jueces democráticos y liberales) la concibe, si no conscientemente al menos en virtud de sus prácticas, como una corporación en el sentido del antiguo régimen, es decir, como un grupo que cumple una función en la sociedad concebida como un todo cuyas partes están jerárquicamente ordenadas: la función de guardar el orden social, ie., reproducir la estructura (justa a su entender) de la sociedad (de clases). Ello está a su vez unido a la creencia en la justificación de sus privilegios y a la negación de la necesidad de hacer ajustes y reformas constantes en las estructuras judiciales a los fines de servir mejor los fines democráticos. Los magistrados, a mi parecer, son, junto con la falta de conciencia del problema por parte de los actores políticos, los principales responsables del estancamiento del poder judicial y los actores centrales de la resistencia a la reforma de la justicia en sentido democrático, cuando no actores activos de la contrarreforma.

3. Nuestro sistema de administración de justicia

¿Qué diseño institucional promovería mejor los valores democráticos? ¿Qué tan distantes están nuestros actuales poderes judiciales de las formas institucionales que harían probable su instanciación? Es-

pecíficamente ¿qué formas institucionales obstaculizan hoy la posibilidad de que el poder judicial promueva efectivamente el valor de la igualdad y, consecuentemente, qué reformas deberían emprenderse?

Para responder a estas preguntas (respuesta que aquí será necesariamente incompleta, fragmentaria) comenzaré por adoptar un enfoque social e históricamente situado. Aquí intentaré, al menos parcialmente, dar cuenta del estado actual de nuestra administración de justicia y marcar sus déficits democráticos. La hipótesis de máxima consistiría en que dar cuenta del devenir histórico que ha llevado a nuestros jueces y tribunales a ser lo que son. Podríamos afirmar, por ejemplo, que existen fuertes continuidades entre la cultura jurisdiccional de nuestros magistrados y los del antiguo régimen, que las deficiencias de nuestros poderes judiciales en cuanto a capacidad de instanciar valores democráticos se explican por la persistencia de prácticas antiguas, predominantes, al interior de los aparatos de justicia. Mi tesis será menos fuerte. No sostendré que las deficitarias prácticas actuales se explican en virtud de su nexo causal con prácticas viejas, aunque éste bien puede ser el caso. Por el contrario, me limitaré a afirmar que muchas prácticas y estructuras institucionales actuales comparten la lógica del antiguo régimen, a ella se asemejan.

3.1 De dónde venimos: Las huellas del antiguo régimen en nuestras administraciones de justicia

Las revoluciones libertadoras de comienzos del siglo 19 hicieron principalmente dos cosas: cortar el vínculo colonial y sentar las bases de nuevos gobiernos que, con el tiempo y el dictado de las nóveles constituciones, se convertirían en estados democráticos. O, para decirlo con más propiedad, estados *gobernados* democráticamente. Los estados herederos de las revoluciones decimonónicas dejaron de lado los regímenes monárquicos y sentaron las bases de poderes ejecutivos democráticamente elegidos. Tras los largos años de la guerra civil, con el afianzamiento de las nuevas constituciones también se conformaron poderes legislativos que dictarían leyes democráticamente legitimadas para ciudadanos concebidos como iguales ante la ley. Podríamos decir entonces que los poderes ejecutivos y legislativos tal como hoy los con-

cebimos son instituciones inventadas luego de la revolución francesa y, específicamente en nuestros países, luego de las revoluciones libertadoras.⁷ Un gran cambio, sin lugar a dudas.

Por el contrario, los sistemas de administración de justicia no sufrieron ninguna modificación radical tras las revoluciones libertadoras.⁸ En efecto, la lógica interna al modelo de organización de la administración de justicia del antiguo régimen siguió funcionando sin mayores modificaciones en los nuevos estados surgidos tras la revolución. Solo con el paso de los siglos se fue conformando una magistratura que

⁷ En el antiguo régimen no existía nada como nuestros actuales poderes ejecutivos ni legislativos. La función del rey, incluso cuando dictaba normas generales, era concebida como *iurisdictio*. Decir el derecho era dar a cada uno lo suyo, donde lo suyo de cada uno estaba preestablecido por un orden trascendente. La función de gobierno entonces, era esencialmente conservadora del orden social creado por Dios y naturalmente bueno. Nuestros poderes ejecutivos y legislativos, concebidos en términos esencialmente activos, propositivos, transformadores de lo dado, son una invención moderna.

⁸ Solo por un momento la cuestión fue diferente en Francia. La revolución francesa acometió fuertemente contra el sistema de justicia del antiguo régimen instaurando todo un nuevo sistema tendiente a asegurar el respeto de la voluntad popular por parte de los magistrados. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, calificada de *machine de guerre contre l'Ancien Régime*, y la Constitución del 3 de septiembre de 1791, introducen importantes instituciones que equivalen a una ruptura con el pasado judicial. Estas reformas estaban destinadas a asegurar la sujeción del juez a la ley y a la voluntad del pueblo. Me limitaré a nombrar la institución del tribunal de casación en el área del poder legislativo y la *appel circulare* que rompía con el régimen jerárquico de instancias, reflejo del grado en la carrera judicial. Para un análisis de estas reformas ver Andrés Ibañez, P., *Tercero en Discordia*, Madrid, Trotta, 2015, pág. 56. Pero pronto vino la contrarreforma. Entre la Constitución del año VIII (1799) y la ley del 20 de abril de 1910 se «estableció un estatuto de la magistratura que en sus grandes líneas ha llegado hasta nosotros. (...) A partir de la designación política de los jueces se establece entre ellos un orden jerárquico que se expande, nada sutilmente, desde el vértice corporativo, longa manu del ministro de Justicia, al terreno del proceso, a través del sistema de recursos. Se configura así la judicatura como cuerpo de profesionales integrados en un sistema burocrático-piramidal –universalmente conocido como napoleónico– con la incorporación de los jueces a una carrera o *cursus honorum*, que se proyectaba, sobre el régimen procesal de instancias superponiéndole otro de grado jerárquico administrativo. « Andrés Ibañez, P., *Tercero en Discordia*, Madrid, Trotta, 2015, pág., 58 – 59. Este es el modelo de organización del poder judicial del cual somos herederos.

se concebía a sí misma como aplicadora del derecho creado, no dado. Y sin embargo hasta el día de hoy, al interior de una sociedad y un estado que se conciben a sí mismos como igualitarios, prevalece en amplios sectores de nuestros tribunales, sobre todo en sus ámbitos jerárquicos, una estructura que rememora la lógica judicial del antiguo régimen. En parte esta semejanza en el nivel de las formas institucionales remite a otra, esta vez relativa al orden de las creencias de los magistrados y demás operadores responsables de la reproducción de esa lógica. Con las salvedades del caso, puede observarse allí una mentalidad de antiguo régimen que concibe a la sociedad de un modo corporativo y por ende, a las personas como jerárquicamente ordenadas, como no iguales. De aquí la diferencia de trato y de derechos efectivos. El desarrollo de esta idea requeriría mostrar la persistencia de esta lógica en instituciones específicas. No debería tampoco ocultar que la magistratura no ha sido inmune a los discursos modernizadores de modo que su actual estado no es sino el resultado de las tensiones que la estructuran. Aquí, sin embargo, me limitaré a presentar algunos ejemplos bastante obvios de prácticas e instituciones que reflejan esa lógica de antiguo régimen. Baste citar el ingreso a la justicia por recomendación, no por mérito, con la consiguiente formación de una 'familia judicial' aun hoy persistente en los poderes judiciales de diversas provincias argentinas (en otras, felizmente, hemos pasado hacia sistemas meritocráticos de elección de los ingresantes). También tenemos la autoexclusión de los jueces del pago al impuesto a las ganancias que los pone en situación de privilegio respecto del resto de los ciudadanos, por no hablar de sus muy jugosos sueldos. De aquí podemos saltar a la resistencia al juicio por jurados y en general a la oralidad y al control por la ciudadanía del desempeño judicial que en buena medida ese sistema implica. Son también reflejo menos obvio de esa lógica la persistencia de las facultades de investigación en cabeza de los jueces y, en general, su adhesión al modelo inquisitivo de juzgamiento.

Desarrollé con mayor detalle (aunque de un modo conscientemente insuficiente), estos puntos al presentar una mínima agenda de reforma de la justicia. Para justificar al menos en parte mis anteriores afirmaciones quisiera presentar ahora los rasgos básicos de la cultura jurídica del antiguo régimen: la concepción del derecho de la que nos

comenzamos a apartar con las revoluciones libertadoras y la instauración de estados democráticos. Creo que su explicitación puede servir a cualquiera que esté familiarizado con la cultura de nuestros tribunales para identificar las prácticas deficitarias (desde el punto de vista de los valores democráticos) a las que estoy refiriendo.

a) Concepción corporativa de la sociedad

Recordemos que la sociedad del antiguo régimen se concebía a sí misma como un cuerpo, no como una mera agregación de individuos que pactan entre sí. Ahora bien, en un cuerpo, si bien todos los órganos están ordenados al fin de la supervivencia, no todos tienen el mismo peso e importancia: el órgano principal, la cabeza del cuerpo, está destinada por naturaleza a ordenar a los demás. Una sociedad corporativa es, consecuentemente, una sociedad esencialmente jerárquica. Así, el rey o un miembro de la Corte no tenían los mismos derechos y obligaciones que un comerciante, que un campesino. Tenían lo que desde una sociedad igualitaria llamaríamos ‘privilegios.’ De la época de la revolución (en Argentina desde la asamblea del año 13), data, al menos desde el punto de vista legal, la abolición de fueros y títulos de nobleza.

La concepción jerárquica de la sociedad en parte explica para nosotros la inexistencia en el antiguo régimen de códigos y, en general, de leyes generales, abstractas y sistemáticas, dirigidas a la clase de todos los ciudadanos de un estado, regulando de modo semejante las acciones semejantes de cualquiera de sus miembros. En una sociedad donde no todos valen igual no puede haber leyes generales que imputen las mismas consecuencias a los mismos actos, con independencia de quién los realice.

b) *Iurisdictio* como lectura de un orden natural y poder como *Iurisdictio*

Mientras en la modernidad el derecho se concibe como emanación de la voluntad del pueblo y, en este sentido, es contingente (como contingente es esa voluntad) en el antiguo régimen el derecho era concebido como un orden inmutable y aplicar el derecho era básicamente leer ese orden inmutable. La idea de cambio y creación de derecho, era

inconcebible en ese sistema.⁹ Sin duda se utilizaban asiduamente ciertas «fuentes» como la costumbre, el precedente, la doctrina de los juristas. Pero antes que fuentes propiamente dichas estas eran herramientas de conocimiento de ese orden inmutable y podían ser dejadas de lado si se entendía que no reflejaban adecuadamente lo que el derecho propiamente dicho disponía para el caso. De aquí la famosa discrecionalidad judicial de que fueron acusados los jueces del antiguo régimen. En todo caso el derecho era concebido como un orden racional y aplicar el derecho era descubrir lo que la razón exigía para el caso.

En consonancia con todo esto el poder mismo era concebido bajo la forma de la jurisdicción. De hecho, lo que hoy consideraríamos como poder ejecutivo o administrativo, es decir, una capacidad productiva, generadora, era concebido como inseparable y accesorio del poder jurisdiccional.¹⁰

⁹ En este sentido Mannori: «El dato fundamental del que hay que partir (para comprender el derecho del antiguo régimen) es que prácticamente en toda la Europa preiluminista aquella también voluminosa actividad materialmente administrativa (...) se desarrollaba todavía esencialmente bajo la forma de una gestión judicial del poder. Y ello en continuidad con una experiencia medieval en la que la justicia era la única función jurídicamente «visible», hasta el grado de que, en el lenguaje legal, la noción misma de *potestas publica* se expresaba a través del término *iurisdictio*. Esto no significa, naturalmente, que el cuadro funcional de una monarquía del antiguo régimen fuese lo mismo que un reino feudal o una comuna libre del Doscientos. Es indudable, por ejemplo, que al menos a partir del inicio del Quinientos la actividad del soberano había alcanzado, en el plano teórico, una marcada autonomía con respecto a la esfera del *ius dicere*, configurándose no ya como la «lectura» de un orden jurídico precedente, sino más bien como una libre modificación del mismo, fundada en la voluntad imperativa del príncipe. Y sin embargo, ya esta potestad suprema en apariencia tan cercana a la legislativa de hoy, hasta finales del Setecientos se utiliza normalmente mucho más para satisfacer intereses particulares (asumiendo la forma del rescripto o del *private act*, emanado a instancias del súbdito) que para reformular las reglas generales del ordenamiento; de tal modo que, de hecho, la distancia real entre el poder del soberano y el del juez tiende a reducirse sensiblemente. En definitiva, más «dispensador» que legislador, el monarca premoderno todavía se presenta como el administrador de una «gracia» que no es otra cosa que una forma superior de justicia». Mannori, L., «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007, pág. 131-132.

¹⁰ «Así como al iuspublicista decimonónico le parecerá absolutamente obvio que los

3.2 El movimiento de reforma de la justicia

Tras las importantes modificaciones fruto de la ilustración y la revolución francesa (aquí principalmente estoy pensando en ese fruto de maduración tardía por estas latitudes que es el juez como aplicador de la ley), la idea de que la administración de justicia requiere de reformas profundas para hacerla compatible con regímenes democráticos de gobierno no aparece de modo explícito en la agenda pública sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo 20. En lo que a las democracias latinoamericanas respecta quizás la primera influencia en este sentido, el primer paso inspirador de esta inacabada lucha, sea la conformación en Italia, en 1964, de «Magistratura Democrática» una agrupación de jueces crítica del modo y la estructura de la administración de justicia de su época: entendían que la magistratura debía pasar «de una función apologética del dominio social a una función crítico-activa, de legitimación a contestación del poder existente. De ser garantía del poder político pasa a serlo de la soberanía popular...»¹¹

En Latinoamérica, el proceso de reforma de la justicia en sentido democrático no comienza sino hasta la vuelta de la democracia a la

aparatos administrativos de su época sean depositarios de una autoridad unilateral de mando y de disposición, para la doctrina del antiguo régimen se daba por descontado que la única potestad civil legítima era aquella *melée de la juridiction e inherente inseparablement de la juridiction* (como se expresa un iusperito de la talla de Charles Loyseau, al que con razón se considera uno de los grandes teóricos del absolutismo moderno). Se comprende, entonces, cómo desde esta óptica parecía absolutamente normal –e incluso ineludible– que la autoridad para repartir y exigir un impuesto abarcara en primer lugar el derecho de resolver los recursos contra su distribución; que la facultad de ordenar la reparación de las calles se configurase como un corolario de la jurisdicción sobre vialidad y urbanismo; que el poder de reglamentar el uso de las aguas se presentase como un elemento accesorio de la competencia sobre el contencioso correspondiente; que la potestad de dictar ordenanzas de abastos no se pudiese atribuir a otro que al magistrado capaz de juzgar sobre las controversias entre vendedores de provisiones y consumidores, y así sucesivamente.» Mannori, L., «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007, pág. 134.

¹¹ Ferrajoli, Senese, Scarpari, Accattatis, *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, Editorial Fontanella, 1978, pág. 16.

región, tras la ola de gobiernos dictatoriales que la asolaron en los setentas y ochentas. De hecho, en una primera etapa, tras el retorno de la democracia el proyecto de «democratización de la justicia» debía atender a una urgencia doble: por un lado había que responder a las injusticias cometidas en el pasado y, por otro, era necesario producir las reformas institucionales que hicieran posible la consolidación del nuevo sistema democrático y la convivencia social.

En cuanto a lo primero, en algunos países, no en todos, se entendió que de no juzgar los delitos contra la humanidad cometidos durante los gobiernos dictatoriales, las jóvenes democracias carecerían ante sus ciudadanos de la legitimidad necesaria para asentarse sobre bases firmes. La «justicia transicional» era necesaria entonces atendiendo tanto al castigo y reparación de lo pasado como en consideración de la construcción del futuro.

En cuanto a la segunda cuestión, el retorno de la democracia marca un punto y aparte en la historia de los poderes judiciales de Latinoamérica. Desde entonces puede observarse la presencia, con altibajos por supuesto, de un movimiento intelectual y político que tiene por objeto la revisión de las lógicas prevaletentes en las instituciones de administración de justicia de los diversos países de esta parte del globo. Este movimiento ha inspirado diversos proyectos de reforma judicial, algunos bastante radicales, aunque nunca del todo concretados. Los programas de reforma estuvieron principalmente enfocados en los procedimientos que regulaban el modo de administración de justicia penal. En Argentina hay que destacar la labor realizada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia» dirigido por Carlos Nino y las propuestas de reforma de la justicia penal elaboradas principalmente por Julio Maier y Alberto Binder.

Desgraciadamente en nuestro país, aun contándose avances puntuales en muchas provincias en los últimos años, el programa de reforma de la justicia cuenta, al día de hoy con más derrotas que victorias (la última quizás sea la postergación, hacia fines de 2015 y hasta mejor oportunidad, de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación cuya implementación se vio obstaculizada por el desinterés, cuando no por la oposición activa de gran parte de los jue-

ces).¹² Ello no es razón más que para renovar esfuerzos, hacer cuentas, diagnosticar qué se logró y cuáles fueron las causas, los obstáculos políticos que impidieron ir más allá y relanzar los esfuerzos en pro de una magistratura democrática.

4. La construcción de una agenda para la reforma de la justicia en un sentido democrático.

Restaría presentar las líneas generales de un programa de diseño institucional que apunte al futuro. Desarrollar los puntos básicos de una agenda de democratización de la justicia para nuestro país y Latinoamérica. Por «democratización de la justicia» entenderé, como a esta altura ya debe ser resultar claro, el conjunto de medidas de reforma de la administración de justicia funcionales a la construcción de una sociedad de iguales. Aquí esta tarea será desarrollada de modo apenas embrionario. Como ya advertí, aunque creo que un programa semejante debe alcanzar a la administración de justicia en su conjunto y muchas de las medidas propuestas son transversales a los distintos fueros, tendré principalmente en mente la justicia penal. Ello no solo por un particular interés de mi parte. Sino porque los sistemas penales, como hace algunos años sostuviera Nils Christie, contienen profundos mensajes sobre los estados que los sostienen. Podemos, decía Christie, evaluar los estados según sus sistemas penales. A su entender tal evaluación debería estar relacionada con cuatro rasgos principales, los tres primeros sustantivos y el último procesal.¹³ Esto indica que una auténtica reforma de la justicia (penal en este caso) no puede limitarse a una reforma de los procedimientos.

- a) Los tipos de delitos contra los que se reacciona dentro de un estado. Un régimen que castiga acciones que no deben ser casti-

¹² Auspiciosamente, al momento de redactar estas páginas, el Ministro de Justicia del nuevo gobierno ha elevado al ejecutivo un nuevo proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, que, es de esperar, en breve será remitido al legislativo y aprobado. La noticia puede verse en <http://www.jus.gob.ar/prensa/noticia.aspx?id=2349>.

¹³ Christie, N., *Una Sensata Cantidad de Delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pág. 151 – 2.

gadas, castiga con penas más severas que las necesarias, o castiga sobre todo acciones que cometen los miembros de cierta clase social, es un sistema que no trata a los sujetos que juzgará con adecuada consideración y respeto, menos aun con *igual* consideración y respeto. Esta cuestión, referida principalmente al derecho penal de fondo, está íntimamente vinculada al problema de la selectividad del sistema penal, el hecho de que tiende a seleccionar sus clientes entre la clase menos favorecida de la población. Deberán desarrollarse herramientas para contrarrestar esta tendencia de nuestros sistemas. Un sistema eficiente, respetuoso de las garantías penales y procesales, pero que a la vez inunda las cárceles de pobres, es un sistema moralmente defectuoso.

- b) Habrá que atender también a la naturaleza de los destinatarios del dolor deliberado, particularmente qué tan representativos son de la población en general, con atención a la edad, el género, la raza, la clase, etc. Una población carcelaria extremadamente sesgada, decía Christie, puede indicar severos defectos del sistema. Este punto, es claro, está conectado con el primero. Si el código penal pone el acento en los delitos que específicamente comete la clase baja, o los jóvenes, es probable, y de hecho es el caso, que los clientes de las cárceles sean mayoritariamente jóvenes de clase baja. Pero también hay dispositivos procesales que nos permitirían evitar estas consecuencias. Por ejemplo si incentivamos los procedimientos de mediación y de justicia restaurativa para los casos de pequeños hurtos y agravios semejantes, en lugar de tener el castigo penal como única respuesta, entonces el sistema mejorará en lo que a este tema respecta.
- c) La cuestión del volumen y el tipo de castigos. Volúmenes extremadamente altos y castigos particularmente dolorosos puede indicar deplorables particularidades del sistema. Si a estos castigos le sumamos procedimientos expeditivos, tan alabados y promovidos por diversos reformistas y adoptados por muchos de los nuevos sistemas reformados, la injusticia se eleva al cuadrado.¹⁴

¹⁴ Tras la última reforma procesal penal en Perú, se condenó en menos de 24 horas a

Estos tres primeros rasgos tienen que ver principalmente con el derecho penal de fondo. No se les puede achacar a los jueces si éste es injusto. Sin embargo, un estudio que piense cómo han de colaborar los jueces a hacer más igualitario el sistema de administración de justicia no puede dejar de tener estos aspectos en cuenta, como no pueden dejar de tenerlos en cuenta los jueces. Jueces funcionales a un sistema injusto, son jueces injustos, de modo que esta reflexión viene claramente al caso.

d) Deberá atenderse por último a los procesos de toma de decisiones usados cuando se distribuyen penas o, como solía decir Christie, cuando se consideran cuestiones de reparto de dolor. Aquí por supuesto entra el respeto a todas las garantías procesales. Pero no basta con ello. Puede haber sistemas que respeten ciertas garantías pero que sin embargo no sean igualitarios. Así por ejemplo un sistema escritural puede respetar el derecho de defensa, el derecho a ser oído. Pero puede resultar también menos accesible para el lego, ya sea por lo costoso, ya por lo distante en cuanto al lenguaje que éste maneja. Un sistema oral garantizaría mejor que sea adecuadamente escuchado.

A modo de ejercicio que sólo sugiere el desarrollo de una agenda presentaré por último algunas instituciones cuyos méritos y falencias pueden evaluarse desde el punto de vista de la igualdad.¹⁵

- 1) Juicio por Jurados. Nuestro actual sistema de administración de justicia está integrado casi exclusivamente por magistrados profesionales. Los modelos mixtos como el escabinado en Córdoba

un joven de 29 años a 11 años de prisión por el robo de un celular. La noticia puede verse en <http://peru21.pe/actualidad/villa-salvador-ladron-fue-condenado-11-anos-prision-robar-celular-2233419>. Por supuesto, aquí la crítica no es a los sistemas abreviados en sí, que en muchos casos pueden ser herramientas útiles y apropiadas de descongestión del sistema sin necesariamente violar derechos y garantías. Lo que digo es que esas herramientas puestas en determinados contextos (exclusiva persecución de jóvenes delincuentes) resultan en un aumento de la selectividad penal y, consecuentemente, de la injusticia del sistema de administración de justicia).

¹⁵ El desarrollo de esta lista toma en cuenta el programa básico presentado por INECIP bajo el título «Diez puntos de partida para la democratización de la justicia», disponible on line en <http://www.inecip.org/index.php/comunicados/229-diez-puntos-de-partida-para-la-democratizacion-de-la-justicia>

parecen más diseñados con el fin de legitimar hacia afuera el Poder Judicial que con el de satisfacer una auténtica exigencia de justicia. Si bien, y de modo auspicioso, ya está presente en algunas provincias argentinas, la ausencia en el resto de jurados populares produce un distanciamiento entre la ciudadanía y el Poder Judicial. «Por eso, el punto de partida para democratizar la Justicia debe comenzar por cumplir con la Constitución e instaurar el juicio por jurados clásico, como lo quisieron y legislaron los padres fundadores de la República, en materia penal, en temas ambientales y civiles de gravedad, cuando se afecten derechos de los consumidores, de tierras y Pueblos Indígenas y en el resto de los fueros (art. 24 de la CN). Sólo cumpliendo con esta exigencia constitucional, por su efecto práctico y por el alto contenido simbólico que poseen las decisiones judiciales cuando las toma el pueblo, se irá allanando el camino para dar contenido real a la agenda democrática.»¹⁶

- 2) Transparencia, publicidad, oralidad y audiencias públicas para todos los procedimientos en todos los fueros: En muchos fueros de nuestro país, el procedimiento aun no es ni oral, ni público, ni por audiencias, sino que es escrito, y con masiva delegación de funciones estrictamente jurisdiccionales en cabeza de secretarios y empleados. Una verdadera democracia exige un sistema de litigación y decisión en audiencias públicas con mecanismos estrictos de control de la duración de los procesos.
- 3) Completa separación entre funciones de investigación y funciones jurisdiccionales. Con el auxilio de Mannori vimos que en el antiguo régimen las funciones que hoy llamaríamos administrativas o ejecutivas, funciones que implican un rol activo y comprometido con un fin (el descubrimiento y castigo de quién cometió el delito, por ejemplo) eran concebidas como inescindibles de la jurisdicción. Esta unidad de funciones tenía sentido dentro de la autocomprensión del antiguo régimen: no lo tiene más. Debemos eliminar cualquier rémora del sistema inquisiti-

¹⁶ «Ibíd.», pág. 1.

vo de justicia, debemos separar con toda claridad las funciones de investigación de las propiamente jurisdiccionales. De lo contrario comprometemos la imparcialidad del juez.

- 4) Horizontalidad del organigrama de jueces: La horizontalización debe lograrse en varios niveles: En un primer sentido debe abolirse la organización jerárquica entre jueces de diversas instancias. La organización jerárquica es propia del antiguo régimen en que la *jurisdictio* era delegada, perteneciendo originariamente al rey, quien estaba en la cumbre de la jerarquía. Hoy el organigrama de jueces con sus diversas instancias está justificado únicamente en tanto que una división de funciones, de roles. El principio de verticalidad de la organización judicial carece de sentido. No hay ninguna razón funcional para que un juez de primera instancia sea jerárquicamente inferior a un juez de Cámara y un juez de Cámara inferior a un juez del Tribunal Superior o de la Corte Suprema. No hay razón para que los últimos ganen más que los primeros ni para que la carrera de los jueces inferiores esté sometida en cualquier sentido al juicio de los últimos.

También los juzgados y cámaras están hacia el interior organizados jerárquicamente de un modo irrazonable. Mucho más que una pléyade de funcionarios (secretarios, prosecretarios) y empleados con título de abogado a las órdenes de un juez o un tribunal, necesitamos que la mayor cantidad posible de abogados del poder judicial sean jueces escuchando audiencias y tomando decisiones, a lo sumo acompañados por alguien que toma registro de los escuchado y decidido. Claro que esto solo es posible si también resolvemos el siguiente problema.

- 5) Normalización del salario de los jueces y demás funcionarios judiciales. En la mayoría de las sociedades latinoamericanas, y sin duda en Argentina, los jueces ganan sueldos de privilegio.¹⁷

¹⁷ Sobre el punto Perfecto Andrés Ibañez sostiene. «El juez debe estar bien remunerado...» Esto como garantía de independencia en el ejercicio de su función. Y en la nota agrega: «Lo que nunca puede justificarse es conversión de los jueces en una

Ganan más que trabajadores igualmente calificados en otras áreas de la administración pública, mucho más que el resto de los empleados del poder judicial (en Córdoba la relación ente el sueldo de un empleado del nivel más bajo y el de un juez del Tribunal Superior de Justicia es de 1 a 17) y más que la mayoría de los autónomos. Además, dado que su sueldo lo pagamos entre todos y que no están sometidos a la incertidumbre a la que sí están sometidos los cuentapropistas, el estándar para medir la corrección de su salario es más alta. El problema con los altísimos sueldos de los magistrados, además del costo para el estado, es que los incapacita moralmente para juzgar y sancionar a las víctimas de la injusticia estructural.

- 6) Diferenciación entre funciones judiciales, funciones administrativas y funciones de superintendencia. Se debe separar la responsabilidad de decir el derecho en el caso (propia de los jueces), la de organizar la actividad del tribunal y la de gobierno judicial. Sobre todo si eliminamos el sistema escrito con la consiguiente delegación del trabajo de los jueces en oficiales subalternos, no hay razón para que la organización del trabajo (principalmente la coordinación de las audiencias) del tribunal esté en manos del juez. También debemos democratización del gobierno de los jueces: la palabra «superintendencia» debe ser extirpada del sistema legal argentino. Superintendencia es dependencia. Es sinónimo de ejercicio jerárquico del poder por parte de los tribunales superiores. En un sistema de jueces independientes se debe democratizar el gobierno del poder judicial de modo tal que todos los jueces participen en él en igualdad de condiciones eligiendo a los encargados del control y administración general de la institución.
- 7) Reorganización funcional de la Corte Suprema de Justicia: A este nivel también debe ser obligatorio que todas las decisiones

suerte de grupo privilegiado por la percepción de sueldos estratosféricos como el caso de algunos, altos magistrados sobre todo, de ciertos países latinoamericanos.» Andrés Ibañez, P., «*op. cit.*», pág. 143.

se tomen en audiencias públicas. Es imprescindible revisar la justificación de la inmensa cantidad de empleados y funcionarios auxiliares, como también la administración de los recursos materiales y económicos y poner coto a la alta morosidad que el Tribunal exhibe con plazos estrictos de resolución.¹⁸

- 8) Fortalecimiento de los Jueces de Paz, tribunales vecinales y centros comunitarios de acceso a la justicia: El poder judicial será un poder independiente cuando le preste un servicio real y efectivo a todos los ciudadanos, en especial a los más vulnerables. La actual estructura judicial no garantiza el acceso a la Justicia de esos sectores ni que ellos puedan luchar por sus derechos en los tribunales en igualdad de condiciones, motivo por el cual se impone la necesidad de instaurar tribunales vecinales con procedimientos sencillos y fácilmente comprensibles.¹⁹

Referencias bibliográficas

Andrés Ibañez, P., *Tercero en Discordia*, Madrid, Trotta, 2015.

Christie, N., *Una Sensata Cantidad de Delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Mannori, L., «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007.

Ferrajoli, Senese, Scarpari, Accattatis, *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona, Editorial Fontanella, 1978.

¹⁸ INECIP, «*op. cit.*», pág. 2.

¹⁹ «Ídem».

Algunas reflexiones en torno a la educación en las cárceles: complejidades y barreras

por María Valentina Risso*

Resumen: El objetivo del artículo es visibilizar ciertas complejidades relacionadas con el acceso a la educación y su ejercicio efectivo por parte de las personas privadas de libertad en Argentina, tomando como referencia la situación en la Provincia de Córdoba.

El primer aspecto que expondré se vincula con la normativa vinculada con el derecho a la educación, principalmente, referida a los contextos de encierro y se examinarán algunas singularidades de este derecho en la cárcel.

En segundo término, se consignan algunas barreras y obstáculos al acceso y ejercicio de la educación en las cárceles, provenientes de los ámbitos penitenciarios, judiciales y ejecutivos. Asimismo, se exhibirán los problemas de aplicación que tuvo el denominado «estímulo educativo» y las controversias judiciales que se suscitaron.

El tercer aspecto que indagaré se relaciona con la inclusión de la educación como una actividad propia del tratamiento penitenciario.

A modo de colofón, exhibo un caso, a mi ver paradigmático, de las dificultades que implica ser un *alumno preso* con el objetivo didáctico de reflejar lo analizado.

Tal como el título lo indica, este trabajo evoca algunas reflexiones que han surgido durante el trabajo como parte integrante

* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Adscripta de tercer año de «Derecho Penal I»- U.N.C., empleada de la Asesoría Letrada de Ejecución Penal del Poder Judicial de la Provincia de Cba. (período mayo 2012- mayo 2016); mrisso@justiciacordoba.gob.ar

de la defensoría de condenados de la provincia de Córdoba por el lapso de cuatro años. Por otra parte, esta experiencia se ha visto enriquecida con las lecturas y las discusiones propiciadas en el marco del seminario de «Derecho y Control», del cual este libro es resultado.

Palabras clave: educación en contextos de encierro, estímulo educativo, prácticas penitenciarias, tratamiento penitenciario.

Abstract: The purpose of this paper is to make visible some complexities related to the access to education and its effective practice by the prisoners in Argentina, with special reference to the situation in the province of Córdoba.

The first aspect I present is related to the normative about the right to education, mainly referred to imprisonment contexts, and some peculiarities of this right in prison will be analyzed.

On second term, some barriers and obstacles to the access and exercise of education in prisons originated in penitentiary, judiciary and governmentally fields shall be considered. Likewise, the problems that the application of the so called «educational encouragement» had, as well as the judiciary controversies that came with it, will be exhibited.

The third aspect I will inquire is related to the inclusion of the education as an activity that belongs to the penitentiary treatment.

As a conclusion, I present a case that I find in some way paradigmatic, and that I consider shows the difficulties that being an inmate student implies, in order to evince the things analyzed.

As the title tells, this article evokes some reflections that arose during the work as a member of the Public Criminal Defender's office for the condemned of the province of Córdoba for the period of four years. On the other hand, this experience has been enriched with different readings and discussions maintained in the seminar «Derecho y Control», being this book a result of it.

Keywords: education in imprisonment contexts, educational encouragement, penitentiary treatment.

1. El derecho a la educación en la normativa internacional y nacional. Educación en contextos de encierro

Para iniciar el análisis de la cuestión ha de tenerse en cuenta que el derecho a la educación fue reconocido en el texto de la Constitución Nacional del año 1853, el que ha sido conservado hasta la actualidad, en el art. 14 al disponer que los *todos* los habitantes de la Nación gozan del derecho «*de enseñar y aprender*». Por otra parte, en la última reforma constitucional operada en el año 1994 se incorporó en el art. 75 inc. 22 una serie de tratados de derechos humanos a los cuales se les concedió jerarquía constitucional, es decir supra legal, en los cuales se reconoció el derecho a la educación como un derecho social fundamental de todos los habitantes de la Nación, sin distinción alguna, orientada al pleno desarrollo de la personalidad humana y gratuita, al menos, en la enseñanza fundamental (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26). Asimismo, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, establecen que todas las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.¹

Considerando los antecedentes más recientes (vigentes), el derecho a la educación fue reglamentado a través de la ley de educación nacional n° 26.206 (B.O. 28/12/2006), la que subraya que «*la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado*», enfatizando que se trata de una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa.

Específicamente, dicha ley reguló en el capítulo XII la «*educación en contextos de privación de libertad*» (arts. 55 a 59), como una modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, prohibiendo todo

¹ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

tipo de limitación y discriminación alguna y debiendo ponerse en conocimiento de los/as presos/as desde el momento de su ingreso a la institución en forma fehaciente (art. 55). Entre sus objetivos se destacan que las personas privadas de su libertad tienen que tener acceso a la escolaridad obligatoria, a la formación técnico profesional, a la educación superior e incluso a alternativas de educación no formal, debiendo estimular las creaciones artísticas y la participación en diferentes manifestaciones culturales, actividades de educación física y deportiva. Expresamente la ley aduce como objetivo el de contribuir a la inclusión social de las personas privadas de libertad través del acceso al sistema educativo y a la vida cultural (art. 56 inc. «g»).

Destaco que el propio Estado ha reconocido que pese a que la ley de ejecución de pena privativa de libertad n° 24.660 (en adelante «ley de ejecución»), sancionada en el año 1996, obligaba al gobierno a brindar educación en los establecimientos penitenciarios, lo cierto era que las necesidades educativas de la población penitenciaria fueron invisibilizadas durante muchos años e incluso las ofertas educativas que existían eran *«casi exclusivamente de nivel primario, con una cobertura muy escasa y, en el caso de las cárceles dependientes del Servicio Penitenciario Federal, las clases estaban a cargo de agentes penitenciarios»*². Por ello, la ley de educación nacional n° 26.206 vino a reforzar el derecho a la educación de quienes están privados de su libertad en cárceles y otras instituciones.

Por su parte, la ley de ejecución fue reformada en el año 2011 mediante ley n° 26.695 (B.O. 29/08/2011), contemplando de este modo específicamente el derecho a la educación de los/las presos/as en el capítulo VIII (arts.133 a 142). En este acápite se reconoce el derecho a la educación pública, gratuita, permanente y de calidad de todas las personas privadas de su libertad, en todos sus niveles y modalidades e

² Cf. Consejo Federal de Educación, «La educación en contextos de privación de la libertad en el sistema educativo nacional», Documento Base, diciembre de 2010. Destaco que el Consejo Federal de Educación (CFE) es el organismo que decide y coordina la política educativa nacional con el objetivo de lograr un sistema educativo nacional integral y articulado. Disponible en http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/res10/127-10_01.pdf

instaura la escolaridad obligatoria para los internos que no hayan cumplido el mínimo establecido por la ley. Asimismo, consagra la responsabilidad de los diferentes estamentos del gobierno de garantizar en sus jurisdicciones *«la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias»* (art. 133).

Por otra parte, la ley de ejecución prohíbe todo tipo de limitación o restricción al acceso a la educación ya sea fundada en motivos discriminatorios, en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario, las calificaciones de conducta o concepto, o en cualquier otra circunstancia (art. 135). Y aún más, responsabiliza al juez competente de remover todo tipo de obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación y admite la vía del habeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva (art. 142). Una de las incorporaciones más novedosas propiciadas por la ley 26.695 fue la incorporación del denominado «estímulo educativo» en el art. 140 de la ley de ejecución, aspecto éste que será analizado en otro título del artículo.

Coincido que en los textos normativos existen en lo simbólico *«dos paradigmas de educación, por una parte las significaciones de una educación constructora de un sujeto útil como el equivalente a un 2 buen hombre para el resto de la sociedad² que convive con la noción de una educación como derecho.»*³

2. Singularidades de la educación en la prisión

Queda claro entonces que la educación es un derecho fundamental y pertenece a *toda* persona, y que la situación de encierro —que

³ Correa, A. y León Barreto, I., «Acceso al derecho a la educación en cárcel», ponencia presentada en el VIII Jornadas de Investigación en Educación: «Educación: derechos, políticas y subjetividades», Córdoba, entre el 9 al 11 de octubre de 2013, pág. 8. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41603.pdf>

debiera restringir ni más ni menos que la libertad ambulatoria— no debe representar una pérdida ni siquiera un menoscabo en las oportunidades de los/las presos/as para acceder a la educación en sus diferentes niveles (primario, secundario, terciario, universitario, posgrado e incluso capacitación en oficios).

Sin embargo, existen algunas singularidades de la educación en las cárceles que conviene tener presentes. Una de ellas es que, más allá de su obvedad, la cárcel implica encierro, el sujeto pierde la posibilidad de elección en cuanto a la libre circulación y lo que resulta más complejo es la expropiación de la regulación del uso de su tiempo: la administración penitenciaria a través de sus directores y agentes penitenciarios definirán —según su conveniencia y la de la institución— cuándo la persona ha de despertarse, asearse, comer, recrearse, ver a su familia, tener relaciones sexuales, estudiar, trabajar y dormir. En este contexto, el ejercicio de cualquier derecho —entre ellos el de estudiar— está atravesado por las necesidades de la institución penitenciaria y sus lógicas, fundamentalmente la de mantener el orden y la seguridad del establecimiento por encima de cualquier otro aspecto y/o derecho. Otra particularidad es que el alumno ha de estudiar, principalmente, en su celda lo que implica dificultades para el aprendizaje debido al contexto y la rutina de la prisión (constante ir y venir de otros internos, agentes penitenciarios, ruidos de las chicharas de las puertas que se abren, conflictos con pares, etc.)

Es también en este contexto particular en que se inscribe el deseo del preso de aprender, de ir la escuela, el que puede tener múltiples sentidos y significados:

- Como un espacio físico que le permite «salir del pabellón» y de los riesgos que allí acechan, tanto de parte de otros internos como de los agentes penitenciarios (violencia física y/o verbal con otro interno, riñas entre grupos antagónicos que se disputan el liderazgo y control del pabellón —«los plumas»— o bien la disputa de pabellones para la venta de droga, la exposición a recaer en el consumo de estupefacientes para quienes eligieron abandonar su adicción, el «verdugueo» de los celadores e incluso la violencia institucional más extrema como golpizas y malos tratos por parte de los agentes penitenciarios).

- En algunos casos, salir a la escuela es una forma de escapar al lento transcurrir del tiempo en el pabellón, «matar el tiempo», y hacer algo útil con él (en el argot carcelario «no ser un cachivache»).
- Por otra parte, la escuela en la cárcel es también un espacio simbólico que le permite al preso cambiar su estatus de «interno» o «recluso» al de «alumno», se convierte en un lugar de construcción de la subjetividad donde se reconocen con la capacidad de aprender, se autoperciben como sujetos cognoscentes («yo era un burro, pensé que nunca iba a poder con la escuela»).⁴ La escuela se convierte en un medio de resistir la etiqueta de delincuente, un tiempo y espacio donde puede recuperar la palabra y la autoestima. Asimismo, ir a la escuela es ser digno de orgullo para sus familiares, la libreta escolar o universitaria es resignificada como un objeto de superación.⁵
- Finalmente, la escuela es también sinónimo de libertad en el sentido más literal de la palabra, porque ser un alumno regular es condición —muchas veces necesaria aunque no suficiente— para la obtención de su libertad condicional y del avance en la progresividad del régimen penitenciario (por ej. acceder a una

⁴ En las conversaciones con los presos estos suelen mencionar- reiteradamente- sus avances en la escuela, las notas que obtienen, explican que cuando eran chicos habían dejado la escuela porque «no les daba la cabeza». En mi experiencia, muchos internos refirieron sus méritos académicos y adujeron cómo «gracias» al encierro pudieron alfabetizarse e incluso obtuvieron la oportunidad de acceder a la universidad. Por ejemplo, Héctor Almada, interno de la Cárcel de Bouwer, sostuvo en una nota periodística «comencé a estudiar en serio cuando ingresé aquí», quien en los 16 años que lleva detenido hizo la primaria y la secundaria, obtuvo un título terciario y ahora está en tercer año de abogacía, (Diario La Voz del Interior, *Rendir libre: a la escuela para comer; en la cárcel para estudiar*, nota publicada el 22/04/2016, disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/rendir-libre-la-escuela-para-comer-en-la-carcel-para-estudiar>. Consultado el 07/08/2016.

⁵ «Tengo libreta de estudiante de la UNC», responde un interno de Bouwer que estudia abogacía cuando se le pregunta si con el estudio, con los libros, con el ejercicio mental y con la responsabilidad de preparar y rendir una materia, se olvida un poco de su condición de «interno», de «preso» (Diario La Voz del Interior, *Rendir libre: a la escuela para comer; en la cárcel para estudiar*, nota citada).

cárcel abierta y a las salidas transitorias). Como se verá, la incorporación del «estímulo educativo» es un incentivo a los presos para estudiar ya que les reconoce la posibilidad de acumular hasta un total de veinte meses para recuperar antes su libertad. Cabe destacar que cuando los internos, pese a haber estudiado en la prisión, no obtienen su libertad anticipada, suelen manifestar su enojo de modo recurrente preguntando por qué el juez le denegó la libertad «*si le hice escuela*», aludiendo a que su estudio se motivó justamente en obtener la libertad y *para* los jueces de ejecución, destinatarios de este mensaje.

Existen también otras particularidades vinculadas con la enseñanza en la prisión: los docentes de los niveles primarios y secundarios que trabajan en los diferentes módulos son empleados del Servicio Penitenciario y ello suscita, al menos, dos problemas: uno es que deberán responder a las decisiones y órdenes impartidas por Director del establecimiento (el que también determinará en qué medida ese docente está «adaptado» a las lógicas penitenciarias); el segundo aspecto es que su rol pedagógico está atravesado —o cuanto menos condicionado— por su rol de custodia de los alumnos, ya que tiene la facultad/obligación de dar aviso a los agentes penitenciarios del módulo de las faltas disciplinarias que en ese ámbito cometan los alumnos para el inicio del respectivo informe disciplinario lo que, eventualmente, podrá significar una sanción —castigo— que repercutirá en la conducta del interno, su concepto y, en algunos casos, la pérdida de derechos (recreativos, de visita o aislamiento). Finalmente, los docentes no sólo han de elevar informes de cada interno al consejo correccional —del cual el área educativa forma parte— sino que también deben informar el desempeño de los alumnos a los jueces competentes cuando éstos lo requieran y cuyos antecedentes serán tenidos en cuenta a la hora de resolver una libertad anticipada o un incidente por apelación de fase en la progresividad del régimen.

Con ello quiero exponer que la situación del docente penitenciario tiene ribetes que la distinguen de cualquier otro ámbito pedagógico e incluso tiene el poder de incidir en la libertad del interno, pues sólo podrán ser tenidos en cuenta para la aplicación del estímulo edu-

cativo —y en consecuencia para adelantar el plazo de la libertad del interno— los niveles que hayan sido cursados y completados (aprobados) por los alumnos presos; aspecto este último que puede turbar los objetivos pedagógicos, el contenido impartido y la calificación a realizar.

Por lo dicho, la educación en contextos de encierro es todo eso y mucho más que los contenidos pedagógicos/curriculares que se enseñan y aprenden en las aulas.

3. Barreras y obstáculos en el acceso y ejercicio del derecho a la educación en contextos de encierro

En este punto quiero destacar algunas políticas, prácticas y acciones que tienden —al menos en la práctica— a obstaculizar el acceso y efectivo ejercicio del derecho a la educación en las cárceles.

3.1 Ámbito penitenciario

Existen dos aspectos fundamentales e íntimamente vinculados que condicionan el derecho a la educación en contextos de encierro: por un lado, la escasez de recursos materiales y humanos para educación y, por el otro, las prácticas penitenciarias y acciones que obstaculizan el ejercicio del derecho por parte de las personas privadas de su libertad.

En el primer aspecto, destaco que se ha relevado escasez de docentes para brindar educación en diferentes niveles y modalidades a la gran cantidad de los internos que aspiran a ellos. En la ciudad de Córdoba, *«la cantidad de docentes (ochenta y seis) en contextos de encierro, es exigua, en función de la tarea y cantidad de alumnos»*.⁶

Según la última estadística oficial del Servicio Penitenciario de Córdoba (S.P.C.) de diciembre del año 2014 el total de las personas alojadas en unidades penitenciarias de la provincia era de 6.347. De la estadística referida surge que el treinta y cinco por ciento (35 %) no

⁶ Correa, A. y León Barreto, I., *«op. cit.»*, pág. 10.

contaba con la escolaridad obligatoria completa (16% primario incompleto y 19 % secundario incompleto). Sin embargo, sólo un 12, 54 % había participado en programas educativos formales (796 personas).⁷ Teniendo en cuenta entonces el total la población penitenciaria de la provincia y los niveles de instrucción con que ingresaban los internos, es dable inferir que sólo un escaso porcentaje pudo acceder a la escolaridad obligatoria: de hecho en nota periodística del corriente año 2016, el Secretario de Organización y Gestión Penitenciaria de la Provincia de Córdoba, José Piñero, destacó que 615 internos están cursando la escuela primaria; 1.037 que están completando sus estudios secundarios.⁸

Destaco que del total de la población penitenciaria de la provincia (6.347), en el año 2014 se consignaron que 2.569 personas se encontraban alojadas en el Complejo Carcelario de Bouwer.⁹ Sin embargo, en el año 2012 se registraban en Bouwer tan sólo seis escuelas que funcionaban —primario y secundario— en cuatro módulos del complejo, que albergaba —en ese entonces— a 2.650 presidiarios.¹⁰

En cuanto al acceso a las carreras universitarias, en 2016 se consignó que el ciclo universitario en las cárceles de Córdoba se reinició con 304 estudiantes, esto significa que el 4,38 por ciento de todos los reclusos de la provincia (6.544 varones y 300 mujeres) estudia una carrera universitaria; no obstante las oferta educativa es limitada, ya que sólo pueden cursar carreras de las facultades de Derecho y de Filosofía

⁷ Datos estadísticos de los distintos Establecimientos Penitenciarios de la Provincia de Córdoba, diciembre 2014. Disponible en: <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2014/07/DATOS-ESTADISTICOS-SPC-2014.pdf>

⁸ Diario La Voz del Interior, *304 presos son universitarios*, nota publicada el 22/04/2016, disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/304-presos-son-universitarios>. Consultado el 07/08/2016.

⁹ Destaco que en el mes de marzo del año 2015 se cerró el Establecimiento Penitenciario N° 2 de San Martín, por lo que los internos alojados allí (que en diciembre de 2014 ascendían a 878) debieron ser distribuidos en el Complejo Carcelario de Bouwer y en el resto de los establecimientos penales de la provincia.

¹⁰ Diario La Voz del Interior, *Los presos que estudian*, nota publicada el 21/10/2012. Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/presos-que-estudian>. Consultado el día 07/08/2016.

y Humanidades de la UNC (abogacía, ciencias de la educación, letras modernas, historia y bibliotecología).¹¹

Por lo dicho, el derecho a la educación está condicionado por la disponibilidad económica del Estado como así también por la oferta educativa universitaria que es limitada y no siempre se vincula con los intereses de los alumnos.

En el segundo aspecto, me refiero a las «prácticas» en el sentido de acciones que se suceden regularmente y que están provistas de un sentido performativo de la subjetividad de los internos. Entre ellas, cabe destacar las relacionadas principalmente con la seguridad de los establecimientos: en la cárcel el aspecto disciplinario atraviesa todo el régimen penitenciario como también el tratamiento dispensado a los internos, razón por la cual el proceso educativo también puede verse suspendido, interrumpido o turbado por cuestiones disciplinares, tales como el alojamiento en aislamiento por comisión de una infracción (lo que afecta la asistencia regular a clases y puede dejar al alumno «libre») y/o el traslado de establecimiento por cuestiones conductuales. También sucede que se suspendan las clases por cuestiones de seguridad o bien que a los internos de un pabellón «no los saquen a la escuela» sin dar razones fundadas de ello.

Por otra parte, hay ciertas acciones que —intencionalmente o no— suelen perjudicar el ejercicio del derecho a la educación como lo son las demoras de los traslados o bien cuando, directamente, éstos no se llevan a cabo en caso de los alumnos universitarios que deben rendir sus exámenes en la facultad. La situación es particularmente grave cuando se trata de alumnos de otros establecimientos penitenciarios (tales como el C.C. N° 2 de Cruz del Eje o E.P. N° 8 de Villa Dolores) ya que deben venir en móviles de traslado por largas horas y esposados hasta llegar a destino.

Finalmente, también hay omisiones o indiferencias que obstaculizan el ejercicio a la educación, tales como la superposición de horarios escolares con algunos trabajos del área de laborterapia, ante lo cual los agentes penitenciarios no ofrecen, en muchos casos, respuestas superadoras al abandono de una u otra. Resulta frecuente que los inter-

¹¹ Diario La Voz del Interior, *304 presos son universitarios*, nota citada.

nos requieran incorporarse al área de laborterapia —para ocupar su tiempo, obtener un concepto favorable del área, adquirir un oficio o bien continuar con el que desempeñaban—, ello les permite avanzar progresivamente en el régimen penitenciario y obtener su libertad anticipadamente¹². No obstante, cuando los horarios se superponen y los internos no logran cambiar los turnos de la «fajina», el perjuicio de renunciar resulta bastante alto: implicará la mayoría de las veces un estancamiento en la progresividad del interno, a lo que se adita el temor a ser castigados o perder el espacio laboral que tanto les ha logrado obtener.

Considero que existe una estrecha vinculación entre ambos aspectos mencionados, debido a que la escasez de cupos y recursos humanos en las actividades educativas tiende a fomentar —o cuanto menos permitir— que el acceso a la educación se mercantilice en términos de conveniencia entre las autoridades y el reo; quienes estén dispuestos a acatar las reglas que impone el encierro serán los que puedan incorporarse: respetar las normas disciplinarias (no ser «conflictivo» o «problemático»), acatar las normas sin cuestionarlas («sumisión») y trabajar sin reclamar por un justo pago (no ser «demandante»). Estas características que se esperan de la población detenida — caso contrario se forjan a través del régimen disciplinario, van delineando las trayectorias carcelarias de cada interno.

3.2 Poder Ejecutivo y Judicial

Por otra parte, destaco que el Ministerio de Educación de la Provincia impone ciertas exigencias que resultan impeditivas del acce-

¹² Con esta finalidad, la actividad laboral voluntaria es fomentada por la administración penitenciaria porque implica mano de obra gratuita en las tareas de mantenimiento del establecimiento (limpieza del pabellón y de sectores comunes como lugares de visita, desmalezamiento del predio, jardinería, etc.) así como de producción de artesanías (en madera, hierro o mimbre) y muebles que luego son vendidos por el Servicio Penitenciario a cambio de un concepto favorable por parte del área y de un pago estímulo consistente en doscientos veinte pesos mensuales, catalogando dichas labores como «tareas generales del establecimiento», que por regla son «voluntarias» y «no remuneradas».

so a la educación de los internos. Principalmente, la prohibición de inscribir a los alumnos en el nivel escolar que corresponda por carencia de la documentación personal referida a la pérdida del documento nacional de identidad (DNI) —el que muchas veces le fue retenido en sede policial y nunca devuelto al momento de su aprehensión— o bien por no contar con el certificado analítico de estudios cursados. Es que si bien ambas cuestiones deberían ser proveídas por el Servicio Penitenciario de manera expeditiva, lo cierto es que ello no sucede así en la práctica y transcurren varios meses hasta que el registro civil móvil se hace presente en el establecimiento a los fines de proveer el DNI o bien hasta que los familiares de los internos logran conseguir el analítico y llevarlo hasta la prisión.

Por otra parte, es el juez de ejecución quien resulta competente¹³ para velar y garantizar los derechos de las personas privadas de su libertad que se encuentran condenadas así como ejercer el contralor de la administración penitenciaria (art. 3 y 4, ley de ejecución), y, específicamente, el art. 142 de la mencionada ley reconoce la vía del habeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva, para remediar los obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación. Sin embargo, muchas veces las demoras judiciales en resolver las cuestiones de índole educativas de los internos, terminan por tornar abstracto el efectivo acceso o ejercicio de este derecho. Ello puede explicarse por, al menos, dos razones: la primera es la gran cantidad de personas que están privadas de su libertad y que requieren el control judicial; la segunda es que —dentro del universo de situaciones que el preso vive y que requieren la atención del juez de ejecución— la educación no es la prioridad para los magistrados, pues antes se privilegiará la resolución de incidentes vinculados con la libertad —condicional o asistida— de los internos, las cuestiones de salud, las revocaciones de libertades incumplidas, etc. De esta manera, las cuestiones que se vinculan con el

¹³ Cabe aclarar que en los casos en que aún no ha recaído condena, es decir, mientras dure el encarcelamiento cautelar (prisión preventiva) los encargados de velar y garantizar los derechos de las personas privadas de su libertad serán otros magistrados judiciales (jueces de control de garantías, vocales de las cámaras del crimen, jueces correccionales, entre otros).

acceso a la educación —tales como la tramitación oportuna del DNI o la obtención del certificado analítico para poder dar inicio al siguiente nivel—, quedan relegadas a la insistencia del interno o su defensa y a la buena voluntad de los operadores judiciales.

4. El polémico «estímulo educativo» y las controversias judiciales

Como expresé, una de las incorporaciones más novedosas propiciadas por la ley 26.695 en el año 2011 fue la incorporación del denominado «estímulo educativo» (art. 140 de la ley de ejecución), el cual establece que:

«Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII:

- a) un (1) mes por ciclo lectivo anual;
- b) dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente;
- c) dos (2) meses por estudios primarios;
- d) tres (3) meses por estudios secundarios;
- e) tres (3) meses por estudios de nivel terciario;
- f) cuatro (4) meses por estudios universitarios;
- g) dos (2) meses por cursos de posgrado.

Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses».

A través del estímulo educativo se reconoce a los internos que completen determinados niveles educativos y de capacitación una reducción temporal —con posibilidad de acumulación hasta un máximo de veinte meses— que repercute en el avance de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario. Con el «*estímulo educativo*» se propiciaba fomentar la educación de los internos, con-

cediéndoles la posibilidad de acceder con anterioridad a fases menos rigurosas e incluso a la libertad condicional o asistida.¹⁴

La incorporación legislativa del «estímulo educativo» no estuvo —ni está— exenta de reparos. Al respecto, es dable preguntarse si el «premio» que ofrece a quienes completen sus estudios —esto es la posibilidad de obtener antes la tan ansiada libertad— resulta tan tentador que ningún interno deseará quedarse afuera y, por lo tanto, la educación será la vía de intrusión del Estado en la subjetividad del individuo, en su cultura y valores. A ello se suma que el sistema de estímulos educativos propicia en la prisión una sobredemanda de educación, en términos cuantitativos, que a su vez favorece la utilización por las autoridades penitenciarias como herramienta para la gobernabilidad de la prisión. Como se desarrollará más adelante, la educación se da o se quita —discrecionalmente por los agentes penitenciarios— en la medida en que el preso cumpla o no con los objetivos disciplinarios del establecimiento y el acceso o continuidad escolar/universitaria es utilizado para conseguir esto.

No obstante, cabe señalar que en la provincia de Córdoba la administración penitenciaria opuso una gran resistencia al reconocimiento del estímulo educativo en relación a la obtención de las libertades anticipadas de los internos¹⁵, posición ésta que fue legitimada por los órganos judiciales de la provincia de Córdoba durante varios años. Recuérdese que la ley que creó el estímulo educativo data del año 2011, sin embargo hasta el mes de julio del año 2015 en la provincia de Córdoba no se admitió la posibilidad de aplicar el «estímulo educativo» para reducir los plazos de las libertades anticipadas de los internos que

¹⁴ Un análisis más detallado del estímulo educativo puede verse en López, A. y Iacobusio, V., *Educación en la cárcel. Un nuevo paradigma en la ejecución de las penas. Ley 26.695*, Buenos Aires, Ed. Fabián D. Di Plácido, 2011.

¹⁵ Miriam Mancho, docente con 27 años de antigüedad en el Servicio Penitenciario de Córdoba, consideró en una entrevista mantenida en el año 2012 que el anuncio de la reforma «creó falsas expectativas entre los internos» y que en los días posteriores a la entrada en vigencia de la nueva ley se presentaron infinidad de recursos y escritos que reclamaban libertades de condenados con una disminución de la pena de hasta 20 meses, sin embargo ningún reclamo tuvo éxito. Diario La Voz del Interior, *Los presos que estudian*, nota citada.

así lo solicitaron. Ello fundado en que tanto el Poder Judicial como la administración penitenciaria se enfilaron en las interpretaciones dogmáticas que entendían que el legislador no había pretendido que el «*estímulo educativo*» alcanzara a los institutos de la libertad condicional ni de la libertad asistida, dado que no eran considerados propiamente fases ni períodos de la progresividad en el régimen penitenciario y por cuanto sus plazos y requisitos ya han sido establecidos específicamente por el legislador nacional. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba convalidó esta posición en el precedente «Serravalle» (T.S.J. Sala Penal, S. n° 199, 3/8/12).

Con posterioridad a ese pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó ampliamente el alcance del «*estímulo educativo*» en la causa «Villalba», al compartir, por mayoría, los argumentos expuestos por el Procurador Fiscal en su dictamen, y en consecuencia se considera plenamente aplicable también para la obtención de la libertad asistida y condicional (C.S.J.N., V. 124. XLIX, causa 16.255)¹⁶. Si bien el precedente de la C.S.J.N. referido data del año 2014, lo cierto es que los juzgados de ejecución penal de la ciudad de Córdoba no fueron receptivos de su doctrina sino hasta después que el T.S.J. de Córdoba la acogiera en el caso «Pilleri» (S. n° 280, 10/07/2015) «*por una razón de economía procesal y por un criterio de justicia material*».

Cabe destacar que en el lapso existente entre ambos precedentes se dictó el Decreto de la Presidencia de la Nación N° 140/15 (B.O. 10/02/2015) por el cual se aprobó la reglamentación del Capítulo VIII, de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660. Específicamente, el art. 8 del citado Decreto se vincula con el estímulo educativo y clarifica que el mismo —que también será aplicado a las personas que se incorporen al Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria— comprende a todas las instancias que exijan temporalidad y que conforman avances dentro del régimen de progresividad de la pena,

¹⁶ Así en el precedente «Villalba, Miguel Clemente s/ causa 16.255» se remitió a lo expuesto por la Sra. Procuradora Fiscal de la Nación en su dictamen, el que a su vez remite al emitido en «Casal Muñiz, Pedro Andrés s/causa n° 15.480», en cuanto a que la norma del art. 140 de la ley 24.660 constituye un incentivo eficaz y ha de ser aplicado también a la libertad asistida (art. 54 de la ley 24.660).

alcanzando «a todos los egresos transitorios y anticipados comprendidos en la ejecución de la pena, no modificando la fecha de agotamiento de la misma». A su vez, se determinó que la recepción del certificado oficial otorgado por autoridad educativa competente obligará a la División Educación de cada Establecimiento a remitirlo de forma inmediata al Consejo Correccional, el que deberá elevar al Juez de Ejecución o Juez competente el pedido de aplicación del estímulo educativo, sin necesidad de que la persona privada de libertad lo solicite. Finalmente, precisó que en los casos en que el nivel educativo no se encuentre diseñado por años sino por materias, se tendrá en cuenta el plan de estudio o la planificación anual de materias y que respecto de los cursos completos y aprobados no autorizados por los Ministerios de Educación de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán de todos modos ser contemplados a los efectos de la aplicación del estímulo educativo este artículo y puestos a consideración del Juez de Ejecución o Juez competente.

Recalco que una vez zanjada la cuestión tanto por parte de la C.S.J.N. y por la reglamentación efectuada por el Decreto Presidencial N° 140/15, no dejaron de plantearse otros inconvenientes para el efectivo disfrute de los beneficios reconocidos por el legislador a los internos que habían completado total o parcialmente sus estudios. Es así que aún subsisten demoras judiciales en el trámite y reconocimiento de los estímulos educativos que, en muchos casos, terminan por tornar abstracto el incentivo ideado por el legislador: pese a lo reglado por el Decreto referido son los internos quienes deben instar ante la administración penitenciaria que se realice el cálculo de los meses que le corresponden por «estímulo educativo», sólo luego de resuelta la cuestión mediante una Orden Interna fundada los jueces de ejecución dan inicio al incidente de libertad, para lo cual habrán de transcurrir varias semanas sino meses.

Parte de la doctrina ha manifestado su oposición a la incorporación del «estímulo educativo»¹⁷ pues entienden que se trata de una re-

¹⁷ Entre otros Mariano Gutiérrez, Diego Fernández y Esteban Rodríguez, en Gutiérrez, M. (compilador): *Lápices o rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Ed. Del Puerto, 2012, Buenos Aires.

gresión a la estrategia premial – punitiva y que este tipo de recompensas prescinde del tratamiento individualizado que se formulara para ese sujeto en pos de su reinserción y, principalmente, que se trata de un retroceso respecto de los avances que se venían logrando en materia de educación en contextos de encierro ya que de esa forma se vuelve a anudar la cuestión educativa con la de la reincidencia.

5. Un problema latente: la educación inserta en el tratamiento penitenciario

Finalmente, un aspecto que resulta conflictivo para el pleno reconocimiento del derecho a la educación como tal resulta su inserción como una actividad de tratamiento penitenciario. Conforme lo regula el art. 5 de la ley de ejecución el tratamiento del condenado debe ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo, señalando que «*toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario*». De ello se infiere que la actividad educativa forma parte del tratamiento penitenciario de los internos pero tiene carácter voluntaria, es decir, que el interno puede o no ejercer. Lo razonable sería que si el interno opta por no participar de los programas y ofertas educativas dicha elección no debe ser valorada en su contra, así como tampoco si su asistencia es irregular o si no logra los objetivos académicos esperados. Sin embargo ello no sucede así en la práctica, ya que la falta de participación en actividades educativas —o sus altibajos— repercute directamente en el concepto del interno y, por ende, en la progresividad del régimen penitenciario (obtención de salidas transitorias, semilibertad, etc.) y en la posibilidad de obtener su libertad condicional o asistida (arts. 101 y 104 de la ley de ejecución; arts.67, 69 punto IV, 71 y 72 del Decreto Reglamentario de la Pcia. de Córdoba nº 344/08).

Incluso en la reforma operada a las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos» (Reglas Nelson Mandela)¹⁸ puede verse también que la educación, la formación profe-

¹⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17/12/2015.

sional y el trabajo —entre otros— son ofrecidos con el propósito de lograr «*la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo*» (Regla n° 4).

Con ello pretendo visibilizar que el *concepto* que el área educativa tenga de cada interno tendrá trascendencia al momento de ponderar el grado de reinserción social alcanzado por el interno y por lo tanto la posibilidad de acceder a un régimen menos riguroso y/o a los egresos anticipados, no obstante tanto la administración penitenciaria como los magistrados judiciales omiten considerar las circunstancias antes referidas.

6. Un caso paradigmático¹⁹

A modo de cierre expongo un caso que considero paradigmático y cuya trayectoria carcelaria da cuenta de diferentes avatares que debió atravesar el interno para poder ejercer su derecho a la educación. R.M.C., quien en su última condena purgó la pena única de diez años y once meses de prisión, luego de aproximadamente ocho años logró acceder a la cárcel abierta «Colonia de Monte Cristo» (E.P. N° 4) y fue incorporado al régimen de salidas transitorias educativas en el año 2013²⁰.

Podemos describir a R.M.C. como un sujeto que reunía las expectativas de la administración penitenciaria que lo catalogaban como un «*buen interno*»: durante nueve años sostuvo la nota de conducta ejemplar (registrando en ese tiempo tres correcciones disciplinarias

¹⁹ En el caso de R.M.C. intervino la Asesoría Letrada Penal del 26° Turno de la ciudad de Córdoba- en la cual trabajé-, por lo cual se consignan algunos datos anecdóticos de la defensa que se realizó. Asimismo, tuve oportunidad de compartir un seminario junto a R.M.C., luego de haber obtenido éste su libertad y en el cual ambos fuimos invitados como disertantes («*I Taller de Perspectiva y Estrategias de Defensa en la etapa de la Ejecución Penal*»), organizado por el Espacio Jurídico Deodoro Roca y el Instituto de Estudios Comparados en Cs. Sociales y Penales -sede Córdoba-, llevado a cabo el 27/05/2016).

²⁰ Cfr. Juzg. de Ejec. Penal de 1ª Nom. de la Cdad. de Cba., R.I. N° 277/2013, del 18/04/2013.

medias), no mantenía conflictos con el resto de sus compañeros en prisión («*se observa el compañerismo hacia sus iguales*»), no era demandante para con el servicio penitenciario de acuerdo a lo informado por las diferentes áreas («*no demanda asistencia en servicio médico*»; en cuanto al aspecto laboral se consignaba «*cumple con las tareas que se le designa...desde el 15/11/2005, C. fue incorporado en el programa de capacitación laboral, en tareas de limpieza... A partir del día 26/11/2010, se le realizó una ampliación laboral al sector del parque externo... manteniendo su actividad laboral principal en el taller de imprenta, con muy buen concepto*»).²¹

R.M.C. asistía a las clases de la carrera de formación en cooperativismo, dictado por la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba; sin embargo luego de algunos desacuerdos que mantuvo con agentes penitenciarios relacionados con el trato y los derechos que les asistían como presos, el ejercicio de su derecho a la educación resultó dificultoso. R.M.C. describe que los primeros conflictos con el servicio penitenciario se sucedieron cuando aparecieron en el establecimiento de Monte Cristo unos carteles con imágenes de represores de la última dictadura militar argentina y que, según lo relatado por él y otros internos, aludían a que la rigurosidad del sistema penitenciario era comparable al régimen dictatorial. Esa situación que podría ser tan sólo anecdótica desencadenó, según el interno, un malestar general entre los alojados en el establecimiento y algunos agentes penitenciarios, quienes relacionaron a R.M.C. de haberlos colocado debido a su estrecha vinculación con la facultad de filosofía y los ideales democráticos y antirepresivos que se le inculcaban.

A partir de este evento, R.M.C. comenzó a ser considerado un «preso conflictivo» y fue blanco de sanciones disciplinarias graves las que directamente repercutieron en su derecho a la educación, incluso fue trasladado a una cárcel cerrada (Establecimiento Penal de San Mar-

²¹ Estos datos surgen de la Resolución que le concedió a R.M.C. la libertad asistida, Juzg. de Ejec. Penal de 1ª Nom. de la Cdad. de Cba, R.I. N° 613/2015, del 10/07/2015.

tín, en ese entonces) con el objetivo de castigarlo encubiertamente por su «rebeldía»²² y restringir las salidas educativas.

7. Consideraciones finales

Destaco, tal como lo advertí, que el artículo trata de algunas reflexiones en torno a la educación en contextos de encierro y no así de un exhaustivo análisis de la realidad penitenciaria en este aspecto —lo cual además sería de difícil realización por cuanto no sólo es compleja, heterogénea de acuerdo al tipo de establecimiento y de difícil acceso

²² En un primer momento, R.M.C. fue imputado por la comisión de una infracción grave por la tenencia de un celular, falta que logró desacreditar y en la que el juez de ejecución ratificó su inocencia (Ver Juzg. de Ejec. Penal de 1ª Nom. de la Cdad. de Cba., R.I. N° 1190/2014, del 17/12/2014). En una segunda oportunidad, R.M.C. fue nuevamente sancionado gravemente por «*incitar o participar en movimientos para quebrantar el orden y la disciplina*». Las circunstancias de esta sanción son llamativas dado que R.M.C. junto con otros internos decidieron hacer huelga de hambre y quita de colaboración en los trabajos voluntarios que realizaban en el establecimiento debido a que reclamaron las mejoras en la atención sanitaria de la población alojada en la Colonia de Monte Cristo. En particular, los internos denunciaron la necesidad de contar con una ambulancia en caso de emergencias médicas y/o móviles de traslado equipados para emergencias, reclamo que se motivó en el mes de diciembre del año 2014 cuando un interno falleció debido a que no habría recibido oportuna asistencia médica. Estos datos han sido extraídos de la Resolución del Dr. José Daniel Cesano, juez de ejecución, quien revocó la sanción disciplinaria impuesta a R.M.C., de la cual se advierte el malestar de los agentes penitenciarios ante la postura del interno de reclamar a la administración penitenciaria por mejoras en la atención de la salud, luego de la muerte de uno de sus compañeros, a través de la quita de colaboración en las tareas laborales asignadas (las que debo aclarar que nunca fueron remuneradas).

De la resolución judicial se desprende que R.M.C. manifestó «*de acá no se mueve nadie, nadie sale a trabajar, ni saca rancho (haciendo referencia a que nadie iba a recibir el almuerzo), hasta que no nos den respuestas a nuestros derechos*» y que esta actitud «*incitó a que la mayoría de los internos no cumplieren con sus deberes laborales quedándose en el SUM arengando sus dichos, haciéndose difícil entablar un diálogo coherente por el malestar que se había generado...*» (ver Juzgado de Ejec. Penal de 1ª Nom. de la cdad. de Cba., R.I. N° 193/2015, de fecha 25/03/2015, el resaltado me pertenece).

por el extremo recelo del sector penitenciario en brindar información con fines de investigación así como la carencia de estadísticas actualizadas al respecto—.

A esta altura del artículo ha de quedar en claro que el derecho a la educación es un derecho social fundamental de *todas las personas*, que no admite limitación ni condicionamiento alguno, no obstante lo cual en la cárcel presenta ciertas particularidades y conocerlas es imprescindible para diseñar una política educativa en contextos de encierro que provea al pleno desarrollo de la personalidad de sus alumnos.

Estimo que el primer paso sería hacer un diagnóstico certero de la capacidad —material y humana— existentes en las diferentes establecimientos penales de la provincia y en base a los niveles de instrucción de la población alojada así como sus intereses, evaluar las ampliaciones pertinentes y acrecentar alternativas educativas —principalmente públicas y gratuitas—, con el objeto de promover el aprendizaje. En segundo término, las prácticas penitenciarias así como las acciones u omisiones que directa o indirectamente vulneren, restrinjan o tornen dificultoso el acceso o el ejercicio de la educación de los/las presos/as deben ser removidas. En tercer lugar, los magistrados judiciales también deberían repensar la educación como un derecho del interno —obligación del Estado de proveerlo— y no como una actividad meramente tratamental cuya abstención les perjudicará al momento de querer obtener una libertad anticipada.

En pocas palabras, tal como lo sostiene Mariano Gutiérrez «*Si la educación es una obligación del Estado y un derecho de las personas, no puede ser un beneficio penitenciario, no puede ser un lejano compromiso moral, no puede ser una herramienta de resocialización, es sencillamente, eso, un derecho*»²³.

Referencias bibliográficas

Correa, A. y León Barreto, Inés, *Acceso al derecho a la educación en cárcel*, ponencia presentada en el VIII Jornadas de Investigación

²³ Gutiérrez, M., «*op. cit.*», pág. 4.

en Educación: «Educación: derechos, políticas y subjetividades», Córdoba, entre el 9 al 11 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41603.pdf>

Gutiérrez, M. (compilador), *Lápices o rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2012.

López, A. y Iacobusio, V., *Educación en la cárcel. Un nuevo paradigma en la ejecución de las penas. Ley 26.695*, Buenos Aires, Ed. Fabián D. Di Plácido, 2011.

OTROS:

Datos estadísticos de los distintos establecimientos penitenciarios de la Provincia de Córdoba, diciembre 2014, Disponible en: <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2014/07/DATOS-ESTADISTICOS-SPC-2014.pdf>

Consejo Federal de Educación, *La educación en contextos de privación de la libertad en el sistema educativo nacional*, Documento Base, diciembre de 2010, Disponible en: http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/res10/127-10_01.pdf

Ley de Ejecución de pena privativa de la libertad N° 24.660.

Cohecho, imparcialidad y justicia procesal

por Bruno Rusca*

Resumen: Un principio importante para la concepción liberal del derecho penal es el principio del daño. En términos generales, este principio sostiene que la mera inmoralidad de una conducta no es suficiente para castigar. Además, es necesario que ocasione un daño o riesgo de daño a intereses de terceros, o al menos que la ausencia de criminalización de esa conducta pueda ocasionar un daño, según como se interprete su alcance.

El artículo plantea un enfoque sobre el interés penalmente protegido por el delito de cohecho. En primer lugar, presenta y critica algunas posiciones dogmáticas sobre el problema, las cuales son consideradas defectuosas por diferentes razones. En segundo lugar, indaga en la relación existente entre el cohecho y la protección de la imparcialidad de los funcionarios públicos. Se intenta demostrar que la violación de un procedimiento imparcial puede crear un riesgo de daño para intereses de terceros. De este modo, la tesis propuesta permitiría explicar por qué debe castigarse la aceptación y ofrecimiento de sobornos en ciertos casos especialmente problemáticos.

El trabajo es de naturaleza estrictamente normativa. Su objetivo es ofrecer una justificación del castigo del cohecho fundada en principios liberales del derecho penal.

Palabras clave: Cohecho, imparcialidad, justicia procesal.

Abstract: A very important principle for the liberal perspective of criminal law is the harm principle. In general terms, this

* Becario de doctorado de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba (SECYT-UNC), Argentina. Email: brunorusca@gmail.com

principle holds that the mere immorality of behavior is not enough to punish. Furthermore, it is necessary that the action harms or creates a risk of harm to other's interests, or at least that the lack of criminalization of that action may provoke a harm, depending on the way that harm principle is understood.

The paper poses a view over the interest protected by bribery crime. Firstly, it presents and criticizes some theoretical stances on the problem, which are considered mistaken for different reasons. Secondly, it inquires in the relationship between bribery and protection of public officers' impartiality. It attempts to demonstrate that infringement on process impartiality may create a risk of harm to other's interests. In this way, the thesis supported in this work would allow to explain why the acceptance and the offer of bribes should be punished in some cases which are especially problematic. The work is of a strictly normative nature. Its aim is to offer a justification of bribery punishment rooted in liberal principles of criminal law.

Keywords: Bribery, impartiality, procedural justice.

1. Introducción

Difícilmente pueda encontrarse un delito al cual la doctrina le haya atribuido más bienes jurídicos que al cohecho. Entre otras cosas, se ha sostenido que su castigo procura resguardar la voluntad estatal, la honestidad de los funcionarios públicos, la imparcialidad, la eficiencia o el prestigio de la administración pública, la objetividad de las decisiones estatales, la confianza de la población en el Estado, etc. Esta multiplicidad de opiniones dogmáticas es, sin dudas, indicativa de una importante dificultad para determinar con precisión qué es lo que se pretende proteger cuando se castiga el delito de cohecho.

Es probable que esta dificultad se deba, al igual que sucede con algunos de los denominados «delitos de cuello blanco», a que los daños ocasionados por el cohecho son difusos¹, si es que resulta posible iden-

¹ Green, S.P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los*

tificar un daño en todos los casos. Problemas similares se presentan también en delitos como el abuso de información privilegiada, el lavado de dinero o la evasión de impuestos. Sin embargo, independientemente de estas dificultades, se trata de conductas sobre las que existe un fuerte consenso acerca de la necesidad de su criminalización. Nadie parece estar dispuesto seriamente a dejar de castigar estos comportamientos, aun cuando no haya claridad sobre por qué se considera que son delitos.

El problema tiene particular importancia porque de acuerdo al denominado «principio del daño», o al menos conforme a una de sus interpretaciones más extendidas, solo las acciones que causen un daño o riesgo de daño a intereses de terceros pueden ser castigadas por el Estado. Por consiguiente, si se parte de una concepción liberal del derecho penal que adhiera a este principio como criterio de criminalización, determinar los intereses que protege el delito de cohecho es fundamental para que la prohibición penal sea legítima.

2. Definición legal de cohecho

Para responder a la pregunta de si el cohecho ocasiona algún daño es necesario conocer previamente qué conductas resultan comprendidas en la definición del delito. Si bien ello resulta problemático, dado que las distintas legislaciones presentan diferencias importantes en cuanto a su regulación, es posible presentar una descripción esquemática de lo que en general se entiende por cohecho que sea útil para los fines de este trabajo.

El denominado «cohecho pasivo» comprende la conducta de los agentes estatales que reciben o aceptan una promesa de recibir algo de valor a cambio de realizar u omitir un acto relativo a sus funciones. Por el contrario, el denominado «cohecho activo» refiere a la conducta del que ofrece o promete algo de valor a un agente estatal para que haga u

delitos de cuello blanco (Traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, pág. 69.

omita un acto relativo a su función. Normalmente, ambas acciones son consideradas de igual gravedad y castigadas con la misma intensidad; aunque algunas legislaciones prevén un castigo menor para el cohecho activo.² Por otra parte, la definición de lo que debe entenderse por «algo de valor» varía en los distintos ordenamientos jurídicos. Mientras en algunos casos se exige que el soborno tenga valor económico, en otros, se incluye todo aquello que pueda importar un beneficio de cualquier índole.³

En general, el delito de cohecho comprende aquellos casos en los cuales en virtud del soborno el funcionario se compromete a realizar un acto contrario a sus deberes (denominado por la doctrina «cohecho propio»), como los casos en los que se compromete a realizar un acto conforme a ellos (denominado por la doctrina «cohecho impropio»). Algunos ordenamientos jurídicos castigan de modo diferente ambas modalidades de cohecho, ya que prevén una atenuación del castigo para los casos de cohecho impropio. Así lo establecen el Código Penal español (art. 420 CPes) y el Código Penal uruguayo (art. 158 CPur).

De acuerdo a lo explicado previamente, para que la entrega o promesa de algo de valor constituya un caso de cohecho debe ser realizada a cambio de una decisión por parte del funcionario. En ello radica la diferencia de este delito con la simple aceptación de regalos, o «dádivas» según algunas legislaciones. Aunque distinguir un caso de cohecho de un caso de aceptación de regalos puede ser muy difícil en la práctica, conceptualmente la diferencia es clara: el que acepta un regalo no se compromete a realizar una conducta determinada como contraprestación.

² Así lo dispone el Código Penal uruguayo (art. 159 CPur).

³ La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en su art. 15, define al soborno como el ofrecimiento o la concesión de un «beneficio indebido» que redunde en provecho del agente estatal. Convención ratificada por ley 26097 (B.O. 9/06/2006). Por el contrario, el Código penal argentino utiliza los términos «dinero» o «dádiva» (art. 256 CPar). La doctrina mayoritaria se ha inclinado por interpretar la palabra «dádiva» como algo necesariamente provisto de valor económico. Véase Donna, E. A., *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 243.

De este modo, el cohecho puede ser representado como una especie de contrato consensual por medio del cual ambas partes se comprometen a realizar prestaciones recíprocas: el funcionario a realizar un acto relativo a sus funciones y el particular a entregar algo de valor a cambio de dicho acto. Sin embargo, algunas legislaciones también incluyen dentro del concepto de cohecho la aceptación por parte del funcionario de una retribución por un acto ya realizado, aun sin mediar acuerdo previo a su realización. Por ejemplo, así lo disponen el Código Penal alemán (§ 334 StGb), el Código Penal español (art. 421 CPes) y el Código Penal italiano (art. 319 CPit). Por el contrario, la legislación argentina no considera cohecho la aceptación de una retribución posterior a la realización de un acto u omisión por parte del funcionario público (art. 256 CPar).

En lo que sigue, se analizará exclusivamente el daño de la aceptación de sobornos a cambio de decisiones futuras, de acuerdo a como se encuentra definido el delito de cohecho en la legislación argentina. Por el contrario, no se abordará en este trabajo el problema del daño en casos de retribución por actos ya realizados.

3. La cuestión del «bien jurídico»

La discusión sobre el bien jurídico del cohecho suele ser abordada de manera imprecisa y un tanto abstracta. Es frecuente que se invoquen numerosos intereses que supuestamente resultarían afectados por la aceptación de sobornos, pero sin dar demasiadas precisiones al respecto. A modo de ejemplo:

... puede manifestarse, a más de lo antes mencionado que el objetivo de este Capítulo es la prevención y lucha contra la corrupción y venalidad de la administración pública, que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo normal de los pueblos, sancionándose con estos tipos penales a los funcionarios venales como a los particulares que con su ofrecimiento los animen o inciten a ello.⁴

⁴ Clemente, J. L. y Ríos, C. I., *Cohecho y Tráfico de influencias*, Córdoba, Lerner

Esta clase de afirmaciones, más allá de expresar cierto repudio a las prácticas corruptas, poco ayudan a esclarecer el problema. Además de las dificultades que se derivan de la utilización de conceptos sumamente vagos como «orden moral», «sociedad» o «desarrollo normal de los pueblos», debe demostrarse en primer lugar cómo el cohecho puede ocasionar semejantes perjuicios, lo cual no resulta tan claro en todos los casos.

De acuerdo a cierta perspectiva, el castigo del cohecho tiene por objeto proteger la ‘corrección’ y ‘honestidad’ de los funcionarios, la que se vería afectada por la aceptación de sobornos. En este sentido se han pronunciado algunos tribunales:

La figura del cohecho implica un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios, es decir que el bien jurídicamente protegido en esta clase de delitos es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública.⁵

La principal objeción que puede realizarse a esta perspectiva es que la moralidad de los funcionarios no es un objeto legítimo de protección. Los ‘modos de ser’, el ‘carácter’, o las ‘prácticas morales’ de las personas, en tanto no afecten intereses de terceros, forman parte de un ámbito libre de la injerencia del Estado. Esta idea se desprende necesariamente del principio del daño. En otras palabras, la cuestión a demostrar es si la práctica inmoral de aceptar sobornos es nociva para algún interés digno de protección, pero la «inmoralidad» en sí misma no puede ser ese interés. La misma crítica se aplica a quienes argumentan que el daño radicaría en la deslealtad o infidelidad de los funcionarios públicos.⁶ Los deberes de lealtad o fidelidad de los funcionarios son relevantes para el derecho penal solo en la medida en que puedan

Editora, 2011, pág. 66.

⁵ CNCCorr., sala I, 18-9-96, «Wove, Carlos y otro», J.A. 1998-II-266. Citado por Donna, E. A., «*op. cit.*», pág. 239.

⁶ Véase De la Mata Barranco, N., «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, n.º 17, 2006, pág. 93.

afectar intereses merecedores de protección, y esto es justamente aquello que debe probarse.

En definitiva, el problema de estos enfoques es que se centran en el vínculo de los funcionarios con la administración pública, más que en la relación de la administración con los ciudadanos. Pero no puede sostenerse, sin caer en una visión autoritaria, que el Estado tenga algo así como un «interés» en el cumplimiento de los deberes de los funcionarios. Por el contrario, la administración pública y los deberes de sus agentes existen para satisfacer intereses de los ciudadanos, no como fines en sí mismos.⁷

Ahora bien, lo que a menudo se afirma es que la práctica de aceptar sobornos importa, más que por la inmoralidad de los funcionarios o por la violación de los deberes del cargo, por su capacidad de afectación del funcionamiento adecuado del Estado. Así se expresa mayormente la doctrina nacional:

El cohecho es, genéricamente, un delito contra la administración pública. Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo. La venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.⁸

En el mismo sentido:

El interés jurídicamente tutelado no es otro que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública en sentido amplio, abarcativo tanto del Poder Judicial como de los restantes poderes y funciones del Estado. En definitiva lo que se protege es la función pública, entendida como el regular, orde-

⁷ «Ibíd», pág. 98.

⁸ Fontán Balestra, C., *Tratado de derecho penal. Parte Especial*, Tomo VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, Pág. 846.

nado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, pero con la idea de que no sólo se refiere a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos.⁹

Si bien la aceptación de sobornos para realizar actos contrarios a los deberes de los funcionarios puede poner en riesgo el normal desenvolvimiento de la administración pública, y más precisamente la legalidad de los actos del Estado, no parece claro que la aceptación de sobornos a cambio de actos que los funcionarios están obligados a realizar ocasione los mismos resultados. En otros términos: ¿de qué modo afecta el correcto funcionamiento de la administración o la normalidad de su desenvolvimiento, quien acepta un soborno para realizar un acto que de todos modos debe cumplir?

Un modo de responder a este interrogante es identificar el bien jurídico del cohecho con la «buena imagen» o, más específicamente, con la «confianza en la administración pública». Así, en términos de Loos:

Visto 'hacia afuera', los casos de cohecho amenazan la 'confianza del público en la objetividad de las decisiones de la administración', o expresado en términos sociológico-sistémicos, queda amenazada la disposición del entorno del sistema a 'aceptar' tales decisiones. La formulación sociológica permite ver con claridad la importancia de la 'confianza' del público. Sin un mínimo de obediencia de los ciudadanos, la Administración estatal se desmoronaría; basta pensar que en contra de todos los actos administrativos que suponen una carga, se levantarían oposición y, en seguida, quejas (...) La merma de la confianza en la integridad de la Administración perjudica la disposición a aceptar las decisiones y, con ello, menoscaba directamente una condición funcional de la Administración estatal.¹⁰

⁹ Rúa, G., «Cohecho y Tráfico de influencias», en Baigún, D. y Zaffaroni, R. G. (directores), Terragni, M. A. (coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pág. 540.

¹⁰ Loos, F., «Del Bien Jurídico en los delitos de cohecho» (Traducción de José Luis

Se ha argumentado que la confianza en la Administración no puede constituir el interés jurídicamente protegido por el delito de cohecho, ya que en un Estado en el cual la corrupción fuera un fenómeno habitual y en el que nadie confiara en la Administración, no existiría ninguna confianza que proteger y, por consiguiente, el castigo del cohecho estaría injustificado.¹¹ Pero esta crítica es bastante débil. Aun en un Estado en donde ningún ciudadano confiara en la administración, tendría sentido castigar el cohecho si ello sirviera para reafirmar la confianza perdida o para crear un sentimiento de confianza.

El problema de la tesis de la confianza es otro. Es posible que la aceptación de sobornos disminuya la confianza de los ciudadanos en la administración pública. También es plausible sostener que sin un mínimo grado de obediencia el Estado se desmoronaría. Sin embargo, tal merma en la confianza no puede computarse estrictamente como el ‘daño’ que produce el cohecho. En efecto, si se demostrara que los sobornos, en realidad, incrementan la eficiencia y la capacidad de funcionamiento de la administración, la falta de confianza de los ciudadanos estaría injustificada y el Estado, más que castigar a quienes cometen cohecho, debería persuadir al resto a confiar en los funcionarios corruptos.¹² Es decir, lo que realmente importa es aquello que constituye el objeto de la confianza y no la confianza en sí misma. Con otras

Germán Dalbora), en Ambos, K. y Radtke, H. (Coordinadores), *Estudios filosóficos-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 157. En el mismo sentido, Lombana Villalba, J., *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, pág. 203.

¹¹ Kindhäuser, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán» (Traducción de Percy García Caveró), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, 2007, pág. 9.

¹² El argumento puede parecer extraño, pero algunos economistas han intentado demostrar que en ciertos contextos los sobornos incrementan la eficiencia de la Administración Pública y, por consiguiente, deberían ser legalizados. Al respecto, véase Shleifer, A. y Vishny, R. «Corruption» (May 1993), *NBER*, Working Paper No. w4372, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=227027>, pág. 4. También Rose Ackerman, S., *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, pág. 21.

palabras: la desconfianza debe estar justificada y si está justificada es porque los sobornos producen un mal funcionamiento de la administración pública, entonces ya no es necesario recurrir a la desconfianza para justificar la criminalización.

4. La imparcialidad como bien jurídico

De acuerdo a otro punto de vista, el delito de cohecho protege la «imparcialidad» de los funcionarios públicos, la que se vería afectada por la aceptación de sobornos. Así, entre otros autores, se expresa Kindhäuser:

El ejercicio de un poder de decisión estatal solamente puede discurrir por las vías del Derecho Público si su independencia está asegurada institucionalmente de ventajas inexas. En cierta medida, debe formar parte de las condiciones elementales de la Administración Pública el hecho de que en sus fundamentos de decisión no puedan encontrar cabida ventajas no fundadas objetivamente, con absoluta independencia de si estas ventajas influyen o no finalmente en la decisión.¹³

En el mismo sentido, Valeije Alvarez sostiene:

Partiendo de la base de que una definición del bien jurídico debe, si no desprenderse directamente, sí al menos estar apoyada en las prescripciones del texto constitucional, se ha tratado de relacionar el delito de cohecho con el principio de imparcialidad (...) En el delito de cohecho este interés resulta ofendido cada vez que los órganos de la Administración, manteniendo relaciones o sufriendo influencias de particulares, fuera de los casos permitidos por las leyes, someten, por ánimo de lucro, la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de fines privados que son, en la mayor parte de las ocasiones, incompatibles con los intereses generales de toda la colectividad.¹⁴

¹³ Kindhäuser, U., «*op. cit.*», pág. 10.

¹⁴ Valeije Alvarez, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pág. 35.

Es posible que la idea de imparcialidad, en tanto se precise su alcance, ofrezca una razón válida para justificar la criminalización del cohecho. En un sentido positivo, puede entenderse por imparcialidad el deber de los funcionarios de evaluar todos los intereses involucrados en un proceso, con carácter previo a la adopción de una decisión. Ello presupone un sentido negativo de la imparcialidad, según el cual para poder evaluar todos los intereses en juego es necesario que los funcionarios no estén comprometidos con alguno de ellos.¹⁵ La aceptación de un soborno supondría una afectación de la imparcialidad, en tanto el funcionario asume un compromiso con uno de los intereses implicados en el procedimiento.

De todos modos, para que esta perspectiva pueda ser aceptada es necesario demostrar que la protección de la imparcialidad sirve para proteger intereses valiosos. Con otras palabras, lo que debe probarse es que alguien resulta perjudicado cuando los funcionarios públicos comprometen su imparcialidad por medio de la aceptación de sobornos. En lo que sigue, se distinguirán tres hipótesis diferentes que demuestran por qué la defensa de la imparcialidad resulta relevante.

4.1 Primera hipótesis

La primera se relaciona con el valor instrumental de un procedimiento, es decir, con la corrección de sus resultados (del *qué* se decide).¹⁶ En este sentido, el valor de un procedimiento imparcial radicaría en su capacidad para proporcionar decisiones correctas. Si bien los mecanismos institucionales para tomar decisiones son siempre falibles, no todos lo son en el mismo grado. Así, por ejemplo, será suficiente con mostrar que *en general* los jueces imparciales deciden mejor que los jueces corruptos, más allá de que eventualmente existan casos en los que aceptar un soborno no provoque una decisión contraria a las nor-

¹⁵ Para un análisis del concepto de imparcialidad, véase Guerrini, R. y Guidi, D. «Bribery in Italy: an outlook on present laws and perspectives on reform», en Horder, J. y Alldridge, P. (Eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pág. 101.

¹⁶ Bayón, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, n° 1, 2000, pág. 85.

mas vigentes. Si esto es así, entonces la defensa de la imparcialidad estará justificada como medio para proteger la legalidad de los actos del Estado. Con otras palabras, el castigo del ofrecimiento y aceptación de sobornos se justificaría en el riesgo, al menos en abstracto, que estas prácticas ocasionan a la vigencia de las normas.

Ahora bien, en la medida en que los sobornos favorecen la adopción de decisiones contrarias a las normas, la expansión del cohecho configura una amenaza seria para intereses individuales de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en un Estado en el cual los fiscales y los jueces estuvieran dispuestos a recibir sobornos, cualquiera podría ser acusado de un delito que no cometió, o conminado a pagar deudas que no contrajo. En un escenario de esas características, los derechos de los ciudadanos, tales como la propiedad privada o la libertad ambulatoria, quedarían a merced del mejor postor. En este sentido, la administración regular e imparcial de la ley sirve a la protección de las libertades individuales.¹⁷

Pero, además de amenazar intereses individuales de los ciudadanos, la práctica del soborno deteriora la vigencia misma de las normas y, por consiguiente, altera la función social que cumple el derecho. En efecto, el sostenimiento de las normas es algo valioso en sí, esto es, independientemente de su contenido;¹⁸ ello se debe a que proporcionan un modelo de conducta a los individuos y, así, cumplen la función de orientar sus acciones. Las normas posibilitan a los individuos ajustarse a determinadas expectativas de comportamiento y, de este modo, hacen la vida social más predecible y ordenada.¹⁹ Todos saben que esperar de los otros y cómo actuar en diferentes circunstancias porque el derecho mantiene vigentes esas expectativas. Pero para que un sistema jurídico pueda cumplir esa función es imprescindible que las normas puedan ser ejecutadas coactivamente, lo cual supone la existencia de un

¹⁷ Rawls, J., *Teoría de la Justicia* [Traducción de María Dolores González], México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 222.

¹⁸ Peralta, J. M., «Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico», *InDret*, 2/2008, Pág. 9.

¹⁹ Hollingshead, A., «The Concept of Social Control», *American Sociological Review*, Vol 6., No. 2, 1941, pág. 220. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2085551>

cuerpo de funcionarios encargados de aplicarlas.²⁰ Si las personas pudieran decidir a su antojo obedecer o no las leyes mediante el pago de sobornos a los funcionarios, la función de coordinación social que cumple el derecho se tornaría imposible.

En definitiva, la defensa de la imparcialidad de los funcionarios públicos se fundamenta en su valor instrumental, en tanto sirve a la aplicación regular o certera de las normas y, con ello, a la protección de derechos individuales y al cumplimiento de la función de coordinación social del derecho.

4.2 Segunda hipótesis

En segundo lugar, la protección de la imparcialidad puede fundamentarse en el valor intrínseco del procedimiento (del *cómo* se decide).²¹ Es decir, más allá de los resultados que arroje su aplicación, ciertas reglas procedimentales serían valiosas en sí mismas. Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento democrático de sanción de las leyes. La elección de representantes por medio del voto permite que los intereses de todos los ciudadanos sean en cierta medida tenidos en cuenta en la creación de las normas.²² De este modo, la representación democrática garantiza, en mayor grado que otras formas de organización política, la participación igualitaria de los ciudadanos en la toma de decisiones. La virtud del procedimiento democrático no reside necesariamente en garantizar mejores decisiones, sino en permitir la consideración de las preferencias de todos los ciudadanos.

Ahora bien, si se presta atención a esta distinción, es posible comprender por qué la afectación de la imparcialidad es relevante aun en casos en los cuales la decisión del funcionario no es contraria a sus deberes. Piénsese en el siguiente ejemplo:

²⁰ Weber, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora), Madrid, Fondo de cultura económica, 2002, pág. 252. Rawls, John. «*Op. Cit.*» p. 222.

²¹ Bayón, J. C., «*op. cit.*», pág. 85.

²² Peralta, J. M., «*op. cit.*» pág. 9.

Un funcionario del ministerio de educación debe entregar un subsidio para la compra de computadoras a una de las escuelas de la ciudad. El funcionario se encuentra facultado para elegir a cualquiera de esas escuelas. Además, ninguna tiene características que la hagan especialmente preferible a las demás. El director de una de las escuelas ofrece un soborno para que el subsidio sea entregado a la institución que él dirige. El funcionario acepta el soborno.

La cuestión aquí no puede radicar en el disvalor del resultado, pues nadie puede considerarse perjudicado en este caso si el subsidio le es otorgado a otro. Su incorrección parece estar, más que en el resultado alcanzado, en el procedimiento seguido por el funcionario. En este sentido, vale la pena hacer algunas aclaraciones conceptuales para entender qué significa exactamente que haya un problema con el procedimiento.

Rawls, en su famosa «Teoría de la Justicia», propone distinguir tres conceptos de justicia procesal: justicia procesal perfecta, justicia procesal imperfecta y justicia puramente procesal.²³ La justicia procesal perfecta se caracteriza por la existencia de un criterio independiente que define el resultado correcto y por un procedimiento capaz de producir con seguridad ese resultado. El ejemplo propuesto por Rawls es el método para dividir un pastel en partes iguales. Para asegurarse que ninguno pueda obtener una porción mayor a la de los demás, la solución es que quien divida el pastel tome la última porción, permitiendo que los demás escojan antes. En este caso, existe tanto un criterio independiente que define el resultado correcto (dividir el pastel en partes iguales) como un procedimiento que garantiza la producción segura de ese resultado.

La justicia procesal imperfecta también supone la existencia de un criterio independiente para definir cuál es el resultado correcto, pero ningún procedimiento garantiza con seguridad alcanzar ese resultado.²⁴ Rawls ilustra este criterio con el ejemplo de un juicio penal. A pesar de

²³ Rawls, J., «*op. cit.*», pág. 89.

²⁴ «Ibíd», pág. 90.

que las normas procesales están diseñadas para conocer la verdad, siempre existirá un riesgo de arribar a una decisión equivocada. Ningún sistema procesal puede evitar completamente que algunos culpables sean absueltos, o que algunos inocentes sean condenados. En verdad, la mayoría de las instituciones reales son casos de justicia procesal imperfecta; por el contrario, como señala Rawls, los procedimientos infalibles constituyen una rareza.

Por último, la justicia puramente procesal se presenta cuando solo existe un procedimiento imparcial, pero no hay ningún criterio independiente para definir el resultado correcto. En otras palabras, el resultado será correcto siempre y cuando se haya seguido debidamente el procedimiento.²⁵ Un ejemplo de justicia puramente procesal son las apuestas; sea que gane un apostador u otro, la distribución del dinero de las apuestas será justa en la medida en que se cumplan ciertas reglas procedimentales (vgr.: que nadie sea excluido arbitrariamente de participar, que los apostadores no tengan capacidad de influencia sobre el evento que constituye la apuesta, etc.).

Los casos en los cuales el funcionario está facultado a elegir entre distintas alternativas igualmente válidas pueden ser analizados como casos de justicia puramente procesal. En el ejemplo mencionado más arriba, no existe ningún criterio para definir la escuela que debe recibir el subsidio. Por el contrario, la selección de cualquiera de ellas es una decisión correcta. El problema es que la decisión de una de las alternativas por el pago de un soborno, es un procedimiento que no garantiza la igualdad de oportunidades para todos los interesados. Los demás son privados injustamente de toda chance o posibilidad de obtener el subsidio. En otros términos, el interés del sobornador es privilegiado arbitrariamente por sobre todos los otros intereses.

Existen otros supuestos en los cuales la situación es similar. Piénsese en el trámite parlamentario para la sanción de una ley destinada a regular la minería. En un caso como este, son muchos los intereses involucrados: el de las compañías mineras en obtener mayores ganancias, el de los miembros de la comunidad en un medio ambiente sano y en la recaudación de impuestos, el de los trabajadores mineros en con-

²⁵ «Ídem».

servar sus empleos, el de otras industrias eventualmente beneficiadas por la minería, etc. Si los legisladores aceptaran sobornos de las compañías mineras para dictar una ley a medida de sus intereses, ocasionarían un perjuicio a todos los otros intereses que se encuentran implicados en el proceso. Por supuesto, el procedimiento democrático tampoco asegura que esos intereses se conviertan definitivamente en ley, solo prevé determinados mecanismos para que sean tenidos en cuenta en la deliberación parlamentaria. El problema del soborno es que constituye un procedimiento arbitrario para decidir, porque excluye sin una razón válida al resto de los intereses involucrados.²⁶

En definitiva, en casos donde el único criterio para definir la corrección de una decisión es procesal, el cohecho resulta perjudicial para los intereses excluidos por el procedimiento del soborno.

4.3 Tercera hipótesis

Finalmente, puede pensarse en ciertos casos en los cuales la violación de un procedimiento imparcial no crea un riesgo de adopción de decisiones contrarias a las normas, ni tampoco perjudica arbitrariamente a otros intereses implicados en ese procedimiento. Piénsese en el siguiente ejemplo:

Un empleado del registro civil está obligado a entregar a menos diez pasaportes por día de trabajo. Luego de entregar los diez pasaportes diarios, una persona ofrece un soborno al empleado para que le entregue un pasaporte adicional. El empleado acepta el soborno.²⁷

²⁶ Por supuesto, no todos consideran a los procedimientos para la toma de decisiones políticas casos de justicia puramente procesal. Para aquellos que reconocen la existencia de principios morales verdaderos y derechos que se derivan de ellos, siempre es posible que las decisiones políticas democráticas violen derechos de las personas que la teoría de la justicia reconoce. Para estos autores, el procedimiento democrático es un caso de justicia procesal imperfecta. Al respecto, véase Moreso, J. J., «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, n° 1, 2000, pág. 30.

²⁷ El ejemplo es una modificación de un caso planteado por Stein. Al respecto, véase Stein, A., «Corrupt intentions: bribery, unlawful gratuity, and honest-services fraud», *Law and Contemporary Problems*, Volume 75, Number 2, 2012, pág. 63.

Como señala Alex Stein, en este escenario nadie resulta perjudicado.²⁸ El empleado no entrega al ciudadano algo que él no tuviera derecho a obtener del Estado y los demás ciudadanos no sufren demoras por el trámite adicional que realiza el empleado. Por el contrario, el agente introduce una mejora en el funcionamiento del Estado, dado que ahora se entregan mayor cantidad de pasaportes que antes del soborno. Por supuesto, el empleado oculta al Estado que él puede ser más productivo y se aprovecha del desconocimiento de esa situación para obtener una ganancia. Asimismo, son los ciudadanos que pagan sobornos quienes financian la mejora de la eficiencia burocrática. De todos modos, ello no obsta al hecho de que el soborno contribuye a que la administración pública funcione mejor.

En esta hipótesis, el cohecho constituye un ilícito inocuo, lo que hace difícil justificar su criminalización a la luz del principio del daño. Por ello, algunos economistas han sostenido que el soborno debe ser legalizado en contextos en los cuales los pagos operan como incentivos salariales para que los funcionarios trabajen más eficientemente.²⁹ Sin embargo, como sostiene Rose Ackerman, la tolerancia a la práctica del soborno puede ocasionar daños a largo plazo. Ciertamente, en caso de que el cohecho estuviera permitido, los funcionarios no solo se limitarían a recibir pasivamente los pagos que les ofrecieran, sino que también rediseñarían sus actividades para hacerlas más rentables. Es decir, los agentes estatales seguramente tenderán a crear escasez y retrasos burocráticos para incrementar la cantidad de personas interesadas en pagar sobornos y, de esta manera, recaudar mayores ganancias.³⁰ Como consecuencia, las personas que no estén dispuestas a pagar a los funcionarios sufrirán aún mayores retrasos y trabas burocráticas.

Aquí, sin embargo, la situación es bastante diferente a las dos hipótesis anteriores. Nadie puede considerarse directamente perjudicado por la aceptación del soborno del empleado estatal. En todo caso, los daños sobrevendrían por la ausencia de criminalización del cohe-

²⁸ «Ídem».

²⁹ Rose Ackerman, S., «*op. cit.*», pág. 21.

³⁰ «Íbid», pág. 22. La autora cita estudios empíricos sobre las consecuencias para la administración pública de una política de tolerancia a la práctica del soborno.

cho, no por el cohecho mismo. De todos modos, como sostiene John Gardner, el principio del daño no exige que toda acción prohibida ocasione o pueda ocasionar un daño a otros; por el contrario, es suficiente que el castigo penal sirva para prevenir daños.³¹ En este sentido, al igual que muchos otros delitos, el cohecho pasa exitosamente este test.³² Aun cuando se presenten casos en los que el soborno es inofensivo, o incluso beneficioso, la no criminalización de esta práctica perjudicaría a largo plazo a quienes no ofrezcan sobornos. En última instancia, el peligro es que los funcionarios públicos solo trabajen para los terceros que les paguen.

5. Conclusión

Como se señaló al comienzo, la determinación del interés protegido por el delito de cohecho es una cuestión controvertida en la discusión dogmática.

Desde la perspectiva jurídico-penal, la tarea es relevante. Las prácticas corruptas de los funcionarios públicos, como la aceptación de sobornos, interesan al derecho penal siempre que puedan ocasionar un perjuicio a intereses individuales o colectivos merecedores de protección, aunque en ocasiones pareciera que esta premisa se pierde de vista.³³

En este trabajo se ha sostenido que el cohecho protege la imparcialidad de los funcionarios públicos. Se ofrecieron tres razones en favor de esta perspectiva. Según la primera, la imparcialidad debería protegerse por el interés de los miembros de la sociedad en el cumplimiento de las normas. Es decir, la importancia de que los funcionarios no acepten sobornos reside en la necesidad de evitar que tomen decisiones

³¹ Gardner, J., «La ilicitud de la violación», en Gardner, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Traducción de María Laura Manrique y José Milton Peralta), Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 51.

³² En el mismo sentido, Horder, J., «Bribery as a form of criminal wrongdoing», *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, pág. 50.

³³ De la Mata Barranco, N., «*op. cit.*», pág. 82.

en conflicto con la legalidad. De acuerdo a la segunda, la violación de un procedimiento imparcial, independientemente del contenido de la decisión, puede ocasionar un perjuicio a ciertos intereses implicados en ese procedimiento, los que son arbitrariamente excluidos por la práctica del soborno. En tercer lugar, aunque en ocasiones el compromiso de los funcionarios con los intereses de los sobornadores sea inocuo, a largo plazo puede introducir incentivos nocivos para el resto de los ciudadanos.

De todos modos, para ser lo suficientemente fecunda, la perspectiva desarrollada requiere de mayor desarrollo y fundamentación. Si permite dar cuenta de todos los casos problemáticos y conformarse plenamente a nuestras intuiciones sobre el cohecho, es algo que aún debe demostrarse. En todo caso, el objetivo del trabajo ha sido simplemente plantear, de un modo algo esquemático, una posible respuesta al problema del bien jurídico protegido por este delito.

Referencias bibliográficas

- Bayón, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, n° 1, año 2000, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp4551>
- Clemente, J. L. y Ríos, C. I., *Cohecho y Tráfico de influencias*, Córdoba, Lerner Editora, 2011.
- De la Mata Barranco, N., «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2° Época, n.º 17, 2006.
- Donna, E. A., *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Fontán Balestra, C. «*Tratado de derecho penal. Parte Especial*», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. VII.
- Gardner, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Traducción de María Laura Manrique y José Milton Peralta), Madrid, Marcial Pons, 2012.

- Green, S.P., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Guerrini, R. y Guidi, D. «Bribery in Italy: an outlook on present laws and perspectives on reform», en Horder, J. y Alldridge, P. (Eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Hollingshead, A. «The Concept of Social Control», *American Sociological Review*, Vol 6, No. 2, (Apr., 1941). Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2085551>
- Horder, J., «Bribery as a form of criminal wrongdoing», *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, pp. 37-54.
- Kindhäuser, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán» (Traducción de Percy García Cavero), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n° 3, 2007.
- Lombana Villalba, J., *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- Loos, F., «Del Bien Jurídico en los delitos de cohecho» (Traducción de José Luis Germán Dalbora), en Ambos, K. y Radtke, H. (Coordinadores), *Estudios filosóficos-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- Moreso, J. J., «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, n° 1, año 2000, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqn6m5>
- Peralta, J. M., «Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico», *InDret*, n° 2, 2008, disponible en <http://www.indret.com/pdf/529.pdf>
- Rawls, J., «*Teoría de la Justicia*» (Traducción de María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

- Rose Ackerman, S., *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011.
- Rua, G., «Cohecho y Tráfico de influencias», en Baigún, D. y Zaffaroni, R. G. (directores), Terragni, M. A. (coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Vol. 10, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Shleifer, A. y Vishny, R. «Corruption» (May 1993), *NBER*, Working Paper No. w4372, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=227027>
- Stein, A., «Corrupt intentions: bribery, unlawful gratuity, and honest-services fraud», *Law and Contemporary Problems*, Volume 75, Number 2, 2012.
- Weber, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora), Madrid, Fondo de cultura económica, 2002.

El tratamiento del Habeas Corpus Preventivo en la ciudad de Córdoba, ¿una garantía que (des)protege la libertad ambulatoria?

por Magalí Vereda*

Resumen: El presente ensayo tiene por objeto abordar el tratamiento que se da al instituto del Habeas Corpus Preventivo, tanto desde la legislación provincial vigente como, y especialmente, desde sus prácticas. La pregunta que se pretende abordar primeramente es: de acuerdo al modo en que son resueltos los Habeas Corpus Preventivos por los jueces de los Juzgados de Control de la ciudad de Córdoba, ¿se protege la libertad ambulatoria?; para dar respuesta a ello, debe preguntarse también, ¿Qué establece la legislación provincial al respecto?, ¿Qué ocurre en las prácticas?, lo que extenderá aún más los interrogantes: ¿cómo se concibe la amenaza a la libertad ambulatoria?, ¿de qué manera ésta es probada?, ¿cómo debería resolverse?

Palabras clave: habeas corpus preventivo, libertad ambulatoria, amenaza, procedimiento.

Abstract: This essay aims to address the treatment given to the Institute of Preventive Habeas Corpus, in both, existing provincial legislation and, especially, in their practices. The question to be addressed first is, according to how Preventive Habeas Corpus are resolved by the judges of the Courts of control of the city of Cordoba, is freedom of movement

* Abogada, empleada de Asesoría Letrada Penal en Víctimas del Poder Judicial de la ciudad de Córdoba, adscripta en Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho, UNC, Córdoba Argentina, maguivereda@gmail.com

protected?; to respond to it, it should also be asked about what does the provincial legislation do in this regard?, what happens in practice?, which will lead to further questions: how the threat to freedom of movement is conceived?, in which way it is proven?, how should it be resolved?

Keywords: Preventive Habeas Corpus, freedom of movement, threat, procedement.

1. Introducción

El Habeas Corpus Preventivo (en adelante HCP) se entiende conceptualmente, como la acción que garantiza la protección de la libertad física frente a una amenaza real, y no meramente presuntiva por parte de autoridad competente¹. Así en el presente trabajo, se analizará conceptualmente el instituto del Habeas Corpus, junto otros conceptos relacionados, para luego ingresar al campo normativo acerca de la relación (conflictiva) entre la legislación nacional, provincial y algunos fallos del Tribunal Superior de Justicia y Autos Interlocutorios (en adelante AI) de la Cámara de Acusación y de los Juzgados de Control de nuestra ciudad. Para analizar su aplicación se utilizará el trabajo de campo realizado en el marco de la investigación: «El Control Judicial de la Políticas de Seguridad a través del Habeas Corpus»² (en adelante Informe sobre Habeas Corpus 2015), en donde tuve la posibilidad de

¹ En las resoluciones analizadas la autoridad competente está representada por agencias policiales de la Provincia de Córdoba.

² «El Control Judicial de la Políticas de Seguridad a través del Habeas Corpus», proyecto de la Cátedra de Ética y Teoría Política de la Facultad de Derecho de la UNC, en el Centro de Investigaciones de la FDyCS de la UNC, becado por INFOJUS; publicado en noviembre de 2015; en donde se relevaron y sistematizaron resoluciones de Habeas Corpus Preventivos y se realizaron entrevistas tanto a jueces de Juzgados de Control de nuestra ciudad como a personas que presentaron HCP como remedio protectorio de su libertad ambulatoria. Disponible en línea: https://www.academia.edu/17587092/Informe_El_control_judicial_de_las_pol%C3%A9ticas_de_seguridad_a_trav%C3%A9s_del_habeas_corpus

participar tanto en la redacción del informe final como en el trabajo de campo; de allí se tomarán en cuenta algunos de los datos de las resoluciones relevadas entre los años 2012 a 2014; se pondrá especialmente en consideración la labor y percepción —tomadas de entrevistas— de algunos magistrados del poder judicial, quienes resuelven sobre el instituto en estudio. Por último, se realizará una leve descripción de la reglamentación del Habeas Corpus Preventivo en otras provincias, en pos de mostrar la pertinencia de nuevas, superadoras y posibles propuestas.

El instituto del Habeas Corpus Preventivo (HCP) se encuentra legislado en el art. 3 inc. 1 de la Ley Nacional 23.098, la cual legisla —en sus capítulos II y III— el procedimiento del Habeas Corpus (en adelante HC); sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de provincia de Córdoba confirmó, en la causa «Möller»³, la existencia de un «vacío normativo» respecto al procedimiento para su aplicación en la provincia de Córdoba. Frente a ello se han dictado un conjunto de resoluciones que, en mi opinión, han venido a establecer algunas pautas o guías, que deberían ser tenidas en cuenta a los fines de tutelar el derecho de defensa del accionante.

La cuestión del vacío normativo deviene relevante luego de cruzar nuestro análisis con los datos obtenidos en el Informe sobre Habeas Corpus 2015, en donde se observa, un gran porcentaje de rechazos de los HCP, falta de uniformidad de la legislación aplicable, insuficiente producción probatoria, falta de fundamento en sus rechazos, casi inexistente participación del damnificado y, de acuerdo a mi intuición, la errónea concepción del concepto de amenaza a la libertad ambulatoria.

En suma, este trabajo nos permitirá, analizar cómo el espíritu del HCP, tiende a modificarse en su aplicación, cuáles son las críticas realizables sobre sus prácticas y qué recaudos deberían tenerse en cuenta frente al escenario de vacío normativo procedimental.

³ TSJ. Sala Penal, S. n° 112, 30/4/2010, «Habeas corpus presentado por María Angélica de Möller -Recurso de Casación-». Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

2. Conceptualización del Habeas Corpus Preventivo.

Nuestra Constitución Nacional (CN), desde su creación consagró en el preámbulo como objetivo constitucional el «asegurar la libertad.» Desde ese tiempo «el Poder Judicial está a cargo de garantías para preservar, especialmente, la libertad personal. El art. 18 de la CN prevé la inviolabilidad de la defensa en juicio, la ilegalidad de las detenciones que no se hagan en virtud de orden escrita de autoridad competente, y la presunción de inocencia, entre otras cláusulas. A partir del art. 18 se derivó la existencia del hábeas corpus.⁴

En este trabajo se hace referencia a la *libertad personal*; parte de la doctrina sostiene que «hoy en día, una de las formas para conocer el nivel de desarrollo democrático y constitucional de un Estado es: analizando el respeto por la libertad personal, su ejercicio y apreciar si los mecanismos previstos para la protección y defensa de este derecho fundamental resultan eficaces. En este sentido, el habeas corpus es una institución de un amplio alcance social, jurídico y político.»⁵

Con la última reforma constitucional, en el año 1994, ingresa como garantía constitucional⁶ el instituto del Habeas Corpus, así el artículo 43 establece:

Quando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez

⁴ Etchichury, H., *Igualdad Desatada: La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, UNC, 2013, pág. 237. Disponible en https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/777/Igualdad%20desatada_Etchichury-final.pdf

⁵ Ordóñez Ganoza, S.C., *Tesis: El Desarrollo del Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Internacional de Andalucía, 2012, pág. 8. Disponible en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2263/0390_Ordenez.pdf?sequence=1

⁶ Para ampliar el concepto de HC como Garantía Constitucional, ver: Mocoeroa, J. M., «La concepción estándar del hábeas corpus: una interpretación insuficientemente garantista», en Rivera, J. C. (H) y otros, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. III, Argentina, Abeledo Perrot, 2014, págs. 1091-1123.

resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La historia del instituto en estudio se remonta al siglo XIX en nuestro continente⁷. Doctrinarios como Néstor Sagüés, afirma que «el habeas corpus es la garantía más importante porque del ejercicio del derecho a la libertad dependen los demás derechos.» El doctrinario García Belaúnde sostiene que el Habeas Corpus «es una garantía de jerarquía constitucional que tiene por objeto eliminar todo obstáculo al normal ejercicio de la libertad física en los siguientes supuestos: restricción ilegítima de la libertad; amenaza concreta y actual de restricción de la libertad; prolongación indebida de la privación de la libertad por autoridad competente, cuando no exista ningún recurso o acción, o cuando en el caso de que existan, no prodiguen la misma protección que el hábeas corpus, en consideración al tiempo, prolongación indebida de la forma y condiciones en que se cumple la detención.»⁸

El Habeas Corpus es la acción que garantiza la protección de la libertad ambulatoria. En nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de HC. Siguiendo a Néstor Sagüés, el Habeas *Clásico o reparador principal* es aquel que debe interponerse frente a un arresto sin orden escrita o resuelta por autoridad incompetente, es decir, ilegal; el beneficiario del HC se encuentra privado de la libertad. El objetivo

⁷ «El HC surge en Inglaterra – Petition of Rights de 1628 como una institución existente y practicada pero no escrita - y llega a América Latina en 1830, fue incorporado por primera vez en la Constitución de 1949, (derogada en 1957); ingresando nuevamente en 1994. El HC ha tenido un gran desarrollo en América Latina, las continuas dictaduras del siglo pasado lo constituyeron en un instrumento indispensable y con una configuración defensiva de la persona (...) en continentes como el nuestro, inestables y movedizos, la libertad personal es fundamental y se ve de continuo avasallada. Por eso es que en nuestra América, el HC se considera un elemento fundamental para el funcionamiento del sistema democrático.» En García Belaúnde, D., «El Habeas Corpus Latinoamericano», *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, n° 104, mayo-agosto 2002, pág. 375-407. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10509/9838>

⁸ SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional – Habeas Corpus*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pág. 225.

es que el juez corrobore la legalidad de la detención y, en caso de no serlo, ordene la libertad. Otro tipo es el *HC Correctivo*, el cual es interpuesto en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención —art. 3 inc. 2 de la Ley 23.098—. Cuando se interpone, el accionante se encuentra legalmente privado de su libertad, y solicita por ejemplo cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido, o para reparar el trato indebido, subsanar la agravación de las limitaciones impuestas, etc. El objetivo es que el juez corrobore si las condiciones de detención son contrarias a la legislación y, en su caso, se coloque al accionante en las condiciones adecuadas. Un tercer tipo de HC, similar al HCP, es el *HC Restrictivo*, que procede ante todo acto u omisión que *sin privar de la libertad genere hostigamiento o alteraciones en el ejercicio de aquella* (C.S.J.N. «Solari Yrigoyen»; Fallos 305:276). En estos casos el sujeto no es privado de su libertad corporal, pero enfrenta hechos de vigilancia abusiva, impedimentos para acceder a ciertos lugares.⁹

El presente ensayo se refiere al HCP, el cual se encuentra reconocido en la Ley Nacional 23.098 art. 3 inc. 1, del año 1984, su procedimiento corresponde ante *acciones u omisiones de autoridad pública que impliquen una amenaza actual a la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente*.¹⁰ El HCP se refiere a «una amenaza de privación de libertad ambulatoria, siempre que sea real y no meramente presuntiva.»¹¹

2.1 Otros conceptos de importancia

En lo que respecta a estos tipos de HC la doctrina constitucional ha tenido oportunidad de ocuparse de otros conceptos que se relacionan con los hechos que aducen quienes interponen HCP; con fines descriptivos y no acabados, se mencionan los conceptos de *amenaza actual, preguntas o requisas policiales en la vía pública, causa probable,*

⁹ «Ídem».

¹⁰ Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Cuarta edición, T.I., Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 660.

¹¹ Sagües, N.P., «*op. cit.*», pág. 223.

sospecha razonable, totalidad de las circunstancias del caso, etc.

Respecto a lo que debe entenderse por *amenaza actual*, locución que da contenido al instituto de HCP y limita su aplicación a cualquier supuesto de hecho. La amenaza se compone principalmente del temor a ser detenido arbitrariamente, sumado a la existencia de indicios objetivos que hagan probable que dicha amenaza acaezca. En la doctrina se sostiene que «para dar contenido a la amenaza actual deberían *computarse las circunstancias del caso y la reiteración de los hechos por parte de las presuntas autoridades*.¹² Resulta de interés contrastar lo que opinan algunos jueces de control de nuestra ciudad respecto al concepto de amenaza, donde se divisa un entendimiento diferente acerca de la amenaza que motiva a una persona interponer un HCP. Así, en algunas entrevistas realizadas en el marco de la investigación citada¹³ al preguntársele por el concepto de amenaza, un juez de control manifestó: «...*la gente se siente amenazada por atribución de delitos comunes*.» Luego preguntado por el concepto de amenaza ilegítima, manifestó «...*tendría que ser una amenaza ilegítima, si la amenaza es que hay una orden* (refiriéndose a una orden de detención o pedido de paradero), *es legítima. La actividad investigativa no puede ser obstaculizada por un habeas corpus (...)* La amenaza concreta sería la orden que no está dentro de la legalidad.»

Otro juez de control se pronunció al respecto de manera siguiente:

...a veces la gente teme ser detenida porque la policía los investiga, entonces en ese caso, se requiere informe en donde surge si hay un pedido de captura, y bueno, si ellos informan que no existe orden de detención, se rechaza, porque no hay motivo, simplemente es gente que se alarma (...) normalmente es gente que ha tenido un problema judicial antes y se sienten investigados; o la policía está haciendo averiguaciones, entonces a ellos les llega ese dato, de que alguien ha preguntado por

¹² Gelli, M. A., «*op. cit.*», pág. 660.

¹³ Seleme, Hugo O., «El Control Judicial de la Políticas de Seguridad a través del Habeas Corpus», Programa de Ética y Teoría Política, Universidad Nacional de Córdoba, 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/17587092/Informe_El_control_judicial_de_las_pol%C3%ADticas_de_seguridad_a_trav%C3%A9s_del_habeas_corpus

ellos, o que se están haciendo investigaciones de terreno observando...y se sienten amenazados de una orden de detención y con este procedimiento se clarifica la situación. Si hay una causa abierta, aunque no haya orden de detención, yo rechazo pero informo de la causa, cosa que la persona se pueda presentar a hacer valer sus derechos en la fiscalía.

Con ello se intenta visibilizar el concepto de amenaza que se encuentra en parte del imaginario de quienes resuelven sobre los HCP. Por un lado se observa que la concepción de amenaza ilegal se concibe ligada a la idea de la existencia de una orden de detención (aunque ésta fuere ilegal); lo que parece no admitir la posibilidad de la existencia de una amenaza a la libertad que acaezca sin orden alguna. Y por otra parte, la noción de que la idea de amenaza a la libertad ambulatoria parece encontrarse sujeta, a la idea de temor del peticionante a ser investigado (o detenido) por ser sospechado de haber cometido algún delito, por tener antecedentes, o bien, por haber sido denunciado. Sin embargo, frente a la situación descrita, también podría preguntarse, si en los hechos, los operadores jurídicos —sean abogados particulares o Asesores Letrados— que presentan HCP, lo realizan a los fines de conocer sobre la existencia de una investigación penal en contra de su (eventual) defendido.

Por otra parte, alguna jurisprudencia, en este caso la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, se ha pronunciado sobre el contenido del concepto amenaza en el marco de la procedencia del HCP, aduciendo que «*deberá constatar* que la fuerza de seguridad o autoridad pública *ponga en peligro* la libertad de una persona en forma ilegítima, esto es, apartándose de las normas que rigen su actuación funcional.»¹⁴ Se resalta el deber de constatación que pesa sobre el juez a la hora de determinar si, la persona que ha interpuesto un HCP, ha visto su libertad ambulatoria amenazada de manera ilegal. En los apartados siguientes se analizarán los medios probatorios solicitados por los jueces a los fines de constatar las amenazas.

¹⁴ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, 25/09/2012 “Giuliano, D’Angelo s/ Habeas Corpus preventivo”, Vocales Abel Sánchez Torres (autor del voto), Luis Rueda y José María Pérez Villalobo.

Otro de los conceptos que resulta de importancia nombrar, en cuanto refiere a la protección de la libertad ambulatoria, es el de las *preguntas o requisas policiales en la vía pública, causa probable, sospecha razonable*, sobre ello se ha pronunciado la CSJN.¹⁵ También el fallo citado (Giuliano, D'Angelo s/ Habeas Corpus preventivo) sostuvo que «debe entenderse que las circunstancias que habilitan a las fuerzas de seguridad a efectuar una requisita personal son excepcionales y la interpretación de las normas que rigen la cuestión debe ser de carácter restrictivo, con la finalidad de no violentar el principio de legalidad.»

Si bien no constituye el objeto del presente trabajo analizar los conceptos descriptos, sí se considera de importancia tenerlos en cuenta en el tratamiento procesal y probatorio que debería darse al HCP, ya que establecen una especie de guía para dilucidar si, lo que acontece en las circunstancias de los hechos que se anuncian, constituyen meros controles de rutina por parte del personal policial sin lesionar derecho constitucional alguno, o bien si en tales hechos se encarna una verdadera amenaza a la libertad personal del damnificado. Ejemplo de ello es el caso del «Habeas Corpus presentado por Cordero Martín Alejandro a su favor»¹⁶, quien poseía certificado de discapacidad y 122 antecedentes contravencionales¹⁷ —por negativa u omisión a identificarse en su

¹⁵ «Ídem». «Respecto a lo que se entendió por «causa probable», el fallo «Terry v. Ohio», 392, U.S., 1, (1968), se sostuvo que «cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, (...) tiene derecho para su propia protección y la de los de la zona, a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo.» También se señaló que «al igual que ocurre con el concepto de «causa probable», la definición de «sospecha razonable» es necesario que sea flexible». Al respecto, la CSJN: «en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se haya relacionado con un hecho ilícito.»

¹⁶ Juzgado de Control N° 2 de la ciudad de Córdoba, Auto Interlocutorio N° 148, de fecha 14/05/2014.

¹⁷ Información obtenida por el pedido de informes de antecedentes realizado por el Juzgado de Control.

mayoría—, en donde solicitó hacer cesar las aprehensiones inmotivadas, ya que cada vez que era aprehendido —en el mismo sitio, plaza San Martín—, el médico de la Unidad de Contención del Aprendido manifestaba que esta persona no estaba en condiciones de ser detenida, por causa de su salud. Frente a esta poco detallada situación, el Juzgado de Control no entendió que la libertad ambulatoria se encontraba amenazada, por lo que ordenó el archivo del HCP. Es de importancia destacar que en la comisaría se debió colocar una foto del damnificado a los fines de no volver a detenerlo.

3. Procedimiento

3.1 En las normas...

Como derecho sustancial que ampara el instituto del HCP, a nivel provincial, nacional e internacional, podemos nombrar legislación referente tanto a detenciones arbitrarias como al acceso a la justicia¹⁸ y a la tutela judicial efectiva, esto es: artículos 18 y 43 —cuarto párrafo— de la Constitución Nacional; artículos 8 y 9 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 7 inc. 6° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 47 —primer y último párrafo— Constitución de Córdoba.

En la provincia de Córdoba no existe procedimiento aplicable al instituto del HC; no son aplicables los capítulos II y III de la Ley 23.098

¹⁸ El acceso a la justicia puede ser entendido como «la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular», en acceso a la justicia puede ser entendido como «la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular», en Ventura Robles, *Estudio sobre el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, t.II, San José, 2011, pág. LIX. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27682.pdf> Ver también artículo 25 de la CADH.

que reglamentan el procedimiento del mismo.¹⁹ Así fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia en el «Habeas corpus presentado por María Angélica de Möller —Recurso de Casación—», en donde se afirmó que dicha reglamentación es parte de las competencias no delegadas por la provincia a la nación, lo cual encuentra fundamento en los arts. 5, 31, 121 y 126 y cctes. de nuestra Constitución.²⁰ En el nombrado fallo se refirió que «las normas que resultan más acordes para integrar el referido vacío normativo son las establecidas en el Código Procesal Penal actualmente vigente en esta provincia.» Esto es la Ley N° 8123, en cuya reforma del año 1987, derogó la reglamentación sobre HC²¹ y se omitió reglamentación alguna sobre el mismo. Sin embargo el TSJ omite pronunciarse acerca de cuáles son los artículos que resultarían aplicables en general, sólo lo hace respecto al plazo estipulado para apelar la resolución que lo rechaza.

Si se realiza una revisión rápida de nuestro Código Procesal Penal, en sus disposiciones respecto a la defensa de la libertad, encontramos algunos artículos referidos al mantenimiento de la libertad que juegan como regla: el artículo 3 acerca de la interpretación restrictiva²², el artículo 269, sobre la restricción de la libertad²³, el artículo 270 referido al mantenimiento de libertad de toda persona que se creyere im-

¹⁹ En dicho procedimiento se establece precisamente la audiencia oral con participación del/los amparado/s (arts. 13 y 14).

²⁰ «...sólo el capítulo I de la ley 23.098 tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación. Por el contrario, la regulación del procedimiento de hábeas corpus resulta materia conservada por las Provincias, conforme a la distribución de competencias establecida en la Constitución de la Nación.» en TSJ. Sala Penal, S. n° 112, 30/4/2010, «Habeas corpus presentado por María Angélica de Möller -Recurso de Casación-»

²¹ Es de importancia recordar que nuestro antiguo Código Procesal Penal de 1939 - Ley 3831, derogada por el decreto ley 5154 ratificado por ley 5606- establecía, en sus artículos 464 al 474, un apartado dedicado a la reglamentación del HC.

²² «...toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso, o establezca sanciones procesales...»

²³ «...solo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley...Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.»

putada en una investigación. Si bien no es materia del presente trabajo analizar la normativa procesal penal, resulta relevante nombrar que nuestro sistema penal normativo legisla sobre el mantenimiento de la libertad como regla ante la comisión de un delito, antes de ser juzgado. Y frente a ello se observa la falta de legislación que reglamente la protección de la libertad ambulatoria cuando delito alguno ha sido cometido. Se puede agregar a esta pequeña revisión lo establecido en la doctrina respecto al alcance del derecho de defensa desde la condición de sospechado «todas las garantías constitucionales en el momento en que una persona es indicada como autor o participe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes (...) puede entonces desde ese momento ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal»²⁴ resaltando en primera instancia que el hecho de ser sospechado habilita el ejercicio de los derechos, cuanto mínimo, a ser oído; situación que rara vez acontece con el accionante de HCP en nuestros tribunales, como se verá más adelante.

El descripto vacío normativo se hace visible en las resoluciones relevadas, ya que en las mismas no se observa uniformidad en las leyes citadas, para dar fundamento a sus mayoritarios rechazos. Este dato fue obtenido del informe sobre Habeas Corpus 2015, donde surge que en el 17% de las resoluciones relevadas se hizo referencia a la Ley 3831 —Código Procesal Penal Derogado en 1987—, en mayor proporción se aludió a la Constitución Provincial —artículo 47— y al art. 3 de la Ley 23.098 y en una menor cantidad se citó a la Constitución Nacional —art. 18 y 43—; respecto al Código Procesal Penal vigente, siendo éste la legislación aplicable luego del fallo Möller, se observan en el 10% algunas citaciones referidas a los artículos 464 y 471 del C.P.P, a los fines de resolver la intervención de otro órgano jurisdiccional cuando el peticionante posee causas abiertas en Fiscalía de Instrucción.

Respecto a la aplicabilidad de las normas, de las entrevistas realizadas a jueces de la ciudad surgió lo siguiente:

²⁴ Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, Pág. 539-552.

En caso de habeas corpus clásico y preventivo es el mismo. Está en la constitución que es operativa, yo aplico la disposición constitucional. En el orden nacional hay una ley para el habeas corpus, pero en la práctica lo hacemos de una manera totalmente informalizada, se pide el informe y se da una respuesta rápida.

La cuestión de los «pedidos de informe» se tratará en el apartado siguiente, sin embargo, se resalta de la cita la concepción de «procedimiento informal» que se tiene de la aplicación del HCP por parte de algunos de los órganos decisores.

3.2 Procedimiento en las prácticas...

Resulta interesante comparar lo que sucede en las prácticas frente al escenario de *vacío normativo* descrito; así desde el informe sobre Habeas Corpus 2015, se puede afirmar que, el tratamiento que se realiza en los Juzgados de Control a los fines de resolver los HCP, no posee una práctica procedimental uniforme; en algunos casos se oficia a algunas Unidades Judiciales y/o a los titulares de las Comisarías del lugar donde normalmente ocurren los hechos —amenazas—, o bien a las 22 Unidades Judiciales de la ciudad, algunas veces se oficia a Jefatura de Policía, al Director de la Unidad de Contención del Aprehendido —U.C.A.—, a los fines de solicitarles información acerca del peticionante. Esto es, si el mismo está siendo investigado por alguna fiscalía y en su caso si posee pedido de paradero o captura. Así, en cerca del 90% de los HCP relevados se observó que, cuando de los pedidos de informe no surge investigación penal preparatoria, pedido de paradero o de captura en curso, el HCP es rechazado; resultado que me lleva a intuir que, el órgano decisor entiende que no existe amenaza a la libertad personal toda vez que no exista una orden de autoridad competente que autorice la privación de la libertad ambulatoria.

De manera clara lo explica uno de los jueces en la entrevista:

(...) Si me dicen temo por mi libertad y resulta que no hay orden de detención, bueno se lo informa, punto. Si hay una causa abierta, porque a veces ocurre que la persona ha sido denunciada, no hay orden de detención, pero le llega la noticia

que lo han denunciado, entonces teme que lo vayan a detener. Presenta el pedido (de HCP), se confirma que sí hay denuncia, (hay) una investigación en trámite, pero no hay orden de detención. En ese caso debo saber del resultado de la averiguación a fin que él prosiga el trámite frente a la fiscalía que corresponda.

En la mayoría de los casos, existe un único medio probatorio utilizado por los jueces de control: el pedido de informes.

Y es aquí donde se encuentra el núcleo del problema planteado. En primer lugar, el HCP requiere como presupuesto la existencia de una amenaza a la libertad ambulatoria sin orden de autoridad competente; ante la interposición de un HCP, lo que realiza el Juzgado de Control es oficiar (a los organismos ya citados) a los fines de conocer sobre la existencia de una orden (pedido de paradero o captura) que emane de autoridad competente; seguidamente, al dar con la inexistencia de una orden que amenace la libertad de accionante, se resuelve rechazar el HCP, pues se entiende que no existe amenaza alguna. Es decir que en la práctica judicial se identifica orden con amenaza, entonces si no hay orden, no hay amenaza y ello constituye el cierre de la cuestión: el rechazo del HCP.

La obviedad de este primer problema es grave²⁵, es innegable que no se está realizando averiguación alguna acerca de la existencia de amenazas ilegales a la libertad personal —que como se señaló, es el presupuesto para la interposición del HCP— lo que, según mi intuición, constituye condición *sine qua non* para dar fundamento —sea dando a lugar o rechazando— el HCP interpuesto. La mencionada condición *sine qua non* no es abordada en las prácticas de nuestros tribunales, lo que permite afirmar que el HCP no está funcionando como garantía constitucional protectoria de la libertad personal de quienes vean afectado este derecho.

Los jueces también fueron preguntados acerca de los pedidos de informe como único medio probatorio para corroborar la existencia de

²⁵ Y es absurdo que el órgano preguntado por la existencia de la amenaza/orden, es el que debe llevar adelante determinada orden, cuando existe una orden emanada de autoridad competente, y no frente a la inexistencia de la misma.

amenazas: *«Las herramientas para resolver los habeas corpus son suficientes porque las hacemos nosotros, no estamos atrapados con términos, audiencias, nada. Yo no advierto que haya necesidad de reforma.»* Otros jueces manifestaron:

Sí (es medio suficiente el informe como medida probatoria). Porque informan los ayudantes fiscales de las Unidades Judiciales, no informa la policía. Ellos (Unidades Judiciales) llevan registro de las órdenes de captura, de las órdenes de detención que se está investigando. Por eso se manda oficio al jefe de policía para la identificación administrativa y a la Policía Judicial que informa sobre pedido de detención.

Otros en cambio *«No. Yo siempre pido más información a la fiscalía competente ya que a veces, los pedidos de captura ya se han levantado o prescribieron».*

De las entrevistas se desprende, que se orientan a probar acerca del posible pedido de paradero o captura, realizando averiguaciones con las Unidades Judiciales y/o Fiscalías de Instrucción, más no probar la posible existencia de una amenaza a la libertad ambulatoria que no emane de autoridad competente, una vez más la falta de reglamentación da base a un procedimiento informal e ineficaz.

4. Algunos resultados del Informe sobre Habeas Corpus 2015

Las detenciones y amenazas arbitrarias a la libertad ambulatoria —especialmente por la aplicación Código de Convivencia— realizadas por la institución policial en la provincia de Córdoba, como así también la forma y los argumentos para resolver los HCP que utilizan los jueces, ha sido y es materia trabajada por numerosos doctrinarios e investigadores de nuestra ciudad, por lo que existe cuantioso material que nos permite «dar por entendidas» algunas (discriminatorias y arbitrarias) prácticas.²⁶ Así, en el informe «El control judicial de las políti-

²⁶ En el informe del proyecto de extensión de la Facultad de Derecho, UNC, *Promoción de DDHH en materia de Código de Faltas. Relevamiento y análisis sobre la aplica-*

cas de seguridad a través del Habeas Corpus», quedaron demostradas algunas cuestiones de importancia que se proceden a describir.

En la investigación nombrada se relevaron HCP²⁷ de su análisis surgieron algunos resultados que nos permiten conocer el procedimiento que acontece en los tribunales de nuestra ciudad cada vez que un HCP es interpuesto. Así, el 86 % de los HCP presentados fueron rechazados, sólo en el 3,6% de los casos se dio ha lugar; de la descripción de los hechos, surgían circunstancias de diversas restricciones a la libertad: en el 50% de los casos se describieron hostigamientos, el 17% configurarían el delito de amenazas, el 19% serían amenazas arbitrarias, el 26% hacían referencias a detenciones sistemáticas. Respecto a los pedidos de

ción del Código de Faltas en la ciudad de Córdoba, del año 2012, algunos resultados consistieron en que «el 77% de los casos de detenciones, según la ley 8431, fueron por portación de rostro, uso de gorra o capucha; en el 12% de los casos estaban inmóviles sentados en la vereda, en la plaza o esperando el colectivo. El 68% de los detenidos provienen de sectores vulnerables (mayormente de villas y barrios ciudades), algunos jóvenes entre 18 y 25 años han sido detenidos hasta 30 veces o más.» También se afirmó que «las detenciones por ley 3481, sólo en la ciudad de Córdoba llegaron en 2009 a 27.000, en 2010 a 37.000 y en 2011 a 54.700 (en el año 2011 se realizaron 200 detenciones diarias)». Para ampliar consultar en <http://www.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTOY-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LACIUDAD-DE-CORDOBA>. Por otra parte, existen prácticas que se traducen en órdenes de comisarios de, «llenar planillas para hacer números»; así en noviembre 2015 se condenó a un comisario por abuso de autoridad, ver sentencia en http://www.lavoz.com.ar/sites/default/files/file_attachments/nota_periodistica/Marquez_Pablo_Alejandro.pdf. También ha sido política de seguridad en nuestra provincia los «operativos de razias», de donde resultan amenazas a la libertad ambulatoria y detenciones arbitrarias, que han dado lugar a interposiciones de HCP, consultar en: https://www.academia.edu/7435117/Criminalizaci%C3%B3n_de_la_pobreza_y_judicializaci%C3%B3n_de_las_luchas_pol%C3%ADticas_sociales_en_la_Provincia_de_C%C3%B3rdoba_.2014_.Colectivo_de_Investigaci%C3%B3n_Llano_en_Llamas

²⁷ Se relevaron más de 500 resoluciones de HCP de los años 2012 a 2014 siendo las que trataban sobre amenazas a la libertad ambulatoria –mediante aplicación del Código de Convivencia– sólo 53 de ellas. Así, el dato del pequeño porcentaje de HCP presentados en comparación del gran porcentaje de personas amenazadas y/o aprehendidas por el Código de Convivencia, abre la puerta a preguntarse, acerca de la eficacia que tiene el HCP respecto a la utilización que la población afectada realiza del mismo.

informes, en el 81% de los casos éstos constituyeron el único medio probatorio solicitado; sólo en el 10% de los casos se citó al afectado. Acerca de los plazos empleados para resolver²⁸ (para evaluar este punto es necesario que la resolución contenga la fecha de presentación del HCP, lo que sólo ocurrió en el 34% de ellas), se recabó un promedio de 83,55 días, sin que exista justificación sobre el retardo, el cual tampoco estuvo basado en la producción de pruebas de las supuestas amenazas. Un dato relevante lo constituye supuestos delitos conexos cometidos en la oportunidad de amenaza a la libertad ambulatoria: en el 73% de las resoluciones relevadas surgió la existencia de algún delito cometido por el agente policial, ellos fueron amenazas, lesiones, abusos de autoridad, violación de domicilio y allanamientos ilegales; sólo en el 4% de los casos el juez de control remitió las actuaciones a la fiscalía de instrucción en turno.

5. Algunas resoluciones, ¿llenan algunas lagunas...?

La falta de reglamentación sobre el procedimiento de los HCP ha dado lugar a algunas resoluciones novedosas tanto de los Juzgados de Control como de la Cámara de Acusación de nuestra ciudad; en mi opinión han venido a establecer algunas «pautas previas» a tener en cuenta antes de resolver (el rechazo) del HCP. Uno de ellos es el AI N° 86 de fecha 19/03/15 donde la Cámara de Acusación, sostuvo que «si el juez ingresa al fondo del asunto, debe hacerlo *dándole oportunidad a las partes –no sólo a la institución policial involucrada sino también a los accionantes– para que ofrezcan su prueba*. Sólo luego de la incorporación y valoración también de esa prueba se puede decidir dictando la pertinente resolución sobre el fondo del asunto.» En el apartado citado se observa que no es prueba suficiente el pedido de informes anteriormente descripto, sosteniendo que no es posible resolver sobre el fondo de la cuestión si no se da la oportunidad al accionante de ofrecer prue-

²⁸ La Constitución provincial establece: artículo 47 «...el juez debe resguardar la libertad o hacer cesar la detención de menos de veinticuatro horas»

ba.²⁹ Recientemente la misma Cámara se pronunció de igual modo en el HCP Colectivo a favor de las Trabajadoras Sexuales Miembros de A.M.M.A.R. Córdoba al afirmar, luego del rechazo del Juzgado de Control, que debe abrirse el proceso a prueba.³⁰

Respecto a la fundamentación que se requiere en la resolución de HCP, el AI del Juzgado de Control N°6, conocido como caso «Seleme»³¹, destacó —citando al fallo «Cai Wenhuang, Yang Guoqiang y Yang Aiqiong s/ hábeas corpus— que «en los procedimientos de HC, debido a su estrecha vinculación con grave materia constitucional y esenciales derechos de las personas, aparece especialmente inexcusable la obligación de los jueces de fundar sus decisiones, (...) y, desde un punto de vista técnico, para que quede documentado que el fallo es derivación razonada del derecho vigente a la luz de las constancias de la causa y no producto de la individual voluntad del juez»

Por otra parte, existen pronunciamientos actuales y locales, en donde se reconoce la arbitrariedad con que es aplicado el Código de Convivencia, por parte de los agentes policiales de la provincia. A modo de ejemplo, la Cámara de Acusación por AI N° 86 de fecha 19/03/15, el vocal de primer voto ha sostenido que «la presente acción de habeas corpus *describe un posible accionar arbitrario de la Policía de la Provincia* con respecto a estas personas, a partir del hecho de que en una misma zona de la ciudad, en varias oportunidades, distintos jóvenes son detenidos por personal provincial por supuestos comportamientos de llamativa similitud. Que en todos los casos se trata de jóvenes de condición social humilde que supuestamente llevan a cabo en la vía pública

²⁹ Recordar que del informe -“El control judicial de las políticas de seguridad a través del Habeas Corpus”- surge el dato de citaciones al afectado/a, donde sólo éste fue citado en el 10% de las resoluciones relevadas. Sin hacer alusión a la producción de prueba por parte del damnificado.

³⁰ Cámara d Acusación AI N° 278, 31-05-2016 «Habeas Corpus Presentado por Job Sergio Fernando y Martín a favor de las Trabajadoras Sexuales Miembros de A.M.M.A.R.» Córdoba.

³¹ Juzgado de Control N°6 AI N° 202 de fecha 20/05/2015 «Habeas Corpus presentado por el Dr. Hugo Omar SELEME a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros».

una conducta en algún sentido inadecuada —pero no contravencionalmente típica—. También el Juzgado de Control N° 2 en reciente resolución³², manifestó que «en la práctica, la utilización del Código de Faltas, ha significado en numerosas ocasiones y por diversas razones, *lesionar arbitrariamente la libertad ambulatoria de las personas.*» En el AI de caso «Seleme», el juez sostuvo que «...el arbitrio de la policía (se torna) sumamente amplio y *los motivos por los cuales se realizan detenciones suelen ser mínimos y absurdos...*». Se aclara que el presente trabajo no tiene por objeto abordar la cuestión de la aplicación del Código de Convivencia, sí es el objeto destacar que los jueces están reconociendo allí, posibles amenazas arbitrarias a la libertad ambulatoria de los accionantes, toda vez que no emanaron de autoridad competente.

6. Utilizaciones erróneas

Luego de la observación de las prácticas en la utilización del instituto de HCP, se observa que un gran número de las presentaciones realizadas, lo han sido a los fines de averiguar si una persona —en este caso el accionante representado por su abogado o Asesor Letrado— está siendo investigado/a por la comisión de algún delito o en virtud de una denuncia formulada en su contra; esto último entra en concordancia a lo relatado por la mayoría de los jueces en las entrevistas citadas —*una persona se siente amenazada porque cree que la están investigando por la comisión de un hecho delictivo*—; la práctica descrita, pone en peligro la concepción del HCP como garantía constitucional de protección de la libertad ambulatoria, toda vez que está basada en el entendimiento de que la *amenaza actual* es aquella emana de una investigación penal preparatoria. Entonces, debe preguntarse acerca del motivo de la recurrencia al HCP para conocer sobre de la existencia de una causa penal en contra de determinada persona, que por alguna razón sospecha de ello; y cuál es el modo que, en la práctica judicial, una

³² AI N° 273 de fecha 02/11/2015, «Habeas Corpus Presentado por Job Sergio y Rodríguez Martín a favor de Andrada Carlos, Presidente Cooperativa de Carreros y Recicladores la Esperanza y Otros»

persona puede anoticiarse, sin necesariamente presentarse en alguna fiscalía, si está siendo investigado. Uno de los jueces entrevistados afirmó «*Los abogados no tienen otro mecanismo para averiguar si su defendido tiene algún delito*» de allí que el argumento que los jueces utilizan para rechazar los HCP sea acerca de la existencia de un pedido de paradero o captura en contra del accionante.

Lo relatado también podría explicar por qué los jueces (sin fundamento) no recaban otros medios probatorios para comprobar la existencia o inexistencia de la amenaza actual:

...normalmente (los HCP) no vienen acompañados por una prueba. Lo que procura el defensor es averiguar si esta sospecha existe o no. Si tiene, sabe que tiene que dirigirse a la fiscalía, eso le acorta el camino para que la persona no se sienta perseguida. Tendría que comprobarse que existe una persecución en contra de alguien. Pero no es lo que habitualmente comunica quien interpone el habeas corpus. Lo único que quiere saber es si hay orden. Así, si se presenta a la fiscalía, sería un contra-indicio para la prisión preventiva.

Parece ser que la concepción que se critica, no sólo es practicada por jueces sino también por los operadores jurídicos.

7. Algunas propuestas

En otras provincias de la Argentina se encuentra legislado el procedimiento del HC, sea por adhesión a la ley 23.098, o bien se encuentra incorporado en sus Códigos Procesales Penales, incluso en la provincia de Tucumán poseen un Código Procesal Constitucional (ley 6.944) cuyo capítulo II trata el HC. Ejemplo de ello es la Ley 5.854, del año 2008 de la provincia de Corrientes³³. También en Tierra del

³³ Éste estipula audiencia inmediata con la posibilidad de nombrar un defensor (art 9), establece un plazo de 12 hs. para la entrega de informes por parte de la institución policial (art. 6), posibilidad de diligencias probatorias por parte del peticionante y del juez (art. 10), etc.

Fuego (Ley 333, de 1996) o Chaco (Ley 4.327, de 1996). En la Provincia de Buenos Aires se regula el HC como un capítulo de los procesos penales (Ley 11.922, arts. 405 a 420). Así, en la mayoría de las leyes citadas, se encuentra legislada la participación del peticionante en el procedimiento, posibilidad de nombrar abogado defensor o asesor letrado —cuando carece de recursos—, obligatoriedad de audiencia oral e inmediata con el juez, ofrecimiento de prueba por parte del damnificado y/o el juez, plazos inmediatos en su realización, son sólo algunas de las características que se repiten.

En la provincia de Córdoba existe un proyecto de ley de Habeas Corpus³⁴ el cual fue presentado en el año 2012, cuyo Artículo 3° establece que «La acción de Hábeas Corpus tendrá como finalidad obtener la libertad o el *cese de la amenaza...*», de lo que se infiere que el concepto de amenaza que sostiene es el explicado en el apartado 2.1 y no así el que se observa en las prácticas descriptas, también se establece la obligatoriedad de una audiencia oral, el derecho a la asistencia letrada del denunciante, la posibilidad de que el juez ordene diligencias probatorias, cuando éstas no sean ofrecidas por las partes, etc.

8. Conclusiones

En el presente ensayo se ha intentado describir el marco normativo y las prácticas que se llevan a cabo en la ciudad de Córdoba respecto al tratamiento del instituto del HCP. De lo que se infiere que el modo de tramitar la garantía constitucional, bajo la cual se pone en conocimiento a un juez sobre una amenaza arbitraria por parte de un agente policial, de manera alguna tutela el derecho a la libertad ambulatoria que se manifiesta afectado. El contenido de la norma constitucional no resulta respetado haciendo así ineficaz su aplicación.³⁵ Toda

³⁴ Ver http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion_35310.pdf

³⁵ «...En «Siri» (1957), la Corte Suprema sostuvo que «basta esta comprobación inmediata [de la restricción injustificada de un derecho] para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda ale-

vez que el concepto de amenaza actual se (mal) interpreta como sospecha de ser investigado por la comisión de un delito; donde el «pedido de informe» resulta medio probatorio suficiente de la supuesta amenaza. A ello se suma la escasa porción de la población que acude a esta garantía procesal a los fines de resguardar el derecho tutelado. De lo relatado se infiere que el HCP no funciona como una garantía constitucional de resguardo de la libertad ambulatoria, por lo que resulta de urgencia no sólo hacernos de un marco normativo que reglamente su ejercicio, sino de concientizar tanto a jueces como a operadores jurídicos de sus erróneas prácticas³⁶ y la gravedad que éstas acarrear.

El HCP es un instituto que, a más de significar una garantía constitucional, encarna la oportunidad de anoticiar a la autoridad competente —juez— acerca de una amenaza infundada que otra autoridad —la policial— realiza sobre su persona; es decir que representa una de las pocas posibilidades de anoticiar solicitando protección; protección que debería devenir en el control del accionar policial en nuestras calles. Así, el presente ensayo ha sido un intento, de buscar constituir el derecho como instrumento estratégico de efectiva alteración de las prácticas vigentes, que sea capaz de impulsar la construcción de una organización social más justa y democrática.

Referencias bibliográficas

Etchichury, H. J., *Igualdad Desatada: La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, 2013. Disponible en: https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/777/Igualdad%20desatada_Etchichury-final.pdf

garse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.» Ver Etchichury, H., «*op. cit.*», pág. 238.

³⁶ Parte de ello puede ser generar una herramienta procesal a los fines de averiguar acerca de investigaciones penales actuales, más no vulnerar el espíritu del HCP con ello.

- García Belaúnde, D., *Habeas Corpus en América Latina, Algunos problemas y tendencias Recientes*, en Revista de IIDH, Lima Perú, 1994, pág. 41-62. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2206/13.pdf>
- García Belaúnde, D., «El Habeas Corpus Latinoamericano», *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, n° 104, mayo-agosto 2002, pág. 375-407. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10509/9838>
- Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ta. Edición, T. I, Buenos Aires, La ley, 2009.
- Gutiérrez, J.G. y González, C.G., «Legislación del instituto de Habeas Corpus en el CPP. La incorporación orgánica y sistemática a nuestro CPP del Habeas Corpus. Su posible implicancia jurídica», *Nuestra Joven Revista Jurídica*, vol. i - n° 1- serie i., Córdoba, Disponible en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/abogados-en-accion/legislacion-del-instituto-de-habeas-corpus-en-el-cpp.-la-incorporacion-organica-y-sistemica-a-nuestro-cpp-del-habeas-corpus.-su-posible-implicancia-juridica/view>
- Mocoroa, J.M., «La concepción estándar del hábeas corpus: una interpretación insuficientemente garantista», *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo III, Córdoba, Abeledo Perrot, 2014, pág.1091-1123.
- Ordóñez Ganoza, S.C., *Tesis El Desarrollo del Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Internacional de Andalucía, 2012. Disponible en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2263/0390_Ordonez.pdf?sequence=1
- Sagiús, N. P., *Derecho Procesal Constitucional – Habeas Corpus*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- Seleme, H. O., *El Control Judicial de las políticas de seguridad a través del Habeas Corpus*. Programa de Ética y Teoría Política, Universidad Nacional de Córdoba, 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/17587092/Informe_El_control_judicial_de_las_pol%C3%ADticas_de_seguridad_a_trav%C3%A9s_del_habeas_corpus

Ventura Robles, M. E., *La jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*, pág. 345-370. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf>.

Jurisprudencia

Cámara de Acusación, AI N° 140, 23/06/2014 «Habeas Corpus presentado por Montes Enzo Nicolás y por Ancieta Víctor Darío a su favor.»

Cámara d Acusación, AI N° 278, 31-05-2016 «Habeas Corpus Presentado por Job Sergio Fernando Rodríguez Martin a favor de las Trabajadoras Sexuales Miembros de A.M.M.A.R. Córdoba.»

Juzgado de Control N° 2, AI N° 273 de fecha 02/11/2015, «Habeas Corpus Presentado por Job Sergio Fernando y Rodríguez Martin a favor de Andrada Carlos (Presidente Corporativa de Carros y Recicladores La Esperanza y Otros.»

Juzgado de Control N° 2, AI N° 148 de fecha 14/05/2014 «Habeas Corpus presentado por Cordero Martín Alejandro a su favor.»

Juzgado de Control N°6 AI N° 202 de fecha 20/05/2015 «HABEAS CORPUS presentado por el Dr. Hugo Omar SELEME a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros.»

TSJ. Sala Penal, S. n° 112, 30/4/2010, «Habeas corpus presentado por María Angélica de Möller -Recurso de Casación-».

Labor realizada

2014

Reuniones Preliminares:

23/4 y 16/5

Primera sesión: 23/5.

1. Hollingshead, *The concept of social control*
 2. Janowitz, *Teoría Social Control Social*
 3. Pitch, *Qué es el control social*
- Exponen: Bruno Rusca y Paul Hathazy

Segunda y tercera sesión: 6/6, 24/6

4. Melossi, *El Estado de control* (segunda y tercera sesión)
- Exponen: D. Domeniconi y H. Bouvier

Cuarta sesión 4/7

5. Melossi, continuación (se incluye el capítulo VIII-X)
- Exponen: D. Domeniconi y H. Bouvier

Quinta sesión 1/8

Melossi, continuación (se incluye capítulo VIII-X)
Discusión conjunta: esquema Meier (Natalia Scavuzzo), esquema Scheuch (Federico Arena) y propuesta de texto conjunto (H Bouvier)

Sexta sesión 15/8

6. Bruno Celano, *Blind Spot*

Séptima sesión 31/8

7. Muñoz Conde *Derecho penal y control social*
- Expone: Belén Gulli

Octava sesión 2/10

8. Green, L. *Authority and Convention*

Novena sesión, 10/10

9. Finnis, *Law as coordination*

Décima sesión, 15/11

10. Foucault, *El orden del discurso.*

2015

Primera sesión, 25/2

11. Deleuze, *Postdata a las sociedades de control*

Expone: Juan Iosa

Segunda sesión, 4/3

12. Garland, D. *La cultura del control* (Gedisa), cap V. y VII

Exponen: Sofía Bonel Tozzi y Hernán Bouvier

Tercera sesión, 18/3

13. Garland, D. *La cultura del control* (Gedisa), cap V. y VII

Exponen: Sofía Bonel Tozzi y Hernán Bouvier

Cuarta sesión 1/4

14. Müller, Markus-Michael, *The Universal and the Particular in Latin American Penal State Formation*

Expone: Paul Hathazy

Quinta sesión 15/4

15. Green, S.P., *Just deserts in unjust societies* (OUP)

Expone: Bruno Rusca

Sexta sesión 29/4

16. Tadros, V., *Wrongdoing and Motivation* (OUP)

Expone: Hernán Bouvier

Sesión extraordinaria

«Para un análisis comparativo de las políticas de control migratorio, entre el Mediterráneo y el Cono sur», José Ángel Brandariz García (Universidad de A Coruña, España). 18 de Mayo de 2015 CIECS-CONICET/UNC. Seminario organizado por el grupo de Investigación y el CIECS

Séptima sesión 27/5

17. O'Donnell, G., *Accountability horizontal. La institucionalización de la desconfianza política*

Expone: Sofía Bonel Tozzi

Octava sesión 10/6

18. Alemanno y Spinna, *Nudging legally. On the Check and Balance*

Novena sesión 24/6

19. Barrera, Leticia, *Más allá de los fines del derecho: expedientes, burocracia y conocimiento legal* y capítulo 4 de *La corte suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*

Décima sesión, 26/6.

Discusión con Leticia Barrera, Centro de Investigaciones Jurídicas, UNC

Undécima sesión, 5/8

Discusión: cronograma de presentación de abstracts, organización de la reunión de grupos

Duodécima sesión, 19/8

Exposición de abstracts y textos en elaboración

Decimotercera sesión, 2/9

Exposición de abstracts y textos en elaboración

Decimocuarta sesión, 16/9

Exposición de abstracts y textos en elaboración

Decimoquinta sesión, 7/10

Exposición de abstracts y textos en elaboración

Sesión extraordinaria, 12 y 13/11

1° Seminario «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales». Complejo «Tejas Verdes», Carlos Paz, organizado por los grupos de investigación: Derecho y Control Social (CIJS-SECYT-UNC), Constructivismo y Derechos Fundamentales (CIFYH-SECYT-UNC), Autonomía y Constitución (CIJS-UES21-UNC), 12 y 13 de noviembre de 2015

2016

Sesión extraordinaria, 5/4, 6/4 y 7/4

Seminario Internacional: «Construyendo una policía para una sociedad democrática: teoría y práctica en Latinoamérica», dictado por Mary Fran T. Malone, en CIECS-CONICET-UNC



La presente edición se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2016 en FERREYRA EDITOR, Bartolomé Picada 940, Córdoba, Argentina.
E-mail: ferreyra_editor@yahoo.com.ar

