

Derecho y Control (2)

Valentina Riso y Sofía Pezzano

Editoras

Hernán G. Bouvier y Federico J. Arena

Directores

Derecho y Control (2)

Derecho y control 2 / Federico José Arena... [et al.]; dirigido por Hernán G. Bouvier; Federico José Arena; editado por María Valentina Risso; Sofía Pezzano.
- 1a ed. - Córdoba: Ferreyra Editor, 2019.
236 p.; 21 x 14 cm.

ISBN 978-987-766-018-0

1. Derecho. I. Arena, Federico José II. Bouvier, Hernán G., dir. III. Arena, Federico José, dir. IV. Risso, María Valentina, ed. V. Pezzano, Sofía, ed.
CDD 340.1



El libro Derecho y Control 2 por Federico José Arena... [et al.] se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 2.5 Argentina



Este documento se encuentra depositado en el Repositorio de la Universidad Nacional de Córdoba rdu.unc.edu.ar

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

© De los autores, 2019

ISBN: 978-987-766-018-0

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Derecho y Control (2)

Valentina Risso y Sofía Pezzano

Editoras

Hernán G. Bouvier y Federico J. Arena

Directores



Índice

| | |
|--|-----|
| Introducción | 9 |
| Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos | 11 |
| <i>Por</i> Federico José Arena | |
| Discrecionalidad, estereotipos y sesgos cognitivos de los tribunales en la determinación de la pena | 45 |
| <i>Por</i> Daniela Domeniconi | |
| Prisión perpetua en Argentina | 77 |
| <i>Por</i> Valentina Risso | |
| Equidad y sindicalización de la policía..... | 103 |
| <i>Por</i> Hernán G. Bouvier | |
| Reflexiones sobre las teorías de la interpretación desde una perspectiva de género..... | 121 |
| <i>Por</i> Samanta Funes | |
| Un ensayo feminista sobre la enseñanza del derecho (al privilegio)..... | 153 |
| <i>Por</i> Romina Lerussi | |
| Incapacidad sobreviniente, sistemas de apoyo y autonomía..... | 167 |
| <i>Por</i> Belén Gulli | |
| Lógicas de indagación judicial y juridificación de conflictos: análisis de un caso de toma de tierras en Córdoba..... | 191 |
| <i>Por</i> Sofía Pezzano, Florencia Pasquale y Magalí Vereda | |
| Labor realizada | 223 |

Introducción

Se reúnen en este libro los trabajos producidos en el marco del grupo de investigación «Derecho y Control: problemáticas específicas». Estos textos son el resultado de las actividades de investigación realizadas desde el año 2016 a la fecha, desarrolladas en el ámbito del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales-UE CONICET de Córdoba, Argentina. Durante este período, el grupo contó con el apoyo de la Secyt-UNC (2016 y 2017, Proyecto «A» 30720150101173CB). Se trata un trabajo dedicado a cuestiones específicas, luego de haber explorado en el pasado cuestiones más generales sobre derecho y control.

Todos los textos cuentan con su respectivo resumen, lo cual torna inútil mayor detalle. Más útil, en cambio, puede ser compartir públicamente la modalidad de trabajo adoptada para lograr producir reflexiones específicas sobre nuestro tema.

En primer lugar, cada integrante debía elegir una cuestión puntual y programar hasta dos sesiones, que incluyeran la literatura relevante de ese tema y el marco de discusión. Esto permitió que cada integrante estuviera al tanto del resto de líneas de investigación y pudiera aportar al respecto. A su vez permitió que algunas integrantes se agruparan en base a un interés común y que se delimitaran ejes de trabajo. En segundo lugar, se reservaron algunas sesiones para invitar colegas que pudieran aportar sobre algunos puntos o ejes. Al final de este libro se encuentra el cronograma de actividades realizadas en tal marco.

La producción escrita se dividió en dos. Primero se produjo una publicación de medio término, dedicada exclusivamente al análisis jurisprudencial de los temas de investigación. Eso dio lugar al texto Derecho y Control: problemáticas específicas. Análisis Jurisprudencial (disponible en el Repositorio Digital Universitario de la UNC). Luego se procedió a la preparación y discusión de los textos que integran este

volumen. Los textos y ejes de investigación fueron presentados no sólo dentro del grupo, sino también en un encuentro anual con otros grupos de investigación y en las Jornadas de vinculación entre Ciencia y Justicia realizadas en el Centro de Perfeccionamiento Núñez, del poder judicial de Córdoba.

Esta pluralidad de actividades no habría sido posible sin el apoyo de la Universidad y el Centro de Investigaciones. Tampoco habría sido posible sin una vasta cooperación colectiva -silenciosa y sumergida- que sostiene la educación e investigación pública y gratuita.

Valentina Risso y Sofía Pezzano (Investigadoras, Editoras)

Federico Arena y Hernán G. Bouvier (Directores)

Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos

On Some Methodological Criteria to Assess the Legal Relevance of Stereotypes

Por Federico José Arena*

Resumen: La jurisprudencia de varios tribunales internacionales muestra un esfuerzo reciente para hacer frente a los efectos negativos de los estereotipos. A partir de estas decisiones, en la literatura teórica iusfilosófica se han avanzado criterios o test para que los jueces lleven adelante esa tarea. Si bien estas propuestas parecen bien encaminadas, me parece que no son lo suficientemente finas y que es necesario introducir un conjunto de distinciones. Los estereotipos tienen usos heterogéneos, por un lado, algunos funcionan de manera parecida a normas vinculadas a identidades personales y de grupo, en cuando definen y constituyen los roles que deben asumir los miembros de una categoría o grupo social (estereotipos normativos). Por otro lado, otros funcionan de manera parecida a generalizaciones, en cuanto pretenden ofrecer información sobre las características de un grupo y de cada uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Estas diferencias exigen criterios de relevancia más finos que distingan usos inaceptables, aceptables e incluso obligatorios de los estereotipos. Estas precisiones son indispensables para que la jurisprudencia apoye sus decisiones en argumentos sólidos que puedan ganar estabilidad convencional hacia el futuro.

Palabras clave: estereotipos, generalizaciones, identidades, criterios de relevancia jurídica, jurisprudencia.

* Abogado (UNC), Doctor Europeo en Filosofía del derecho (Università di Genova), Investigador adjunto (CIJS) Conicet - UNC, Profesor de filosofía y lógica jurídica (UBP). Córdoba, Argentina. Orcid: 0000-0001-8826-6353. fjarena@conicet.gov.ar

Abstract: The case law of several courts shows a recent effort to deal with the negative effects of stereotypes. Following those decisions, some legal philosophers have advanced some test or criteria for judges to deal with stereotypes. These proposals seem to be on the right track, however, I claim that they are not fine-grained enough because there are further distinctions that must be noted. Stereotypes have different uses, on the one hand, some stereotypes function like norms structuring the personal and group's identities, given that they define and constitute the roles members of a category or social group should assume (normative stereotypes). On the other hand, some stereotypes function like generalizations inasmuch they purport to offer information about the characteristics of a group and of each one of its members (descriptive stereotypes). These differences require fine-tuned criteria of relevance distinguishing unacceptable, acceptable, and even mandatory uses of stereotypes. These precisions are necessary for judges to base their decisions on sound arguments and for those arguments to become a stable conventional basis for future decisions.

Keywords: stereotypes, generalizations, identities, relevance criteria, precedents.

I. Introducción

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Europeo) han tratado los estereotipos en varias decisiones y han presentado algunos argumentos legales para evaluar su relevancia legal¹. En mi opinión, incluso si esta jurisprudencia

¹ Aquí, por razones de brevedad, me detendré en jurisprudencia de estos dos tribunales internacionales. Sin embargo, otras cortes, como la Corte Suprema canadiense o la Suprema Corte mexicana han producido decisiones relevantes en temas de estereotipos. La Corte Suprema de Justicia Argentina si bien ha resuelto casos que claramente involucran estereotipos, no ha casi utilizado ese término. Me refiero a casos tales como *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo*, Sent. N^o 932. XLVI, 20/05/2014; *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba «caso Montserrat»*, G. 653. XXXIII, 19/09/2000; *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, CSJ 159/2012 (48-S)/CSI, 28/05/2017, entre otros.

cia va ciertamente por el camino correcto, el modo en que enfrenta la cuestión no es todavía completamente estable. No es siempre claro cuál es el problema con los estereotipos, a veces se señala que son meras abstracciones o generalizaciones, otras veces se indica que no consideran los rasgos individuales de las personas pertenecientes al grupo estereotipado, otras veces incluso que imponen roles a grupos o personas que no los eligen. Si bien estas son todas consideraciones relevantes, falta todavía una visión de conjunto. Como intento mostrar a continuación, para precisar el abordaje de los estereotipos es necesario comenzar por advertir que el término «estereotipo» se usa para hacer referencia a distintos tipos de enunciados acerca de grupos sociales. Esta no es solo una cuestión terminológica; una clasificación correcta de los estereotipos es la clave para identificar criterios de relevancia. Es decir, los criterios que los jueces deberían usar para determinar cuándo una práctica social o una norma jurídica están basadas en un estereotipo, y para establecer el tipo de perjuicio que el uso del estereotipo puede producir o evitar. Es más, la cuestión es todavía más compleja, ya que según cuál sea el uso, los criterios de relevancia dependerán de principios o valores diferentes².

Me parece que los esfuerzos hechos hasta aquí para ofrecer un abordaje general de los estereotipos no terminan de advertir el impacto que los usos heterogéneos tienen en sus criterios de relevancia. Este es el caso de una teoría conocida, y bajo otros aspectos exitosa, denominada *enfoque* antiestereotipos. Esta teoría pretende extender a todos los estereotipos el *principio* antiestereotipos, que ha sido una de las herramientas más efectivas en favor de la igualdad entre los géneros y contra la discriminación hacia las mujeres. De acuerdo con este enfoque, los estereotipos deben ser, principalmente, nombrados e impugnados. Sin embargo, en mi opinión, los criterios de relevancia deberían ser más finos.

² Este es también, creo, el punto de vista de Sophie Moreau cuando se refiere a la «variedad de injusticias» que produce el trato discriminatorio. Véase Moreau, S., «The Wrongs of Unequal Treatment», *University of Toronto Law Journal*, 54 (3), 2004, p. 9.

En trabajos anteriores he propuesto algunas distinciones entre estereotipos y he también avanzado algunos criterios de relevancia³. En este texto quisiera presentar de manera algo más esquemática esos criterios metodológicos y, además, quisiera mostrar que esta propuesta permite sistematizar las decisiones de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo. Intentaré mostrar que una visión de conjunto de los criterios de relevancia debe tener en cuenta los diferentes usos, aunque implícitos, de los estereotipos. Primero, es necesario distinguir entre, por un lado, los estereotipos que son usados con la pretensión de definir y constituir los roles que los miembros de un grupo deben asumir (estereotipos normativos). Y, por otro lado, los estereotipos que son usados con la pretensión de proporcionar información sobre las características de un grupo y/o de uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Segundo, los criterios de relevancia deben también tener en cuenta el impacto de los estereotipos en la estructura de las prácticas sociales y las normas. Tercero, los criterios de relevancia deben, en última instancia, explicitar y distinguir los valores que justifican el cuestionamiento a los estereotipos, a saber, la autonomía y la igualdad. Valores cuyas demandas no son siempre convergentes.

Ciertamente, una teoría integral acerca de cómo lidiar con estereotipos deberá incluir referencias a tres cuestiones procesales indispensables: (1) legitimación, (2) argumentación y (3) remedios⁴. Es decir, debe primero introducir criterios para determinar quiénes y en qué casos están legitimados a iniciar procesos judiciales para enfrentar la incidencia de estereotipos. Segundo, debe ofrecer un conjunto de herramientas argumentativas que permitan ordenar el tratamiento de los estereotipos y determinar qué decisión tomar. Tercero, debe también señalar qué tipo de medidas debería tomar el decisor para evitar los

³ En Arena, F.J., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29 (1), 2016 y Arena, F.J., «The pragmatics of Stereotypes in Legal Decision Making», en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017a.

⁴ Tal como acertadamente señala Pou Giménez, F., «Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos. La discriminación por edad y género en el mercado laboral», *Discusiones*, 16 (1) 2015, p. 152.

efectos perjudiciales del uso de estereotipos. En este trabajo me concentraré en la segunda de ellas.

Comenzaré por presentar el principio antiestereotipos y el, más amplio, enfoque antiestereotipos y analizaré, brevemente, los diferentes usos de los estereotipos -normativo y descriptivo- con el objetivo de mostrar por qué los criterios de relevancia han de ser más finos que los propuestos por el enfoque antiestereotipos (sección II). A continuación, analizo con mayor precisión los criterios de relevancia para los estereotipos descriptivos (sección III.1) y normativos (III.2), apoyándome en ejemplos extraídos de sentencias dictadas por la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo. Finalmente, formularé algunas consideraciones a modo de conclusión.

II. Hacia una teoría de grano fino

La expresión «principio antiestereotipos» es una forma de caracterizar las afirmaciones teóricas de un movimiento legal dedicado al litigio judicial, que luchó por la igualdad de género en los Estados Unidos. Durante la séptima década del siglo pasado, muchos movimientos culturales buscaron reducir la discriminación contra las mujeres. El movimiento apenas mencionado buscó específicamente impedir que el Estado refuerce los estereotipos sociales que definen los roles de hombres y mujeres. Principalmente llevada a cabo por la ahora jueza de la Corte Suprema estadounidense, pero entonces abogada, Ruth Bader Ginsburg, la estrategia consistió en introducir litigios por parte de hombres con el objetivo de evidenciar los estereotipos de género existentes. En un caso famoso, Ginsburg defendió el derecho de un hombre, único cuidador de su madre, a una ayuda económica⁵. La ayuda no estaba disponible porque se limitaba a cubrir la situación de una mujer, una viuda o divorciada, o un esposo cuya esposa está incapacitada o institucionalizada, mientras que el defendido por Ginsburg era un hombre soltero que nunca se había casado. Ginsburg argumentó que la igual-

⁵Corte de Apelaciones del 10mo circuito, *Moritz v. Comm'r*, 469 F.2d 466, 467, 1972.

dad simple o formal no era suficiente para detener los efectos dañinos de los estereotipos de género en este caso, porque simplemente reproducía el estereotipo según el cual las mujeres deberían cuidar a familiares dependientes, inválidos y ancianos. Desde este punto de vista, el problema central con esos estereotipos era que imponían roles diferentes a hombres y mujeres.

Así, el principio antiestereotipos sostenía que el derecho no debería fomentar o reforzar la desigualdad estructural y, por lo tanto, deberían atacarse los estereotipos de género que han reducido las opciones para las mujeres (y para los hombres). Por ejemplo, una ley que otorgue licencia por nacimiento solo a la mujer, fomentaría tanto el estereotipo según el cual las mujeres son principalmente cuidadoras, como el estereotipo, correlativo, de que son los hombres quienes ganan el pan. Aun cuando el principio antiestereotipos tuviera sus críticos, parece innegable que durante ese período tuvo éxito en la lucha contra los estereotipos de género que definían los roles, no solo de las mujeres sino también de los hombres dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, la tarea principal en la batalla contra los estereotipos consiste, primero, en sacar a la luz los estereotipos vigentes en la sociedad y que soportan prácticas y regulaciones jurídicas donde los roles de hombres y mujeres están fijados de manera discriminatoria. Este proceso de «desenmascaramiento» resulta indispensable para, luego, poder proponer cambios que alteren esa distribución desigual de roles.

Sobre esta base, se han avanzado propuestas para extender el principio más allá de los estereotipos de género y utilizar esto como un enfoque contra todas las formas de estereotipos⁶, como por ejemplo aquellos apoyados en la edad, la raza, la ocupación, la nacionalidad, etc. De acuerdo con las tesis fundamentales del enfoque antiestereotipos⁷, enfrentar a los estereotipos requiere proceder por etapas: primero

⁶ Ver Franklin, C., «The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law», *New York University Law Review*, 85, 2010, Timmer, A., «Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011 y Clérico, L., «Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos», *REDEA. Derechos en acción*, 2 (5) 2017.

⁷Tal como lo denominan sus propias defensoras.

nombrarlos y, segundo, impugnarlos. Nombrar no es meramente identificar, sino, sobre todo, aplicar la etiqueta «estereotipo» y volverlos explícitos. La impugnación requiere que el juez combata el estereotipo o al menos establezca las bases para ello⁸.

Creo que este enfoque va por el camino correcto con respecto a lo que Alexandra Timmer identifica como «estereotipos dañinos». Sin embargo, me parece que hay más trabajo por hacer a fin de construir un enfoque o teoría de conjunto. Los estereotipos de género apuntados por el principio antiestereotipos eran principalmente usados en sentido normativo. Por ejemplo, quien defiende el estereotipo según el cual las madres deben ser amas de casa no afirma que la mayoría de ellas sean amas de casa (o que existe una correlación estadística entre ser madre y ser ama de casa), sino que afirma que las madres deben asumir ese papel. En estos casos, el estereotipo no pretende describir, sino atribuir un rol a determinada persona sobre la base de que pertenece a un grupo. Se trata de normas en virtud de las cuales una persona con ciertas características debe realizar ciertas tareas o desempeñar un rol social determinado.

Sin embargo, el término «estereotipo» suele también ser usado para referirse a enunciados que poseen una dirección de ajuste diferente⁹. Enunciados usados para atribuir una propiedad a una persona o a un conjunto de ellas sobre la única base de que pertenece/n a determinado grupo. Por ejemplo, en el caso de «Aksu c. Turquía», el Tribunal Europeo tuvo que decidir si el Estado había cumplido con su obligación, fijada por el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante Convención Europea) de proteger la vida privada del solicitante frente a una presunta injerencia de un tercero. El solicitante alegó que un libro y dos diccionarios que habían recibido

⁸ Para impugnar los estereotipos, el juez debe también asumir un papel pedagógico: «On a more conceptual level, the Court can play a role in changing the way we speak and thereby influence the way we think about stereotypes and gender ideology», Timmer, A., *op. cit.*, p. 718.

⁹ Uso la expresión «dirección de ajuste» como se usa en la filosofía del lenguaje. Ha sido John R. Searle quien en diferentes obras ha dotado a la expresión con su contenido actual. Ver Searle, J.R., «A Taxonomy of Illocutionary Acts», *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975.

fondos del gobierno incluían comentarios y expresiones que reflejaban el sentimiento anti gitano¹⁰. Entre otras cosas, en el libro los gitanos se describen «como un grupo marginal excluido y despreciado en todas partes» y también se dice que algunos gitanos «se ganan la vida como carteristas, robando y vendiendo estupefacientes». Incluso si el Tribunal Europeo consideró que el Estado no violó el artículo 8 de la Convención Europea¹¹, estuvo de acuerdo con las conclusiones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia según las cuales el gobierno debería combatir los estereotipos negativos referidos a los gitanos¹². Mediante los enunciados señalados, se atribuía una propiedad B («carteristas») a los miembros de un grupo («gitanos») en virtud del hecho que pertenecen a ese grupo¹³. La propiedad puede ser positiva o negativa (por ejemplo, los gitanos se dedican a las estafas y los hurtos, los hombres poseen mayor fuerza física que las mujeres). Este uso descriptivo de los estereotipos ha sido el centro de la investigación empírica llevada adelante en el campo de la psicología y las ciencias cognitivas¹⁴.

La distinción entre diferentes usos de los estereotipos ha sido también advertida, en trabajos posteriores, por quienes defienden el enfoque antiestereotipos. Por ejemplo, Timmer ha dado algunos pasos en esta dirección al analizar las leyes y la jurisprudencia antidiscriminación en Estados Unidos y Canadá¹⁵. Siguiendo algunas ideas de Kwame

¹⁰ TEDH, *Aksu c. Turquía [GC]*, no. 4149/04 y 41029/04, 15/03/2012.

¹¹ TEDH, *Aksu*, párrafo 61.

¹² TEDH, *Aksu*, párrafo 75.

¹³ Oakes, P. et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 1; y Stangor, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice* Psychology Press, Philadelphia, 2000, p. 1.

¹⁴ Los dos sentidos de «estereotipo» pueden apreciarse también en algunas afirmaciones de la Corte Interamericana en el caso González y otras («Campo algodoner») vs. México, 16/11/2009, Serie C N° 205, donde estaba bajo examen la actuación de funcionarios mexicanos en casos de desaparición de mujeres en Ciudad Juárez.: «los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio [e. descriptivo] o que tendrían una vida reprochable [e. normativo] y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos», párrafo 208.

¹⁵ Timmer, A., «Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights

A. Appiah¹⁶, Timmer distingue cuatro tipos de estereotipos: estereotipos estadísticos, estereotipos falsos, estereotipos que imponen roles y estereotipos prescriptivos¹⁷. Ciertamente estoy de acuerdo con estas afirmaciones y en este texto trato de ofrecer alguna orientación en ese sentido¹⁸. De todos modos, mi impresión es que todavía no se ha advertido completamente la incidencia que la distinción posee en los criterios de relevancia. Un paso que estimo crucial en esta dirección es insertar el abordaje de los estereotipos en un contexto teórico más amplio, que permita comparar el funcionamiento de los enunciados que llamamos «estereotipos» con el funcionamiento de otros tipos de enunciados. En particular, las relaciones, por un lado, entre estereotipos descriptivos y generalizaciones acerca de grupos sociales y, por otro lado, entre estereotipos normativos y normas que definen identidades y roles sociales.

Esta no es una tarea fácil. El término «estereotipo» tiene una intensa capacidad expresiva. Por lo general, basta con decir que un enunciado es un estereotipo para que el oyente lo condene. Esto es así porque el uso de estereotipos suele reflejar actitudes discriminatorias y cierta pereza epistemológica. Las personas los usan porque es más fácil juzgar a otros grupos sociales y personas sobre la base de un estereotipo ampliamente compartido, que coincide con sus propias creencias o prejuicios, que juzgar sobre la base de una investigación consciente acerca de cuáles son los rasgos reales de un grupo social o de una persona en particular; o en lugar de preocuparse por reconocer los roles en los que ciertos grupos o personas se identifican.

Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law», *American Journal of Comparative Law*, 63 (1) 2015, p. 255.

¹⁶ Appiah, K.A., «Stereotypes and the Shaping of Identity», *California Law Review*, 88 (1), 2000, pp. 47-48. Mi idea sobre el uso normativo de los estereotipos sigue su opinión también.

¹⁷ Timmer, A., «Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law», *op. cit.*, p. 279.

¹⁸ Sin embargo, los estereotipos «estadísticos» y «falsos» son en realidad formas diferentes de evaluar la corrección de un solo tipo de uso de estereotipos, es decir, descriptivo. En cualquier caso, como trato de mostrar a continuación, el punto relevante es cómo la clasificación de los estereotipos influye en sus criterios de relevancia.

III. Criterios metodológicos para lidiar con estereotipos

Ciencias cognitivas, categorización social y estereotipos descriptivos

A veces, la presencia de un estereotipo puede ser advertida fácilmente, analizando simplemente las afirmaciones explícitas de los involucrados. Otras veces, en cambio, es necesario indagar en enunciados que suelen funcionar de manera implícita. Mi análisis respecto a la influencia de los estereotipos en prácticas sociales y normas jurídicas se basa en la distinción de Schauer entre tres niveles en la estructura de las normas generales: objetivo (o valor), generalización descriptiva (o predicado fáctico) y prescripción (o norma propiamente dicha)¹⁹. Esta estructura se puede utilizar para analizar los diferentes casos relacionados con estereotipos. Por ejemplo, en el caso *Kiyutin c. Rusia*²⁰ el demandante lamentaba que su solicitud de permiso de residencia fue rechazada debido a que dio positivo en el test de VIH. El Tribunal Europeo comenzó por reconocer que, si bien la norma perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud pública, el problema era que “la sola presencia de una persona seropositiva en un país no es en sí misma una amenaza para la salud pública; el VIH no se transmite casualmente sino por comportamientos específicos que incluyen intercambios sexuales y compartir jeringuillas como las principales rutas de transmisión”²¹. El Tribunal Europeo señaló que la norma se apoyaba en el estereotipo descriptivo²² según el cual las personas extranjeras VIH positivas se

¹⁹ Véase Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 30.

²⁰ TEDH, *Kiyutin c. Rusia*, no. 2700/10, 11/03/2011.

²¹ TEDH, *Kiyutin*, párrafo 68.

²² El Tribunal Europeo utilizó el término «prejuicio». «La ignorancia sobre cómo se extiende la enfermedad ha creado prejuicios, los cuales, a su vez, han estigmatizado y marginado a aquellos que tienen el virus. En lo que se refiere a los modos de transmisión acumulados, la infección del VIH se remonta a los comportamientos tales como intercambio sexual, inyecciones de droga, prostitución o promiscuidad que están ya estigmatizados en muchas sociedades, creando un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal y reforzando otras formas de estigma y discriminación, tales como racismo, homofobia o misoginia». TEDH, *Kiyutin*, párrafo 64.

involucrarán en un comportamiento inseguro específico, de modo que la mera presencia de una persona extranjera VIH positiva en un país es en sí misma una amenaza para la salud pública. Simplificando, la estructura de esa norma podría reconstruirse de la siguiente manera:

- (i) Objetivo: es valioso proteger la salud pública.
- (ii) Generalización: los individuos extranjeros VIH positivos se involucrarán en un tipo específico de comportamiento riesgoso. [Estereotipo descriptivo]
- (iii) Norma: está prohibida la entrada de personas VIH positivas extranjeras.

Para advertir cuál es el problema con esta norma, cabe recordar que las normas generales funcionan seleccionando determinadas características del mundo (propiedades relevantes) que, mediante una generalización, se consideran adecuadamente vinculadas con el fin o el valor que la norma persigue realizar. Por ejemplo, la norma general «si piloto mayor de 60 años entonces obligatorio jubilarse», estaría justificada si una generalización («las personas pierden ciertas facultades cuando llegan a los 60 años») la conecta adecuadamente con la realización de un fin valioso: i.e., evitar accidentes aéreos. La generalización cumple esa función solo si posee base estadística, es decir, si es verdadera o, en otras palabras, si posee importe cognitivo. Si la generalización es falsa, entonces la norma está injustificada. Ahora bien, cuando la generalización es acerca de grupos sociales, i.e., cuando es un estereotipo, la cuestión exige algunas precisiones adicionales.

La clasificación de personas en grupos hace que la interacción sea más simple; sabiendo el grupo al que pertenecen otros, podemos confiar en ciertas expectativas con respecto a su comportamiento. En sociedades complejas y masivas, la categorización social es un mecanismo indispensable para formar expectativas sobre las personas con las que interactuamos y respecto de las cuales tenemos poca información. Además, las categorías son un componente básico de la manera en que pensamos, actuamos, percibimos y hablamos. Los sistemas conceptuales están organizados en términos de categorías y una gran parte de nuestro pensamiento implica su uso. Es bastante común que las perso-

nas elijan un aspecto comprensible o fácilmente perceptible de un fenómeno y lo utilicen para referirse al fenómeno en su conjunto²³. La categorización es una característica adaptativa, por lo general automática, que libera a nuestra capacidad cognitiva de parte de su carga y le permite realizar otras tareas. Una vez que incluimos a un individuo en una categoría, podemos asociarlo a una gran cantidad de información previa, sin necesidad de obtener esa misma información en el caso actual²⁴.

Según las ciencias cognitivas, los estereotipos descriptivos funcionan de esta manera²⁵. Cuando hay un estereotipo descriptivo, una subcategoría representa (está por) la categoría. Ello permite llevar a cabo razonamientos rápidos acerca del grupo estereotipado. En general, la subcategoría que desempeña esta función es más fácil de entender, recordar, reconocer y utilizar en el contexto²⁶. Al asociar la pertenencia a un grupo con un conjunto de características, podemos ahorrar esfuerzos, ya que solo necesitamos recopilar la información indispensable que nos permita establecer la pertenencia al grupo y luego podemos asociar esas características a un individuo.

Dadas estas características, los estereotipos descriptivos pueden evaluarse sobre la base de su correspondencia con las propiedades reales del grupo al que se refieren. En este sentido, se ha propuesto distinguir entre estereotipos con y sin base estadística²⁷. Los estereotipos falsos, es

²³ Rosch, E. y Lloyd, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization*, Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978.

²⁴ Mervis, C.B. y Rosch, E., «Categorization and Natural Objects», *Annual Review of Psychology*, 32, 1981.

²⁵ Se pueden encontrar buenas compilaciones de trabajos sobre estereotipos en ciencias cognitivas y psicología en Stangor, C. (ed.), *op. cit.* y Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press - Taylor and Francis, New York, 2009.

²⁶ Lakoff, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 1987.

²⁷ Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, p. 7; Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005, pp. 194-195; Jussim, L. et al., «The Unbearable Accuracy of Stereotypes», en Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, pp. 200-202; entre otros.

decir, sin una base estadística, no tienen importe cognitivo y, por lo tanto, deben abandonarse porque implican una representación falsa de un grupo. En cambio, los estereotipos descriptivos tienen base estadística cuando asocian a los miembros de un grupo una propiedad que, de hecho, poseen. Significa que el hecho de ser miembro del grupo, y no de otro, hace que la posesión de la propiedad sea más probable²⁸. Inevitablemente, habrá, por un lado, miembros del grupo que no poseen la característica y, por otro lado, habrá individuos que no son miembros del grupo y que, sin embargo, poseen la característica. Sobre y subinclusión de este tipo son los rasgos constitutivos de las generalizaciones, incluso si son verdaderas. Gracias a este carácter impreciso, un estereotipo descriptivo es capaz de cumplir una función cognitiva²⁹.

Los estereotipos con base estadística tienen entonces importe cognitivo y, en ese caso, permiten gestionar la información sobre un grupo y acerca de un individuo perteneciente al grupo. Sostener que todos los estereotipos descriptivos con base estadística son, en cuanto meras generalizaciones y sin más especificaciones, problemáticos, implicaría no advertir que bajo ciertos aspectos funcionan tal como lo hacen otras generalizaciones o categorías que consideramos aceptables³⁰. Como lo expresa Schauer, la razón de la inaceptabilidad de un estereotipo no puede ser que sean meras generalizaciones (i.e., que no sean universales), porque esta es una característica compartida con muchas otras categorías³¹.

²⁸ Ciertamente, frente a información individual discordante, no está justificado atribuir la característica a un individuo porque pertenece al grupo, incluso si el estereotipo tiene base estadística. Solo en circunstancias excepcionales, vinculadas a la baja calidad epistémica de la percepción actual, se justificaría la atribución.

²⁹ Se podría reservar el término «estereotipo» para las generalizaciones *falsas* acerca de grupos sociales. Pero el problema aquí no es meramente terminológico, sino que consiste en advertir que las generalizaciones acerca de grupos, en cuanto poseen pretensiones descriptivas, pueden ser, si bien con limitaciones, contrastadas con la realidad mediante herramientas estadísticas. Véase Jussim, L. et al., *op. cit.*

³⁰ Véase Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pp. 5-7; y Case, M.A., «The Very Stereotype the Law Condemns»: Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies», *Cornell Law Review*, 85 (5), 2000.

³¹ Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pp. 75-78.

Ahora bien, parte del problema con los estereotipos es que, incluso si se comportan como generalizaciones, no suelen originarse en investigaciones serias acerca de los rasgos de un grupo, sino en virtud de procesos inferenciales infundados, o por imitación, o a consecuencia de prejuicios, emociones u otros procesos psicológicos más complejos. Desde esta perspectiva, el problema con los estereotipos es que sus portadores (i.e., quienes estereotipan) no se han tomado ningún trabajo en corroborarlos, ni están tampoco interesados en hacerlo pues ello implicaría entrar seriamente en contacto con el grupo estereotipado e intentar conocerlo. Por ello, en primer lugar, cuando se advierte la presencia de una generalización sobre un grupo social ello debe ser explícitamente advertido y señalado. El enfoque antiestereotipos exige que sea usada la etiqueta «estereotipo», en la etapa que denomina *naming*. Hay cuestiones que, a pesar de ser terminológicas, no son *meramente* terminológicas, puesto que cuenta cuál sea el término usado. Es decir, hay «batallas» por el término (y no por el significado) que tienen sentido en virtud de los efectos pragmáticos que posee el uso de un término en lugar de otro. De todos modos, creo que es más importante lo que Timmer denomina la función pedagógica del nombramiento³², en el sentido de explicar el porqué de la denominación. En este sentido, el primer punto importante es señalar que el enunciado acerca del grupo social se trata efectivamente de una generalización y que por lo tanto se trata de una afirmación contingente, es decir ni necesaria ni conceptual, cuya corrección depende de la posibilidad de contrastarla con los hechos (i.e., de obtener apoyo estadístico) y que, por lo tanto, en caso que no se cuente con ese apoyo la afirmación será *insostenible*. Esta etapa es importante, pues como se señaló más arriba, si bien los estereotipos descriptivos pueden ser analizados en función de su importe cognitivo, sus portadores suelen emplearlos sin advertir que se trata de afirmaciones contingentes, sino que las asumen como dadas o incluso como necesarias, en virtud de que coinciden con sus propios prejuicios

³² Esto no sería nada nuevo en los textos de las sentencias, pues los tribunales muy a menudo emprenden tareas pedagógicas o didácticas en sus sentencias. Los ejemplos son numerosos, pero baste con recordar las referencias al derecho comparado, a la historia del derecho o a la historia social, a las teorías dogmáticas, etc.

o con lo que siempre han escuchado decir. Además, los estereotipos suelen ser resistentes a la revisión, es decir, los portadores de estereotipos no están dispuestos a modificar sus creencias a pesar de evidencia en contrario. Por estas razones, es importante la primera etapa pedagógica o, podría decirse, filosófica del análisis de los estereotipos en una sentencia.

El segundo paso es entonces la verificación de su importe cognitivo, es decir, si efectivamente cuentan con base estadística. Ello es relevante, pues si se trata de estereotipos falsos, la norma no solo no estará justificada, sino que producirá una afectación del principio de igualdad, puesto que tratará de manera diferente casos que son iguales en sentido relevante³³. Una norma que establece una diferencia de tratamiento basada en un estereotipo descriptivo sin base estadística (basada en una falsa generalización) no está justificada porque se ha hecho una distinción entre casos que no son significativamente diferentes, es decir, se trata de una diferenciación discriminatoria. Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo siguen este criterio de relevancia basado en el importe cognitivo de los estereotipos descriptivos: las normas basadas en estereotipos descriptivos sin base estadística no están justificadas (no deben aplicarse) puesto que ello constituiría una violación de la igualdad.

Este segundo paso, de control de la base estadística, es más complejo de lo que parece. Señalaré aquí solo dos puntos de preocupación, uno referido a la carga argumentativa y otro referido a la construcción de las estadísticas. Primero, es necesario que quien proponga la discriminación se encargue de mostrar la corrección de la generalización. Es decir, quien desee actuar sobre la base de un estereotipo descriptivo debe soportar la carga de argumentar a favor de la corrección estadística del estereotipo, y ello quiere decir que primero debe ofrecer la evidencia empírica necesaria. Este criterio es seguido con regularidad por

³³ En las palabras del Tribunal Europeo: «Una vez que el demandante ha demostrado que ha habido una diferencia en el tratamiento, corresponde al Gobierno demandado demostrar que la diferencia de trato estaba justificada [referencias omitidas]. Esta justificación debe ser objetiva y razonable o, en otras palabras, debe perseguir un propósito legítimo y debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido». TEDH, *Kiyutin*, párrafo 62.

la Corte Interamericana. En el caso «Atala Riffo y niñas vs. Chile» donde, entre otras cuestiones, debía determinarse si el estado chileno había violado la Convención Interamericana al denegar la tenencia de sus hijas a la Sra. Atala Riffo en virtud de la orientación sexual de esta última, la Corte Interamericana sostuvo que:

Es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño³⁴.

Y agregó,

tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.³⁵

Segundo, si el estereotipo incluye conceptos valorativos, es necesario que el contenido de tales conceptos haya sido explicitado, de

³⁴ CIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia del 24/02/2012, párrafo 124.

³⁵ CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 124. Ciertamente, si bien cuestionó esta deficiencia en el actuar del Estado chileno, la Corte Interamericana hizo referencia a la posibilidad de que existan efectivamente generalizaciones acerca de grupos sociales que, en cuanto poseen base estadística, permitirían tomar decisiones, por ejemplo, sostuvo que: «Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico” , párrafo 128.

manera tal que puedan ser contrastados estadísticamente. En «Atala Riffo» la Corte Suprema chilena alegaba la inidoneidad parental de la Sra. Atala Riffo. Pues bien, para ofrecer evidencia empírica al respecto es necesario explicitar el contenido del concepto «idoneidad parental», pues ello dependerá de consideraciones valorativas que pueden ser controvertidas y, a su vez, pueden basarse también en actitudes o creencias discriminatorias³⁶.

Satisfechas estas exigencias, es posible afirmar que, si el objetivo es valioso, entonces la norma se justifica cuando el estereotipo que aparece en el nivel de generalización tiene una base estadística. Sin embargo, contar con base estadística, i.e., poseer valencia cognitiva (ofrecer información correcta) no es el final de la historia sobre los estereotipos descriptivos. El tercer paso exige determinar si el estereotipo, incluso si posee base estadística, se refiere a grupos vulnerables -grupos que han sufrido discriminación en el pasado- y si la norma general que se apoya en él es una norma que limita sus derechos. Veamos un ejemplo.

En el caso «Alajos Kiss c. Hungría» el solicitante lamentó que su exclusión del registro electoral, fundada en que estaba bajo tutela parcial por depresión maníaca, constituía una privación injustificada de su derecho a votar³⁷. El Tribunal Europeo aceptó que la medida denunciada perseguía el objetivo legítimo de garantizar que solo los ciudadanos capaces de evaluar las consecuencias de sus decisiones y tomar decisiones conscientes y juiciosas deberían participar en los asuntos públicos. No obstante, el Tribunal Europeo concluyó que una exclusión indiscriminada del derecho de voto, basada en una discapacidad mental, no puede considerarse compatible con los motivos legítimos para restringir ese derecho. No es compatible porque la discapacidad mental define un grupo vulnerable, y las decisiones sobre grupos vulnerables no deben tomarse sin una evaluación individualizada³⁸.

³⁶ Me referí con más detalle a este punto en Arena, F.J., «El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario», en Alterio, M. y Niembro, R. (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017b.

³⁷ TEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, no. 38832/06, 20/05/2010.

³⁸ TEDH, *Kiss*, párrafo 44.

La estructura de la norma atacada podría ser reconstruida del modo siguiente:

- (i) Objetivo: tomar decisiones colectivas juiciosas.
- (ii) Objetivo 2: que solo las personas capaces de tomar decisiones juiciosas participen en la toma de decisiones colectivas.
- (ii) Generalización: las personas bajo tutela parcial por depresión maníaca no están en condiciones de tomar decisiones juiciosas [Estereotipo descriptivo].
- (iii) Norma: las personas bajo tutela parcial por depresión maníaca están excluidas del voto.

Imagínese que la generalización en la que se basa la norma húngara, es decir, las personas con una discapacidad mental carecen de capacidad para evaluar las consecuencias de sus decisiones y tomar decisiones conscientes y juiciosas, tiene base estadística. De hecho, esto no se discutió en este caso. Dado el criterio de relevancia previamente identificado, sería suficiente para que la norma esté justificada (teniendo en cuenta, además, que el objetivo es considerado valioso). El hecho de que pueda haber individuos que no satisfagan el estereotipo, no puede usarse como un argumento en contra de una norma basada en un estereotipo con base estadística. Esto es así porque cuando una norma se basa en una generalización, habrá inevitablemente casos de sobre y subinclusión. Eso significa, por un lado, que existirán casos incluidos en la norma que no es necesario incluir para realizar el valor; por ejemplo, las personas con discapacidad mental con capacidad de tomar decisiones conscientes y juiciosas (sobreinclusión). Y, por otro lado, que existirán casos no incluidos en la norma que es necesario incluir para realizar el valor; por ejemplo, personas que no tienen discapacidades mentales pero que, por otras razones, son incapaces de tomar decisiones conscientes y juiciosas (subinclusión). La sobre y la subinclusión son consecuencias inevitables cuando se pretende guiar el comportamiento humano a partir de normas basadas en generalizaciones³⁹. Si

³⁹ Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, op. cit., pp. 31-34.

esa fuera una razón para rechazar la ley que prohíbe votar a quien se encuentra bajo tutela parcial por discapacidad mental, entonces esa sería una razón para rechazar también la ley que prohíbe a las personas menores de 18 años votar⁴⁰. Descartar la norma porque produce una decisión «automática», «general» o «absoluta» sobre la base de una generalización equivaldría a descartar todas las normas basadas en generalizaciones.

De hecho, el Tribunal Europeo, el demandante y el Gobierno húngaro no pusieron en discusión que el objetivo de proteger la calidad de la toma de decisiones políticas es un objetivo valioso y que es posible lograr ese objetivo mediante la emisión de normas generales (como la norma que prohíbe votar a menores de una determinada edad). El punto en discusión era otro: determinar si podía considerarse justificada una norma general que prohíbe votar a una persona que pertenece a un grupo vulnerable. El Tribunal Europeo declaró que no está justificado tomar decisiones apoyadas en normas generales (incluso si apoyadas en estereotipos con base estadística, agregaría yo) cuando se trata de restringir derechos a grupos vulnerables. Quienes sufren de discapacidades mentales son un grupo vulnerable pues han sufrido una discriminación considerable en el pasado. Para evitar una mayor discriminación no deberíamos generalizar acerca de grupos vulnerables para restringir sus derechos:

La razón de este enfoque, que cuestiona algunas clasificaciones *per se*, es que tales grupos han sido históricamente víctimas de prejuicios con consecuencias duraderas que terminaron por provocar su exclusión social. Tales prejuicios pueden implicar una estereotipación legislativa que impide la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades⁴¹.

Aunque la norma se base en un estereotipo descriptivo con base estadística, si se refiere a un grupo desfavorecido o vulnerable, su uso dentro de la justificación de una norma general puede producir resultados desiguales. Esto puede deberse al hecho de que la razón por la cual

⁴⁰ Esta comparación fue discutida realmente en el caso.

⁴¹ TEDH, *Kiss*, párrafo 42. (Traducción propia de la versión oficial en inglés).

el estereotipo es verdadero es que en el pasado el grupo estereotipado ha sido víctima de discriminación⁴². En estos casos, la norma general reproduciría el estado de cosas resultante de la discriminación⁴³.

De todos modos, a pesar de que la exigencia de evaluación individualizada suele ser esgrimida en contra de las decisiones basadas en estereotipos, es necesario advertir que las decisiones individualizadas también pueden verse afectadas por estereotipos falsos o insostenibles⁴⁴. Y ello es así porque el uso de generalizaciones es también inevitable en la decisión individual. En una decisión individual debemos determinar si la característica relevante está presente (la idoneidad parental en «Atala Riffo», la capacidad para tomar decisiones juiciosas en «Alajos Kiss») y, por lo tanto, necesitaremos algún tipo de prueba en esa medida. Por ejemplo, imaginemos que se pretende probar la madurez política con un examen de historia nacional. Incluso cuando se trate de una buena prueba, ella depende inevitablemente de asumir una generalización según la cual las personas que superan esa prueba poseen madurez política. De ello se sigue, además, que las pruebas individuales también producen inevitablemente casos de sobre y subinclusión. Es decir, existi-

⁴² Para una defensa de este tipo de argumento, véase capítulo 5 de Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*

⁴³ En casos de estereotipos acerca de grupos vulnerables, algunos autores van más allá y, en ciertos casos, exigen no ya una evaluación individual, sino una norma general que amplíe derechos, incluso a costa de reducir la realización del objetivo que perseguía la norma. Ello en cuanto es preferible tener algunos casos en los que no se logre el objetivo (calidad de la toma de decisiones políticas) para combatir o disminuir el nivel de discriminación (contra la discapacidad mental). Véase Schauer acerca de la Escuela Militar de Virginia en Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, cap. 5.

⁴⁴ Tal como sucedió en «Atala Riffo» con relación a la visita extraordinaria que recibió la damnificada durante el proceso disciplinario en su contra. Al respecto, la Corte Interamericana señaló: «que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria» CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 237.

rán casos de personas sin conocimiento de la historia nacional que sean lo suficientemente maduras y casos de personas eruditas que no estén preparadas para votar⁴⁵.

Ciertamente, la toma de decisiones generales basadas en generalizaciones acerca de grupos vulnerables es a veces indispensable. No solo para obtener información acerca de esos grupos o sus características⁴⁶, sino, sobre todo, cuando se trata de estrategias de discriminación positiva que tienden a mitigar las desventajas históricas que sufren los grupos vulnerables o cuando se trata de determinar los beneficiarios de ciertos derechos sociales. Por ejemplo, el estereotipo descriptivo según el cual las personas mayores están expuestas a un mayor riesgo de salud justifica la norma que les otorga asistencia médica gratuita y accesible.

En definitiva, el criterio de relevancia respecto de los estereotipos descriptivos es la igualdad. Ello exige, primero, determinar si en cuanto generalizaciones poseen importe cognitivo, es decir, si poseen base estadística. Sin embargo, en los casos relacionados con normas que limitan los derechos de grupos vulnerables, incluso si el estereotipo posee base estadística, hay que evitar decisiones que no se apoyen en información individualizada.

Roles sociales, identidad personal y estereotipos normativos

Como dije anteriormente, los estereotipos a veces se usan como normas, más o menos rígidas, sobre el rol de una categoría de personas. Un ejemplo claro de este modo de usar los estereotipos lo encontramos en el caso «Sisnero» decidido por la Corte Suprema de Justicia argentina, donde se discutía sobre la exclusión de las mujeres en la contratación de choferes por parte de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta. Si bien no utilizó el término «estereotipo», es claro que la Corte Suprema lidiaba allí con estereotipos explícitamente normativos. En ningún momento las empresas intentaron ofrecer evidencia acerca de los rasgos de hombres y mujeres que pudieran

⁴⁵ Véase Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁴⁶ Como lo señalan la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo en distintos casos.

incidir en la decisión de contratación, sino que simplemente se alegaba la necesidad de que las mujeres se limitaran a ciertos roles. Tal como lo manifestó uno de los empresarios en una entrevista, luego agregada a la causa: «esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] *no es tiempo de que una mujer maneje colectivos*»⁴⁷.

Varios autores han señalado este segundo tipo de uso de los estereotipos⁴⁸ y, como dije antes, han constituido el blanco contra el que se dirigió y se dirige el principio antiestereotipos⁴⁹. Para identificar los criterios de relevancia de este modo de usar los estereotipos es indispensable, desde mi punto de vista, advertir su relación con los modos en que las personas se identifican con ciertas categorías sociales y los roles que estas involucran.

Las personas se dividen a sí mismas y a los demás en *categorías sociales*. Y las categorías y normas sociales están vinculadas entre sí: las personas en diferentes categorías sociales *deben* comportarse de manera diferente. Las normas también especifican cómo las personas de diferentes tipos, diferentes categorías sociales, deben tratarse entre sí⁵⁰. Ser miembro de un grupo está en parte constituido por normas sociales o convenciones que definen el comportamiento de los miembros de ese

⁴⁷ CSJN, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo*, Sent. N° 932. XLVI, 20/05/2014, p. 7. Otro caso interesante, tratado en Pou Giménez, F., *op. cit.*, es el de los avisos de trabajo publicados por distintas empresas de servicios buscando recepcionistas de una determinada edad (18 a 25 años en un caso y 18 a 35 años en el otro). Este caso, tramitado en juicio de amparo ADR 992/2014, fue finalmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana mediante sentencia del 12/11/2014. Se trata aquí de discriminación basada en estereotipos de edad, lo que suele denominarse etarismo o edadismo (por el inglés *ageism*).

⁴⁸ Hay una referencia explícita a ellos en Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.* y Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

⁴⁹ Franklin, C., *op. cit.*

⁵⁰ Véase Akerlof, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 11.

⁵¹ Cuando este es el caso, los estereotipos normativos se caracterizan por dos rasgos, a saber, convencionalidad y constitutividad. Para más detalles véase Arena, F.J., «Los

grupo⁵¹ y, en este sentido, desempeñan una función constitutiva de la identidad de algunos grupos⁵². Ser miembro de un grupo social implica comportarse de acuerdo con las normas que definen el comportamiento de quienes forman parte del grupo⁵³. La identidad social está así constituida, entre otras cosas, por un conjunto de estereotipos normativos que moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros del grupo⁵⁴. Es por ello que los estereotipos normativos están en el centro de la tensión entre la opresión y el reconocimiento. Entre la imposición de roles a quienes los rechazan y la falta de reconocimiento de los roles que los individuos y los grupos se atribuyen a sí mismos.

Veamos, retomando la estructura de las normas generales utilizada más arriba, cómo los estereotipos normativos pueden desempeñar también un papel en la justificación de las normas. Por ejemplo, en el caso de «Konstantin Markin c. Russia», el solicitante, basándose en el artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención Europea, lamentaba que las autoridades nacionales le habían negado la licencia por nacimiento porque pertenecía al sexo masculino⁵⁵. Las leyes militares rusas concedían al personal femenino un derecho a tres años de licencia por maternidad. El personal masculino, en cambio, tenía úni-

estereotipos normativos en la decisión judicial», *op. cit.*

⁵² Tal vez podamos entender en este sentido la afirmación de Appiah según la cual los estereotipos permiten el surgimiento de «tipos de personas», Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, p. 65.

⁵³ Esta función de los estereotipos normativos es claramente independiente del valor que asignamos a las acciones o categorías que definen y regulan.

⁵⁴ Según Appiah, toda identidad colectiva tiene la siguiente estructura: (a) Un conjunto de términos, usados como criterios de pertenencia al grupo, que sirven para identificar a los portadores de la identidad (estos términos permiten reconocer a algunas personas como miembros del grupo). Existen estereotipos descriptivos y normativos asociados a estos términos. (b) Autoidentificación como miembro del grupo. La identidad tiene una dimensión narrativa que consiste en unir mi historia personal con algunas formas de comportamiento y con historias más amplias. (c) Hetero-reconocimiento como miembro del grupo. Significa que hay formas de comportamiento que consisten en tratar a una persona de cierta manera, en parte, porque es miembro de un grupo. Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, pp. 66-68.

⁵⁵ TEDH, *Konstantin Markin c. Rusia* [GC], no. 30078/06, 22/03/2012.

camente derecho a una licencia de hasta tres meses si su esposa fallece en el parto o si está criando a un hijo o hijos menores de 14 años (o hijos discapacitados menores de 16 años) que se quedan sin cuidado materno (en caso de muerte de la madre, abandono de la patria potestad, enfermedad prolongada u otras situaciones en las que sus hijos no tienen atención materna). A favor de esta regulación, el gobierno argumentó que, dado que la licencia por paternidad incide en la cantidad de personal militar disponible, no podía otorgarse a todo el personal. De lo contrario, no podría garantizarse la efectividad operacional del ejército y, en consecuencia, quedaría en riesgo la seguridad nacional. El gobierno también afirmó que es valioso que las mujeres cuiden a sus hijos y que los hombres sigan trabajando. Por lo tanto, la licencia por nacimiento debe concederse sólo a las mujeres⁵⁶.

Simplificando, la estructura normativa podría reconstruirse de la siguiente manera:

- (i) Objetivo (1): es valioso proteger la seguridad nacional manteniendo la efectividad operativa del ejército.
- (ii) Generalización: la reducción del número de personal masculino debido a licencia por nacimiento afecta la efectividad operativa del ejército.
- (iii) Objetivo (2): las mujeres deben ocuparse de la crianza de los hijos y los hombres del sustento de la familia [estereotipo normativo].
- (iv) Norma: la licencia por nacimiento se otorga solo al personal femenino⁵⁷.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional de Rusia declaró que «al conceder, bajo condiciones excepcionales, el derecho de permiso por maternidad sólo a las mujeres del servicio, el legislativo tuvo en cuenta, en primer lugar, la limitada participación de las mujeres en el servicio militar, y en segundo lugar, el papel social especial de las mujeres asociado a la maternidad» TEDH, *Markin*, párrafo 34.

⁵⁷ También hay estereotipos descriptivos en juego aquí, pero el Tribunal Europeo no los menciona explícitamente como tales.

Para el Tribunal Europeo, el fin perseguido por el legislador, a saber, la protección de la seguridad nacional, es legítimo⁵⁸, pero sostuvo que:

no se puede justificar la diferencia de trato en cuestión sobre la base de las tradiciones imperantes en un determinado país. El Tribunal ya ha declarado que los Estados no pueden imponer un reparto tradicional de roles entre los sexos ni estereotipos ligados al género [referencias internas omitidas].

[...]

Los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en sí misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual⁵⁹.

El problema con estereotipos normativos de este tipo es que imponen a la persona estereotipada una restricción a sus opciones de vida, ya que pretenden reducir sus opciones. Tal como indica Sophie Moreau: «Una persona a la que se le ha negado un beneficio sobre la base de un estereotipo [normativo] ha sido definida públicamente por la imagen que otro grupo tiene de ella. En lugar de permitirle presentarse a sí misma y a su circunstancia tal como ella las entiende, ha sido presentada por de una manera elegida por otros. Y bajo ciertas circunstancias esto lesionará su autonomía. Esto es, limitará de varios modos su poder de definir y dirigir su vida, de dar forma a su propia identidad y de determinar por ella misma a qué grupo pertenece y cómo ese grupo debe ser caracterizado en público»⁶⁰.

De esto se sigue que, así como hay normas sociales que restringen nuestras opciones imponiendo ciertos roles, hay otras que, en cuanto las aceptamos, definen nuestra propia identidad y el grupo al que per-

⁵⁸ TEDH, *Markin*, párrafo 147.

⁵⁹ TEDH, *Markin*, párrafo 142-143.

⁶⁰ Moreau, S., *op. cit.*, p. 299 (traducción propia a partir del original en inglés).

tenecemos. En «Atala Riffo» la Corte Interamericana advirtió estas dos caras de los estereotipos normativos. Por un lado, señaló que «Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia»⁶¹ y agrega:

el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una 'familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social', y no en una 'familia excepcional', refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la 'familia tradicional')⁶².

Continúa la Corte Interamericana vinculando la cuestión con la identidad personal:

la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción 'tradicional' sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad⁶³.

Y concluye: «la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»⁶⁴. Es decir, el problema no es la existencia de normas que definan y constituyan la identidad de las personas y las

⁶¹ CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 109.

⁶² CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 145.

⁶³ CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 140.

⁶⁴ CIDH, *Atala Riffo*, párrafo 136.

categorías a las que pertenezcan, sino que el problema es el origen de tales normas y la relación con la autonomía personal.

Incluso si sin usar el término «estereotipo», el Tribunal Europeo abordó los estereotipos normativos en casos relacionados con la identidad religiosa, como en «Leyla Sahin c. Turquía»⁶⁵. En este caso, el Tribunal Europeo tuvo que decidir si una prohibición de usar el velo islámico en las instituciones turcas de educación superior era compatible con la libertad de religión y el derecho a la educación (artículo 9 de la Convención Europea y artículo 2 del Protocolo n. 1). El Tribunal Europeo decidió que la Convención no había sido violada y sostuvo que,

en ese contexto, donde se enseñan y aplican los valores del pluralismo, del respeto por los derechos de los demás y, en particular, de la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, es entendible que las autoridades relevantes deseen preservar la naturaleza secular de la institución en cuestión y, por lo tanto, considerar como contrario a tales valores permitir atuendos religiosos, incluido, como en el presente caso, el velo islámico⁶⁶.

Este caso aborda muchos temas complejos y no estoy en condiciones de discutirlos todos. El punto relevante aquí es cómo el Tribunal Europeo abordó lo que he llamado estereotipos normativos. En este caso, una mujer musulmana y una estudiante universitaria defendieron su derecho a cumplir con el deber religioso de llevar un velo. Este deber es parte de lo que significa ser mujer para los adherentes a esa religión y, por lo tanto, es un estereotipo normativo. El Tribunal Europeo tenía que decidir si la interferencia del Estado en ese estereotipo normativo era legítima o no. Como muestra el pasaje de la cita, el Tribunal Europeo se centró principalmente en los argumentos del secularismo y la democracia, pero también se basó en los argumentos de la igualdad de género. Sin embargo, desde mi punto de vista, el Tribunal Europeo no notó la relación entre el deber religioso y la identidad de la solicitante. Y, en consecuencia, tampoco notó el vínculo entre el punto bajo discusión y la pregunta por el carácter opresivo de la legislación.

⁶⁵ TEDH, *Leyla Sahin c. Turquía* [GC], no. 44774/98, 10/11/2005.

⁶⁶ TEDH, *Sghin*, párrafo 116. (Traducción propia de la versión oficial en inglés).

En mi opinión, dada la estrecha relación entre los estereotipos normativos y la identidad, la pregunta acerca de cómo enfrentar los estereotipos normativos se vuelve más compleja. Esto significa que, no solo resultaría injustificado un rechazo general, sino también que en algunos casos se justificaría exigir a los jueces que apliquen normas generales que tengan dentro de su justificación ese tipo de estereotipos. Pero, ¿por dónde empezar?

En primer lugar, al igual que con los estereotipos descriptivos, la etapa pedagógico-filosófica es indispensable. Más allá de lo que acabamos de decir sobre la relevancia de algunas normas sociales para la determinación de roles en los que las mismas personas se identifican, parte del problema con los estereotipos normativos es que las personas que pretenden imponerlos no advierten su naturaleza convencional y, por lo tanto, contingente. Es decir, las personas suelen concebir (o presentar) la distribución de roles en la sociedad como algo dado, natural o necesario. Ello puede deberse a numerosas razones, ya sea por influencia cultural, por ideas religiosas o por mera estrategia de dominación. Por ello, en primer lugar, cuando se advierte la presencia de un estereotipo normativo ello debe ser explícitamente advertido, señalado y explicado, buscando que quien estereotipa entre seriamente en contacto con el grupo afectado y procure conocerlo.

Como segundo paso, es necesario distinguir entre un sentido interno y externo de los estereotipos normativos. El estereotipo es internamente convencional cuando las personas de cuya convergencia de comportamiento depende la existencia de la norma social, son también los destinatarios del estereotipo. El estereotipo es externo cuando no existe tal coincidencia. Dicho de otra manera, los estereotipos normativos son internos cuando el grupo B acepta una norma Z que define los roles y la identidad de los miembros del mismo grupo B. Son externos cuando el grupo A acepta una norma Y que define los roles y la identidad de los miembros del grupo B.

Sobre esta base, podemos volver a la tensión entre la opresión y el reconocimiento. Por un lado, hay dos sentidos en los que un estereotipo normativo es opresivo. Primero, es opresivo cuando pretende imponer un estereotipo externo a un grupo y, segundo, es opresivo cuando pretende imponer un estereotipo interno a un miembro individual.

Por lo tanto, el problema con los estereotipos normativos aumenta cuando imponen una elección identitaria a un individuo o a un grupo que se resiste a ella. En estos casos, los estereotipos afectan la autonomía de los individuos o grupos que resisten la norma y la atribución de los roles que presupone.

Finalmente, el respeto de los estereotipos internos parece indispensable para reconocer la identidad del grupo en cuestión. Como se dijo, los estereotipos normativos moldean el comportamiento de las personas. Algunas actividades no se describirían de la misma manera sin la existencia del estereotipo. Ignorar estos estereotipos priva a algunos comportamientos del significado que un grupo o un individuo le asigna. El reconocimiento, en cambio, requiere entender el significado que tiene tal comportamiento para aquellos cuya identidad está constituida por el estereotipo. Ese fue el problema, en mi opinión, en el caso «Şahin»⁶⁷. Por lo tanto, el caso debería haberse evaluado en relación con el valor de la autonomía.

Ahora, esto no resuelve todos los problemas. Porque aún es necesario determinar si basta, para hacer que un estereotipo normativo sea aceptable, que lo siga un grupo o cada uno de sus miembros. En este sentido, podría ser necesario considerar la relación entre la identidad, la autonomía y otros valores, como la igualdad misma. Como, por ejemplo, respecto de la división de los roles parentales entre hombres y mujeres. Pero el punto aquí es que la relación entre los estereotipos normativos, la identidad y la autonomía, no puede pasarse por alto.

IV. Conclusiones

De acuerdo con el análisis que he intentado ofrecer en las secciones precedente, parece posible distinguir, tanto en los usos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo, como desde un punto de vista

⁶⁷ El Tribunal Europeo también abordó los estereotipos normativos en otros casos donde la noción de «vida familiar» estaba en juego, como en el caso de *ZH y RH c. Suiza*, no. 60119/12, CEDH, 8 de diciembre de 2015 (en ese caso, el juez Nicolaou, en su opinión disidente, se refirió explícitamente a los estereotipos que pueden estar involucrados en la definición de «vida familiar»).

conceptual, dos tipos de uso de estereotipos. Por un lado, los estereotipos que pretenden ofrecer información sobre las características de un grupo y de cada uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Por otro lado, los estereotipos que pretenden definir y constituir los roles que los miembros de una categoría o grupo social deben asumir (estereotipos normativos). He intentado poner en contexto ambos usos, comparándolos, por un lado, con las generalizaciones acerca de grupos sociales y, por otro lado, con las normas que imponen roles a ciertos grupos. De esta comparación ha surgido, creo, que es necesaria una teoría de grano fino acerca de los criterios para enfrentar los efectos perjudiciales del uso de estereotipos. En este sentido mi propuesta, brevemente, ha sido la siguiente.

Frente a la sospecha de la incidencia de un estereotipo detrás de una práctica social o de una norma, el primer paso es determinar si se trata de un enunciado con pretensiones descriptivas o normativas. El segundo paso consiste en señalar el estereotipo, asumiendo una perspectiva pedagógica destinada a hacer notar a quien estereotipa la naturaleza contingente (no necesaria ni conceptual ni natural) de su enunciado, ya sea porque es empírico -en el caso de los estereotipos descriptivos-, ya sea porque es convencional -en el caso de los estereotipos normativos.

Una vez superado este paso, los siguientes se distinguen según el tipo de uso. Tratándose de un estereotipo descriptivo, el criterio de relevancia es la afectación o no al principio de igualdad y ello depende de que el estereotipo posea importe cognitivo y de que no afecte los derechos de un grupo vulnerable. Un estereotipo posee importe cognitivo cuando cuenta con base estadística, es decir, cuando ofrece información correcta. De lo contrario, si el estereotipo no tiene base estadística, debe ser abandonado, pues la práctica o la norma que se apoyan en él violan el principio de igualdad. Ahora bien, es indispensable que la posesión o no de base estadística corra por cuenta de quien defiende la práctica o norma sospechada de discriminatoria. Además, debe controlarse que la conformación misma de la estadística no sea sesgada ni incorpore conceptos valorativos implícitos y controvertidos.

De todos modos, incluso cuando el estereotipo posee base estadística y, por lo tanto, ofrece información correcta acerca de un grupo,

si apoya una práctica o una norma que limita los derechos de los grupos vulnerables, la decisión debe ser tomada dejando de lado la generalización y analizando los rasgos del caso individual. Solo de ese modo se evita el riesgo de perpetuar las condiciones que condujeron a la situación de vulnerabilidad del grupo. Por supuesto, si el estereotipo es usado por una norma que amplía los derechos de un grupo vulnerable, entonces la norma está justificada en cuanto tienda a reparar o disminuir las consecuencias de pertenecer al grupo vulnerable. En este último caso, la norma puede pretender cambiar el estado de cosas que hace que el estereotipo sea verdadero (como en el caso de las acciones positivas) o puede pretender reducir los efectos negativos de ese estado de cosas (como en el caso de los derechos sociales).

Por otro lado, tratándose de un estereotipo normativo, el criterio de relevancia es la afectación o no de la autonomía personal. Dado que los estereotipos normativos desempeñan un papel fundamental en la construcción de identidades, es necesario distinguir entre aquellos opresivos y aquellos aceptados por quienes los aceptan para construir su identidad. Cuando los estereotipos normativos son internos, es decir, cuando se trata de normas aceptadas por el mismo grupo que es también el destinatario, no está prohibido recurrir a ellos para justificar una práctica o una norma. Más aún, es obligatorio recurrir a ellos para reconocer la identidad de ese grupo. Deben evitarse y, por lo tanto, cuestionarse las prácticas y las normas que se apoyen en estereotipos normativos opresivos. Un estereotipo normativo es opresivo cuando tiene la pretensión de imponer un rol a una persona o a un grupo que no lo acepta.

Referencias bibliográficas

- Akerlof, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- Appiah, K.A., «Stereotypes and the Shaping of Identity», *California Law Review*, 88 (1), 2000, pp. 41-53.

- Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005.
- Arena, F.J., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29 (1) 2016, pp. 51-75.
- Arena, F.J., «The pragmatics of Stereotypes in Legal Decision Making», en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht Springer, 2017a, pp. 379-399.
- Arena, F.J., «El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario», en Alterio, M. y Niembro, R. (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017b, pp. 163-201.
- Case, M.A., «»The Very Stereotype the Law Condemns»: Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies», *Cornell Law Review*, 85 (5), 2000, pp. 1447-1491.
- Clérico, L., «Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos», *REDEA. Derechos en acción*, 2 (5), 2017, pp. 206-241.
- Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.
- Franklin, C., «The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law», *New York University Law Review*, 85, 2010, pp. 83-173.
- Jussim, L., et al., «The Unbearable Accuracy of Stereotypes», en Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, pp. 199-227.
- Lakoff, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 1987.
- Mervis, C.B. y Rosch, E., «Categorization and Natural Objects», *Annual Review of Psychology*, 32, 1981, pp. 89-115.
- Moreau, S., «The Wrongs of Unequal Treatment», *University of Toronto Law Journal*, 54 (3), 2004, pp. 291-326.

- Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*; New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009.
- Oakes, P., et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994.
- Pou Giménez, F., «Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos. La discriminación por edad y género en el mercado laboral», *Discusiones*, 16 (1), 2015, pp. 147-188.
- Rosch, E. y Lloyd, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization*; Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1978.
- Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.
- Searle, J.R., «A Taxonomy of Illocutionary Acts», *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975, pp. 334-369.
- Stangor, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice*; Philadelphia, Psychology Press, 2000.
- Timmer, A., «Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 11 (4) 2011, pp. 707-738.
- Timmer, A., «Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law», *American Journal of Comparative Law*, 63 (1), 2015, pp. 239-284.

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones del 10mo circuito, *Moritz v. Comm'r*, 469 F.2d 466, 467 (10th Cir. 1972).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24/02/2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras («Campo algodón») vs. México*, 16/11/2009.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba "caso Montserrat"*, G. 653. XXXIII, 19/09/2000.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*, CSJ 159/2012 (48-S)/CSI, 28/05/2017
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo*, Sent. N° 932. XLVI, 20/05/2014.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aksu c. Turquía [GC]*, no. 4149/04 y 41029/04, 15/03/2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Alajos Kiss c. Hungría*, no. 38832/06, CEDH, 20/05/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kiyutin c. Rusia*, no. 2700/10, 11/03/2011.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Konstantin Markin c. Rusia [GC]*, no. 30078/06, 22/03/2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Leyla Şahin c. Turquía [GC]*, no. 44774/98, 10/11/2005.

Discrecionalidad, estereotipos y sesgos cognitivos de los tribunales en la determinación de la pena

Discretion, stereotypes and cognitive biases in judicial individualization of punishment

Por Daniela Domeniconi*

Resumen: El trabajo examina los errores más frecuentes cometidos por los tribunales de sentencia al individualizar las penas. Para ello se analiza, especialmente, la ponderación de las circunstancias subjetivas del art. 41 del Código Penal (en adelante C.P.) en las sentencias. Se intenta determinar si la consideración de algunas de estas circunstancias subjetivas está basada en errores provenientes de sesgos cognitivos o falsos estereotipos, y por qué. Finalmente, se reconstruyen los problemas derivados del amplio margen de discrecionalidad en la determinación de la pena y se esbozan algunas posibles soluciones.

Palabras clave: Determinación de la pena, individualización judicial de la pena, discrecionalidad, estereotipos, sesgos.

Abstract: This paper examines the most frequent errors made by sentencing courts in judicial individualization of punishment. To this end, it analyses different criminal judgments and its balancing of the subjective conditions of the corresponding article of the Criminal Code. It attempts to determine whether the consideration of some of these subjective conditions is based on errors arising from cognitive biases or false stereotypes

* Abogada (U.N.C.), Maestranda en Derecho y Argumentación (U.N.C.). Docente. Investigadora. E-mail: danidomeniconi@gmail.com

and why. Finally, it summarizes the problems arising from the wide scope of discretion in sentencing and outlines some possible solutions.

Keywords: Individualization of punishment, discretion, stereotypes, bias.

I. Introducción

La determinación judicial de la pena es, en sentido genérico, el acto mediante el cual los tribunales fijan las consecuencias jurídicas de un delito¹. Esta categoría incluye tanto la elección de la clase y el monto de la pena, como cuestiones relativas a su modo de ejecución; por ejemplo, la imposición de medidas de seguridad curativas u otras obligaciones, la suspensión del juicio a prueba, etc.

Deben distinguirse aquí dos momentos. Por un lado, el momento de «la determinación judicial de la pena en sentido amplio», en el cual se establece el marco legal aplicable y las condiciones de ejecución de la pena; y donde los tribunales de sentencia deciden, por ejemplo, si procede la condena de ejecución condicional de la pena o si debe sustituirse por otra consecuencia jurídica². Por otro lado, se encuentra la «determinación judicial de la pena en sentido estricto», es decir, el momento en que «una vez asignado el marco penal concreto que co-

¹ Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 23. Este concepto debe distinguirse de lo que algunos autores llaman la «determinación legal de la pena», que es la extensión prevista por el ordenamiento jurídico de la escala penal misma, realizada por el legislador. Un ejemplo de ello son las agravantes específicas que se encuentran en algunos artículos del C.P. con referencia a delitos en particular (parentesco, ser funcionario/a público/a, etc.) o las agravantes genéricas del art. 41 *quater* y *quinquies*. En estos casos, dichas agravantes se encuentran preestablecidas y cuantificadas de antemano por el legislador («la pena se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo») y configuran circunstancias que el juez debe tener en cuenta para determinar la *escala penal*, más no el monto. El monto, una vez identificada la escala, será calculado en base a las reglas del art. 41 del C.P.).

² Véase Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Raperrotor, 2011, p. 745.

responde al delito – o delitos, en caso de concurso – el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco»³. Es este último sentido (o etapa) en el que me concentraré en este trabajo.

En Argentina, los criterios para la determinación judicial de las penas temporales se encuentran enunciados en los arts. 40 y 41 del Código Penal. En ellos, se nominan algunos supuestos de circunstancias agravantes y atenuantes; aunque sin establecer cuáles de ellas agravan la pena y cuales la atenúan, y en qué medida lo hacen. Además, el art. 41 divide estas posibles circunstancias en condiciones que suelen denominarse por la doctrina como «objetivas» porque son relativas al *hecho* delictivo (naturaleza de la acción, medios empleados, extensión del daño y peligro causado) y «subjetivas» porque son relativas al *autor* del hecho (edad, educación, costumbres, conducta precedente, motivos, condición económica, participación en el hecho, reincidencias; entre otras)⁴.

Si bien la clasificación estándar de estas circunstancias es la división entre «objetivas» y «subjetivas», pienso que hay una distinción más fina que hacer: las primeras son objetivas porque están vinculadas estrictamente al hecho delictivo. Las segundas, a su vez, pueden subdivi-

³ *Ídem*. Una clasificación en el mismo sentido es también dada por Mañalich, J. P., «¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?», *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal*, Centro de Documentación de la Defensoría Pública, Chile, 2009, p. 42.

⁴ *Artículo 40 del C.P.: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.*

Artículo 41 del C.P.: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

dirse en subjetivas «en sentido estricto» y subjetivas en relación al hecho. Las primeras serían la edad, la educación, el trabajo, los vínculos personales, es decir, toda circunstancia relativa al autor del hecho que no tenga relación con el delito. Las condiciones subjetivas en relación al hecho, en cambio, resultan – a mi modo de ver – más relevantes para determinar la pena, en tanto tienen que ver con la participación desarrollada en la ejecución del hecho o las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren mayor o menor peligrosidad, como la indiferencia frente a un pedido de la víctima, el mayor o menor ensañamiento, etc.

Uno de los problemas que se presenta en este ámbito de amplia discrecionalidad de los tribunales es cuál *debería ser* el principio orientador en virtud del cual graduar la pena ponderando todos los factores de modo coherente, uniforme, equitativo y razonable. Establecer qué principios – normativamente hablando – se vuelven relevantes a la hora de determinar una pena en concreto no es una tarea sencilla y escapa a la pretensión de este trabajo. Sin embargo, hacia el final, intentaré esbozar algunas propuestas que buscan solucionar los problemas que se mencionan en los apartados que siguen.

A lo largo del trabajo, entonces, analizaré el resultado obtenido luego de la subsunción realizada por los órganos decisores. Es decir, examinaré los fundamentos que los tribunales utilizan para agravar o atenuar la pena y cómo éstos, además de generar una gran dispersión jurisprudencial, también son indicadores de los sesgos cognitivos y falsos estereotipos de los jueces y las juezas. Finalmente, como adelanté, propondré algunas posibles soluciones de *lege ferenda* a los problemas detectados.

II. Sobre la discrecionalidad judicial

Antes de ahondar sobre el concepto de discrecionalidad y sus distintas acepciones, cabe aclarar – siguiendo a Caracciolo – que este problema se encuentra íntimamente vinculado a la idea de la *Rule of*

⁵ Caracciolo, R., «Discreción, respuesta correcta y función judicial», en *El Derecho*

*Law*⁵ (o la sujeción del Estado al Derecho). En efecto, todas las decisiones de los tribunales deben estar determinadas, previamente, por el derecho existente. Ello implica que, si se satisface esta exigencia, «la respuesta jurídicamente correcta a cada controversia no depende del arbitrio de los jueces»⁶. El efecto político básico, sostiene Caracciolo, es «suministrar a los ciudadanos la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas de su propio comportamiento»⁷. Eso implica, a su vez, que en un Estado de Derecho, se cuenta con criterios anticipados para evaluar la corrección (o la legalidad) de las sentencias⁸.

Ahora bien, el concepto discrecionalidad no es unívoco. Brevemente, diré que el sentido relevante para este artículo es aquel que entiende a la discrecionalidad como la posibilidad que poseen los entes decisores – en este caso, judiciales – de elegir entre una disyunción de alternativas válidas, al momento de aplicar el derecho. Puede definirse, en términos más estrictos, como la «posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos»⁹.

Cabe aquí distinguir las distintas nociones de discrecionalidad. En un primer sentido, esta se refiere al caso en que los tribunales elijan entre la alternativa de aplicar o no aplicar el derecho preexistente¹⁰. Esta idea supone el incumplimiento, por parte de los órganos decisores, del deber de aplicar el derecho y, entiendo, puede ser definido como un caso de arbitrariedad.

El segundo sentido es aquel en el que los tribunales «deciden discrecionalmente cuando el derecho preexistente les concede la facultad de optar entre varias alternativas, dentro de un ámbito definido»¹¹. En este caso, cualquier decisión dentro de ese marco constituye una

desde la *Filosofía. Ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 251.

⁶ *Ibidem*, p. 252.

⁷ *Ídem*.

⁸ *Ídem*.

⁹ Iglesias Vila, M., «El concepto de discreción judicial», en *El problema de la discrecionalidad judicial (Una aproximación al conocimiento jurídico)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 8.

¹⁰ Caracciolo, R., *op. cit.*, p. 253.

¹¹ *Ídem*.

respuesta jurídicamente correcta y se entiende que los órganos decisorios pueden decidir de ese modo porque una norma permite o autoriza dicha elección.

En tercer lugar, existe un sentido de discrecionalidad «por delegación». En este caso, el poder legislativo delega a los tribunales la elección del contenido de la decisión, caso por caso¹². Por último, existe el caso en que el derecho preexistente no suministra respuesta alguna para el caso que hay que resolver¹³. No existe respuesta correcta previa. Es este sentido el que generalmente se conoce como «discreción fuerte»¹⁴.

Entiendo que el caso que aquí me ocupa, *i.e.* la determinación de la pena, se encuentra en el medio entre el segundo y el tercer supuesto. Cuando el Código Penal habilita un marco cerrado, es decir, un mínimo y un máximo de pena a imponer para cada delito, se acerca a un sentido reglado de discrecionalidad. A su vez, dentro de ese marco, los tribunales de sentencia pueden decidir, en base a sus criterios y sin ningún tipo de guía, qué pena imponer. Este sentido se acerca a la tercera acepción descripta, la discrecionalidad delegada. El art. 41 CP no contiene indicadores acerca de cuáles circunstancias agravan la pena, y cuáles la atenúan, ni en su caso, cuánto. Tampoco indica si deben ponderarse todas las circunstancias o si pueden elegirse solo algunas. En este caso, el contenido de la decisión concreta, dentro de la escala penal habilitada por la ley, es elección del órgano decisor.

En definitiva, una vez subsumido el hecho delictivo dentro de una escala penal, los tribunales cuentan con un margen de libertad tan amplio para imponer la pena concreta que, en algunos casos, se modifica drásticamente su entidad. El homicidio simple en Argentina prevé una escala penal de 8 a 25 años de prisión, por lo que el ámbito de discrecionalidad con que cuentan los jueces y juezas al imponer la pena

¹² *Ídem.*

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Sin embargo, la mayoría de los estudios sobre el tema insisten en que, aunque la discreción fuerte implique la «ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la actuación discrecional sigue estando sujeta a estándares de racionalidad y justicia». O, en palabras de Dworkin, estándares de «racionalidad, justicia y eficacia». Iglesias Vila, M., *op. cit.*, pp. 8-9. Es en este sentido que Dworkin menciona que la noción «fuerte» de discreción no «equivale a la libertad sin límites y no excluye la crítica». Véase Dworkin, R., *op. cit.*, p.85.

en concreto es exageradamente amplio: quien se decida por el máximo de la pena podrá imponer más de tres veces la cantidad de años de encierro que quien se decida por el mínimo. Ahora bien, esto es un problema por muchas razones. Estas varían desde razones normativas de *lege ferenda* como el principio de igualdad en la imposición de las penas¹⁵, hasta consecuencias prácticas como la dispersión jurisprudencial que se genera al haber tantos criterios de «racionalidad, justicia y eficacia» como tribunales de condena haya en la Argentina. Ello, sumado a que una mayor satisfacción del ideal político de la *Rule of Law* en tanto la capacidad de la ciudadanía de anticipar el contenido de las decisiones judiciales, es inversamente proporcional a la discreción otorgada a los tribunales¹⁶.

En este trabajo me centraré en algunas de las causas de la decisión discrecional en el caso concreto de la determinación pena: los sesgos y estereotipos que llevan a los jueces a fallar de una manera, en lugar de otra. Al poseer, gracias a la discrecionalidad delegada, un gran margen de decisión sin un requerimiento específico de fundamentación adecuada¹⁷, la individualización de la pena se convierte en un terreno propicio para la proliferación de este tipo de errores.

III. Sesgos cognitivos y estereotipos

Los sesgos (*biases*) son «reglas cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que permiten 'reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples' »¹⁸. Estos

¹⁵ Cfr. con: Peralta, J.M., «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y —justificación de segmentos de pena», en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008.

¹⁶ En palabras de Caracciolo: «A mayor discreción otorgada a los jueces, menor posibilidad de anticipar el contenido de sus decisiones y, por consiguiente, menor satisfacción del ideal político de la *Rule of Law*». Ver: Caracciolo, R. *op. cit.*, pág. 256.

¹⁷ Más allá del deber genérico de «fundamentación lógica y legal» contenido, por ejemplo, en el art. 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

¹⁸ De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D., «Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos pena-

procedimientos heurísticos resultan muy útiles a la hora de simplificar la información con el fin de tomar decisiones de modo más eficiente¹⁹.

Sin embargo, como han demostrado diversos estudios sobre los procedimientos heurísticos²⁰, estos procesos mentales de simplificación involucrados en la toma de decisiones – cualquiera sea – pueden ocasionar, en algunos casos, diversos tipos de errores y sesgos.

Existen distintos tipos de errores en los que puede incurrirse en estos procedimientos heurísticos. Aquí solo mencionaré los más comunes, pero me centraré en el análisis de uno de ellos: el sesgo de grupo. La mayoría de los estudios que relacionan los sesgos con la labor jurisdiccional parten de la investigación realizada por Tversky y Kahneman²¹, pionera en la sistematización de las reglas heurísticas. Entre los posibles errores pueden encontrarse: los de representatividad, de disponibilidad, de anclaje y ajuste, sesgos retrospectivos, de confirmación y de grupo. Como he anticipado, para los acotados propósitos de este trabajo, solo me interesa este último.

El sesgo de grupo (*in group bias*) puede definirse como una técnica cognitiva que «provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos»²². El error cognitivo que se genera por el sesgo de grupo surge, entonces, en el proceso de generalización, homogeneización y atribución de significado que realiza el sujeto en cuestión, a un hecho concreto. Este tipo de sesgo no debe confundirse con los sesgos implícitos (*implicit bias*) en contra de ciertos grupos, que consisten en la «atribu-

les de corte acusatorio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 37, 2016, p.

148. Los autores citan en la última parte del párrafo referido a Muñoz Aranguren, A., «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, abril 2011.

¹⁹ Muñoz Aranguren, A., *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Tversky, A. y Kahneman, D., «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases», en *Science*, Vol. 185, núm. 4157, 1974, pp. 1124 y ss.; Muñoz Aranguren, *op. cit.*, De la Rosa Rodríguez y Sandoval Navarro, *op. cit.*, entre otros.

²¹ Tversky, A. y Kahneman, D., *op. cit.*

²² Muñoz Aranguren, A., *op. cit.*, p. 9.

ción inconsciente de un menor valor moral a un grupo, lo que suele traducirse en preferencias categóricas (independientes del contexto) a favor o en contra de determinados grupos»²³.

Los estereotipos, a diferencia de los sesgos, pueden consistir en una mera generalización descriptiva:

Por lo general, mediante un estereotipo se atribuye una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo. 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 categoría. La propiedad puede ser positiva o negativa²⁴.

Los estereotipos, en cuanto generalizaciones acerca de los rasgos de ciertos grupos, pueden resultar de gran utilidad en la toma de decisiones, cuando estos son producto de generalizaciones válidas con apoyo estadístico y no cuando se basen, por ejemplo, en sesgos de grupo, o en preconcepciones sin apoyo estadístico de los propios decisores. Como los jueces y las juezas son personas «de carne y hueso» y, en cuanto tales, tienen prejuicios y sesgos implícitos y, por ello, pueden cometer errores basados en sesgos cognitivos, es que resulta útil poseer elementos confiables, objetivos y con base estadística para determinar las penas sin cometer injusticias basadas en sesgos o generalizaciones falsas. La correcta utilización de las generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo, pero sobre todo, la no utilización de estos cuando sean falsos, podría ayudar en la tarea judicial de la determinación de la pena.

IV. Análisis de casos: concretizando el problema

Para ver con más claridad el problema, presentaré un caso concreto de individualización judicial de la pena. Los estudios estadísticos

²³ Véase Arena, F., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016, p. 52, nota 3.

²⁴ Arena, F., *op. cit.*, p. 52.

que se han realizado sobre el tema no detallan todos los argumentos utilizados por los tribunales, sino que brindan porcentajes acerca de algunos elementos que se tuvieron en cuenta al agravar o atenuar las penas. Es por ello que el presente análisis será a partir de datos estadísticos del único estudio de estas características realizado en Córdoba pero se realizará, además, un análisis cualitativo en base a algunas sentencias (firmes) en concreto, todas tomadas de Cámaras del Crimen de la Provincia de Córdoba.

El estudio empírico que tomaré como base es la investigación realizada bajo la dirección de Lista²⁵ en el que se analizaron sentencias condenatorias de las – en ese entonces – 11 Cámaras del Crimen de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba. Se estudiaron 252 sentencias, de las cuales el 90,1% correspondían a condenas por el delito de robo calificado por uso de arma y el 9,9% por el delito de homicidio simple²⁶. Se analizaron las distintas variables del art. 41 CP utilizadas por los tribunales para agravar y atenuar las penas.

Se analizó tanto el uso de las condiciones llamadas objetivas, como las subjetivas. El análisis acerca de la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño y el peligro causado no interesan demasiado aquí, ya que si bien pueden existir errores o incoherencias en la ponderación de estas circunstancias, estas se deben más a la falta de un estándar fijo que indique a los jueces cuáles circunstancias agravan y cuáles atenúan (y cuánto), que a sesgos cognitivos. Si bien la falta de estándares fijos es también un problema para la ponderación de las condiciones subjetivas, estas últimas tienen el problema adicional de basarse, la mayoría de las veces, en falsos estereotipos.

²⁵ Lista, C. (Dir.) «La individualización judicial de la pena», en *Violencia Familiar y Análisis de Sentencias en el Fuero Civil, Penal y Laboral*, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2009.

²⁶ El director de la investigación aclara que «se eligieron estos dos tipos delictivos por los bienes jurídicos que atacan (el patrimonio y la vida, respectivamente) y porque la cantidad de estas conductas ilícitas son más numerosas que los ataques a otros bienes jurídicos protegidos. También se tuvo en cuenta que las sanciones a estos delitos están preestablecidas con penas de privación de libertad ambulatoria, divisibles en razón del tiempo y que las escalas penales de ellos son amplias – considerando el mínimo y el máximo –, a lo que se suma la sensibilización normativa, social y periodística que rodean estos tipos penales». Lista, C., *op. cit.*, p. 315.

Retomando la cuestión de la dispersión de criterios, en relación a las circunstancias objetivas, puede mencionarse el caso de la nocturnidad. En algunos casos de robo, la nocturnidad (circunstancias y modalidades del hecho) funciona como agravante mientras que en otros casos, en cambio, cometer un robo «a plena luz del día» es también tomado como agravante²⁷. La dispersión jurisprudencial y la imprevisión que este alto grado de discrecionalidad genera, ciertamente, no es deseable, aunque aquí no ahondaré al respecto. Solo diré que es más plausible solucionar las dificultades de las circunstancias objetivas con una ponderación «tasada»²⁸, que solucionar los problemas que ocasio-

²⁷ «Pondero en su contra: «(...) la osadía puesta de manifiesto al delinquir en cuatro oportunidades en un radio de doscientos metros haciéndolo siempre a plena luz del día y a cara descubierta» (Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de la ciudad de Córdoba, S. N° 37, 05/10/2016, M.R.M. p.s.a. robo calificado con armas). Por el contrario, se ha dicho también que: «se aprovecharon de la nocturnidad en varios hechos lo que coloca a las víctimas en una situación de mayor indefensión» (Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. N° 23, 22/07/2014, C. A. G y otros p.ss.aa. robo agravado). Y que: «Como agravantes, sólo considero la naturaleza de los hechos atribuidos y las circunstancias y modalidades de su ejecución, especialmente en el segundo hecho, perpetrado en horas de la noche...» (A.L. p.ss.aa. robo agravado). O, por el contrario, que: «Respecto a los hechos nominados segundo y tercero, tengo en cuenta que los mismos fueron cometidos a plena luz del día...» (Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. N° 15, 07/05/2014, R.J.J.y otro, robo calificado en grado de tentativa).

²⁸ Como funcionan, por ejemplo, las *Sentencing Guidelines* en Estados Unidos. Este instrumento legal es una guía estructurada que si bien no ha quitado del todo el margen de discrecionalidad, la ha reducido drásticamente. Ver: Schauer, F., *Profiles, probabilities, and stereotypes*, The Belknap Press of Harvard University Press, United States, 2006, pp. 251 y ss. La *Sentence Guideline* se encuentra estructurada del siguiente modo: es una grilla que posee ejes verticales y horizontales que se entrecruzan, generando un total de 258 casilleros con situaciones típicas. La columna vertical del cuadro contiene 43 tipos de niveles posibles de delitos, desde el más leve al más grave, y el nivel de gravedad del delito se determina no sólo por la *naturaleza* del delito en sí mismo – el homicidio es en sí mismo más grave que un hurto-, sino también por la *magnitud* del ilícito específico – el robo de una pequeña cantidad de dinero, es más grave que el robo de una gran cantidad; y robar un objeto directamente a una persona es más grave que robar un objeto de un armario-. Por otro lado, la columna horizontal está enfocada en la persona y no en el delito; y existen seis niveles diferentes a los cuales el imputado accede según su propia «categoría de antecedentes penales», dependiendo de la naturaleza y cantidad de reincidencias.

nan las condiciones subjetivas relativas al autor. Esto porque las condiciones subjetivas, antes incluso de ser «tasadas», deberían pasar un test respetuoso del derecho penal de acto. Con esto quiero decir que no cualquier circunstancia subjetiva puede ser válidamente tenida en cuenta en la individualización de la pena, aunque esté enunciada de forma genérica en el art. 41 CP. Ahondaré sobre esto más adelante.

Por otro lado, el estudio de Lista también analizó las variables relativas a las condiciones personales del autor utilizadas para agravar o atenuar las penas. Las condiciones reseñadas en la investigación son la edad, la educación, los ingresos semanales o miseria, la participación, la reincidencia y antecedentes personales, los vínculos personales y la peligrosidad demostrada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. La participación y las circunstancias de tiempo, lugar y modo que hacen a la peligrosidad, son cuestiones personales pero relativas al hecho delictivo y, por ende, poseen un tenor distinto al de la edad, el trabajo, la educación, etc. ¿Cómo ponderar las variables subjetivas, en sentido estricto – es decir, sin relación con el hecho delictivo – sin que esto vulnere el principio de igualdad en la distribución del castigo?²⁹ ¿Cómo resultaría esto compatible con un derecho penal de acto? Sin duda, estos interrogantes no son fáciles de responder³⁰.

Lo que intentaré mostrar a continuación, a partir de algunos ejemplos, es cómo resulta prácticamente imposible utilizar las variables subjetivas – en sentido estricto – de modo equitativo en la determina-

Aquí, lo que se tiene en cuenta de la persona es solo sus reincidencias y no sus características personales. Para más detalles sobre las *Sentencing Guidelines* véase Schauer, F. *op. cit.*, y Zysman Quirós, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las Sentencing Guidelines*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

²⁹ Me refiero aquí a la igualdad en el siguiente sentido: que dos personas reciban penas absolutamente dispares habiendo cometido un mismo hecho, solo por cuestiones ajenas a su conducta. Este problema de la distribución inequitativa del castigo en la determinación de la pena ha sido ampliamente desarrollado por Peralta, J.M., *op. cit.*

³⁰ Autores como Patricia Ziffer consideran que, dentro de los límites establecidos por el derecho penal de hecho, la consideración de la personalidad del autor debe estar restringida. Ella entiende que solo pueden analizarse aquellos aspectos de la personalidad que estén vinculados al hecho en forma *directa*. Véase Ziffer, P., *op. cit.*, p. 138.

ción de la pena. No tomaré casos absurdos de arbitrariedad (como aquel caso en que agravaron la pena a una persona por ser peruana³¹) sino que analizaré casos corrientes, para demostrar que aun en ellos, debido al amplio margen de discrecionalidad delegada sumada a la falta de estudios empíricos serios, poco pueden aportar las condiciones subjetivas a la equitativa y correcta individualización del castigo. Analizaré, a continuación, las variables «educación», «edad» y «otras circunstancias personales» tenidas en cuenta por los tribunales de la ciudad de Córdoba al individualizar las penas.

Educación

Analizaré ahora el caso concreto de la variable subjetiva «educación». En el estudio realizado por Lista, el 49,5% de las sentencias analizadas la consideró como factor relevante para individualizar la pena. En el 91,6% de los casos, la falta de educación fue tenida en cuenta como *atenuante*. Al hacerlo, los tribunales manifestaron que a los fines de la determinación de la pena tomaban en cuenta: «la escasa formación cultural»; «una vida carente de formación»; «apenas cursó 2do. grado de la primaria»; «tomando en cuenta el medio cultural en que se desarrolla»; «está estudiando en su lugar de alojamiento». En el 8,4% restante el poseer educación funcionó como agravante porque se trata-

³¹ En el dossier de análisis jurisprudencial, fruto de este grupo, analicé la sentencia «Córdoba, Luis Jaime p.s.a. comercialización de estupefacientes, Expte. n° 1961/5141, 10/052016» del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de la ciudad de La Plata. En dicho fallo, el juez explícitamente agrava la pena de una persona condenada por comercialización de estupefacientes por su condición de extranjería. Más precisamente, por ser peruana. En el mismo fallo, el juez explicita que nuestra Constitución Nacional fomenta la inmigración europea por ser quienes vienen a trabajar a nuestras tierras, y no a delinquir. Tomo este caso como un paradigma de absurdidad y discriminación, sobre la base de graves prejuicios y sesgos de clase y raza que, al salir de lo común de la labor de los tribunales, se toma como una mera excepción y no la regla. Este análisis puede verse en: Domeniconi, D., «Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena: Análisis de un caso de arbitrariedad» en Bouvier, H. y Arena F., (Dir.) *Derecho y Control: problemáticas específicas. Análisis Jurisprudencial*, 2018. Disponible en: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11119/Derecho%20y%20control%20-%20Analisis%20jurisprudencial%20-%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ba de una «persona con estudios que puede ganarse la vida de otra forma y sin embargo eligió delinquir»³².

Ahora bien, ¿es realmente la falta de instrucción un factor atenuante? Podría pensarse que para cierto tipo de delitos penales económicos muy sofisticados, la falta de conocimiento (vencible) sobre la antijuridicidad podría implicar cierta mitigación en la pena³³, como consecuencia del principio de culpabilidad³⁴. Sin embargo, ¿puede esto esgrimirse en delitos que pertenecen a la esfera del derecho penal nuclear? En otras palabras, podríamos decir que el tipo de delitos sobre los que versan las sentencias analizadas (robo agravado por el uso de arma y homicidio simple) son de una incorrección tal que no puede esgrimirse ignorancia: apropiarse violentamente de lo ajeno y matar a otro. La falta de instrucción primaria, o incluso el analfabetismo, influyen en cuanto condiciones que generan un estado de vulnerabilidad mayor en las personas que se encuentran en esa situación, pero esto no hace que comprendan menos la incorrección de sus acciones. Atenuar la pena allí, entonces, no responde a una cuestión de merecimiento, sino más bien a una idea de justicia social³⁵.

Podría pensarse también que la falta de educación lleva a tener menos posibilidades en la vida y ser más proclive a cometer delitos contra la propiedad para sobrevivir en un mundo (o un país) que pare-

³² Véase Lista, *op. cit.*, pp. 326-327.

³³ El error de prohibición invencible, si bien no exime de pena, debería conducir – al menos en principio – a una pena inferior. Véase Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 565.

³⁴ El principio de culpabilidad en materia penal implica que nadie puede ser considerado culpable, ni penado, si no estuvo personalmente a su alcance, con el empleo de una capacidad razonable, evitar el hecho ilícito. Además, el principio de culpabilidad limita la medida de la pena por la medida de la culpabilidad. Sancinetti, M., *Casos de Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 76.

³⁵ En lo particular, estoy de acuerdo con la idea que plantean autores como Zaffaroni acerca de la selectividad del derecho penal. En lo que no estoy de acuerdo, y que he tomado de Peralta, M., *op. cit.*, es en utilizar el derecho penal de modo utilitarista, como un instrumento para contrarrestar las desigualdades sociales. El eje central es si es admisible considerar factores independientes al hecho delictivo como determinantes para la fijación de la pena, de manera que dos sujetos que hacen lo mismo reciban penas diferentes por cuestiones ajenas a su conducta. Véase Peralta, J. M., *op. cit.*, p. 609.

ce tener cada vez menos opciones para las personas sin ningún tipo de formación. Según estudios empíricos, a los que referiré más adelante, esto parece ser cierto. Ahora bien, esta podría ser una causal de atenuación de la pena en algunos delitos como el hurto, cuando este se haya debido a condiciones de miseria generadas, entre otros factores, por la falta de educación. Sin embargo ¿es esta una causal de atenuación de la pena en los delitos de homicidio? Parecería que no.

Por otro lado, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de la prevención especial positiva (resocialización) tampoco tendría sentido que más del 90% de las sentencias atenúen la pena a personas que poseen menos instrucción. Ya que, si tenemos en cuenta que en ese caso la medida de la pena debería ser acorde a la resocialización y quien menos instrucción posea, más educación y, por ende, más tiempo de encierro necesita, esto haría que quienes menos educación posean, más pena necesiten. Y esto suena, a todas luces, falaz, como cualquier argumento que pretenda hacer futurología de forma injustificada.

Edad

En la investigación referida, un 83,3% de las sentencias tuvieron en cuenta el factor edad del imputado. Dentro de ellas, un 93,8% tomaron la edad como atenuante. Pero ¿qué edad?, en algunos casos se atenuó la pena por ser una persona joven, en otras por ser un adulto, y en otras por ser anciano. Los tribunales expresaron: «a favor...su juventud», «que es joven y puede reencausar su vida», «a favor, que se trata de una persona culminando ya la primera fase de la adultez (46 años)». A su vez, quienes lo consideraron agravante, utilizaron los mismos argumentos, pero al revés: «ser joven no minimiza el disvalor de su conducta», «se trata de una persona joven, pero en condiciones de apreciar el disvalor de su conducta», etc.³⁶

En algunos casos, entonces, se toma la corta edad como un atenuante porque se entiende que a menos edad, menos madurez mental (y menos culpabilidad), pero esto se mezcla, a su vez, con el argumento preventivo (resocializador) de que quien es joven puede todavía «reencausar» su vida.

³⁶Lista, *op. cit.*, pp. 324-326.

Otras circunstancias personales

Los «antecedentes personales» es uno de los elementos más considerados por los tribunales, según el referido estudio de Lista. El 84,4% de las sentencias hace referencia a este ítem y en un 53,1% resulta un agravante. Los argumentos más utilizados tienen que ver con «un análisis negativo de la vida y costumbres, relacionándolas con su capacidad delictiva (antecedentes contravencionales, vinculaciones criminales, mujeriego, degenerado, impulsivo···)»³⁷.

A su vez, los tribunales también consideran – aunque en menor medida – los vínculos personales del autor. En el referido estudio, solo el 4,2% de las sentencias lo tuvo en cuenta, pero de ellas el 87,5% lo utilizó como agravante. En los resultados de la investigación no se muestran ejemplos de estas consideraciones, pero en otras sentencias más recientes (también de las Cámaras del Crimen de Córdoba) pueden leerse argumentos como el siguiente: «a su favor··· que ha sabido conservar una pareja estable y que se ha hecho cargo de la pequeña hija discapacitada»³⁸,

Entiendo que este último tipo de consideraciones, si bien se encuentran habilitadas por el art. 41 CP, no deberían resultar relevantes al momento de determinar las penas. No solo porque los criterios son tan vagos que generan mucha dispersión jurisprudencial dependiendo del tribunal que juzgue, sino también porque en este punto el Código Penal otorga una flexibilidad excesiva, en la que se admite que los tribunales decidan sin una fundamentación completa y recurran a fórmulas vacías al individualizar la pena³⁹. El problema con este nivel de indeterminación, y la consecuente discrecionalidad que poseen los órganos decisores, es que habilita un amplio terreno para los errores provenientes de los sesgos cognitivos y los estereotipos injustificados. A continuación, ahondaré en esta cuestión.

³⁷ Lista, C. *op. cit.*, pág. 332.

³⁸ Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. N.º 38, 21/11/2012, A.M.S. y otros p.ss.aa. *Robo calificado, entorpecimiento funcional*.

³⁹ Ziffer, P., *op. cit.*

V. Sesgos, estereotipos y discrecionalidad en la determinación de la pena

El tipo de argumentos utilizados por los tribunales, transcritos anteriormente, dan cuenta de ciertos sesgos que poseen los jueces y juezas al momento de ponderar los elementos que brinda el art. 41 CP. Los tribunales valoran – mayoritariamente – como atenuante la corta edad, presuponiendo que esto indica, generalmente, que las personas jóvenes son más fáciles de ser resocializadas que las personas mayores. Esta suposición, casi intuitiva, no solo no surge de ningún estudio empírico, sino que responde a un falso estereotipo descriptivo. Un estereotipo descriptivo es aquel que «persigue ofrecer información acerca del mundo, es decir, persigue describir un estado de cosas»⁴⁰. Estas conclusiones apresuradas basadas en estereotipos de edad, suelen denominarse etarismo o edadismo (por el inglés *ageism*)⁴¹. Levy y Banaji definen al etarismo implícito (*implicit ageism*) como la «modificación en los sentimientos, creencias o comportamientos según la edad cronológica percibida de un individuo o un grupo»⁴² sin ningún tipo de consideración empírica.

Estereotipos descriptivos sin base estadística

Arena⁴³ explica que, como los estereotipos atribuyen propiedades o características a los miembros de un grupo por el hecho de pertenecer a él, no es posible descartar *a priori* todos los estereotipos. Esto porque algunos de ellos, aunque no todos, pueden describir correctamente las características de un grupo. En base a esa idea, Arena distingue entre estereotipos descriptivos sin base estadística y estereotipos con base estadística. Explica el autor que:

⁴⁰ Arena, F., *op. cit.*, p. 54.

⁴¹ Ver referencia al respecto en Arena, F., «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos», en este volumen, nota n.º 46.

⁴² Levy, B.R., y Banaji, M.R., «Implicit ageism», en Todd Nelson (ed.) *Ageism Stereotyping and Prejudice against Older Persons*, Massachusetts Institute of Technology, Estados Unidos, 2002, p. 50.

⁴³ La explicación que sigue fue tomada de Arena, F., *op. cit.*, pp. 56-59.

Carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen y suelen ser denominados «estereotipos falsos». En cambio, tienen base estadística los estereotipos que asocian a los miembros de un grupo una propiedad que efectivamente poseen. Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa propiedad, sino que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable que se la posea⁴⁴.

En el caso de la edad y el falso estereotipo de que las personas jóvenes tienen más posibilidades de resocializarse, estamos ante un sesgo cognitivo de grupo, originado en un estereotipo sin base estadística. Tampoco hay base estadística que diga lo contrario: que mientras más edad se tiene, más resocialización se necesita⁴⁵. Resulta insostenible empíricamente presuponer que una persona, solo por el hecho de pertenecer a cierto grupo etario – sea joven o adulto – tiene más o menos posibilidades de resocialización. Esto, en parte, porque el concepto mismo de «resocialización» implica una suposición a futuro que, en cuanto tal, no puede tener certeza alguna⁴⁶. La circunstancia de que los jóvenes parezcan más propensos a resocializarse, entonces, solo responde a un falso estereotipo de grupo etario, como se explicó anteriormente.

Lo mismo sucede con la valoración de otras circunstancias personales, como ser «mujeriego» como agravante o «tener pareja estable» como atenuante. Los tribunales han utilizado estos falsos estereotipos de corrección e incorrección moral, como elementos que cuentan en favor o en contra para individualizar una pena. Conforme a este estereotipo, merecería más pena una persona moralmente «desviada» que una persona que se guía por patrones que encajan en la estructura social dominante. En vez de incurrir aquí en errores cognitivos por la utilización de falsos estereotipos descriptivos, pareciera que utilizan

⁴⁴ Arena, F., *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ Estoy aquí realizando un análisis acerca de lo que los tribunales dicen cuando determinan la pena. No estoy tomando postura acerca de si deberían tomar en cuenta criterios de prevención especial, general o necesidad de retribución.

⁴⁶ Véase Ziffer, P. *op. cit.*, p. 56.

estereotipos normativos⁴⁷ acerca de cuáles son las conductas moralmente correctas y cuáles no. Todo ello, además, sin cumplir con la debida fundamentación de las sentencias, puesto que no se dan razones para aplicar estereotipos sin base estadística y tampoco se ofrece evidencia que respalde las generalizaciones que se utilizan.

Este tipo de argumentos utilizados por los tribunales violan la obligación de debida fundamentación y, además, cercenan la posibilidad de predicción de las consecuencias jurídicas del propio comportamiento que supone la *Rule of Law*. En algunos casos, también, pueden convertirse en sentencias arbitrarias si los estereotipos que se tienen en cuenta incluyen «categorías sospechosas»⁴⁸ como aquellas sentencias que agravan la pena por la condición de extranjería⁴⁹.

⁴⁷ Los estereotipos normativos son normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales. Entre dos interpretaciones posibles, el juez elegirá la que sea consistente o coherente con un estereotipo normativo determinado. En el tipo de argumentos reseñados en el texto, por ejemplo, sería la interpretación que favorece a una persona que cumple los parámetros de la moral monogámica convencional. Para más información sobre estereotipos normativos, véase Arena, F.J., *Los estereotipos normativos... op. cit.*

⁴⁸ Como explica Roberto Saba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inspirada en la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos, estableció que las distinciones que el estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios tales como la nacionalidad o el sexo se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su Artículo 16. Véase Saba, R., «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Recuperado de: https://www.academia.edu/11571842/Desigualdad_Estructural_y_Categor%C3%ADas_Sospechosas. Véase también Ferniot, C. y Arreguine, N., «El concepto de igualdad y las categorías sospechosas: el caso Hooft», en Rossetti, A., & Álvarez, M. (coords.) *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2010, pp. 63-97.

⁴⁹ El caso paradigmático, como dije más arriba, es el caso analizado en Domeniconi, D., *op. cit.*, donde abiertamente agravan la pena de una persona que comercializaba estupefacientes por ser extranjera y demostrar con ello «ingratitude» al país que la había cobijado.

Estereotipos descriptivos con base estadística

Por otro lado, analizando la circunstancia de la educación – que fue tenida en cuenta como atenuante en el 90% de los casos – vemos una situación similar. Los tribunales parten del estereotipo de que la falta de instrucción lleva a comprender menos la criminalidad de un hecho delictivo. Aquí no tienen en cuenta criterios de prevención especial positiva, sino que parecen dar un argumento deontológico: merecen menos pena porque no poseen educación y esto los hace menos reprochables. Se deja de lado la justificación preventiva (utilitarista) y se apela a la culpabilidad. Como sostuve anteriormente, si se utilizaran, por ejemplo, criterios resocializatorios, quien menos educación posea, más tiempo necesitaría de encierro para finalizar los diferentes tramos de escolarización.

Esta idea podría basarse en un estereotipo con base estadística. Afirmo esto aunque los tribunales no se guíen en absoluto por criterios empíricos ni citen estudios que ofrezcan prueba para sus dichos. Sin embargo, estos estudios existen⁵⁰ y de ellos surge que hay una relación de causalidad entre el menor nivel educativo y la «determinación» a cometer actos delictivos (principalmente contra la propiedad)⁵¹. En este caso, las investigaciones parecen confirmar el estereotipo casi intuitivo que aplican los tribunales de sentencia.

En este caso, entonces, existe una generalización *válida*. Sin embargo, ¿pueden utilizar los tribunales válidamente este estereotipo en la determinación de la pena? Arena explica que:

⁵⁰ La investigación empírica más completa y contundente en Estados Unidos es la de Lochnker, L., *Education, Work, and Crime: Theory and Evidence*, Rochester, Rochester Center for Economic Research, 1999. Para datos concretos de Argentina véase Cerro, A.M. y Meloni, O., «Determinants of the Crime Rate in Argentina During the '90s», *Estudios de Economía*, Vol. 27, N°2, 2000.

⁵¹ En el estudio realizado por Lochnker, L., *op. cit.*, p. 4 se muestra una correlación negativa entre el nivel educativo y la perpetración de crímenes contra la propiedad. Sin embargo, en los llamados delitos de «cuello blanco» (como el fraude o la malversación), los resultados han demostrado poca influencia de la variable educativa. Si bien el estudio no mide únicamente la variable educativa, sino que la asocia a otras variables como el trabajo y la edad, analiza cada circunstancia independientemente.

(...) la importancia de la función cognitiva no debe ser exagerada. Es cierto que los estereotipos con base estadística poseen rendimiento cognitivo, ya que permiten tomar decisiones, tanto acerca del grupo en general como acerca de un individuo perteneciente al grupo. Pero en este último caso solo en supuestos de falta de información. Es decir, frente a evidencia contraria, la persistencia de la atribución de ciertas características a un individuo, por el hecho de pertenecer al grupo, está solo excepcionalmente justificada⁵².

Podríamos decir, entonces, que dado un caso concreto, si hay evidencia en contrario, no resulta legítimo insistir con el uso del estereotipo, ya que resultaría un típico error ocasionado por el sesgo cognitivo de grupo. Esto puede verse claramente en las sentencias en las que, en los considerandos, se imputa al sujeto la completa comprensión del hecho delictivo que cometió, para luego atenuar su pena por la falta de instrucción formal. Si los jueces y juezas consideran que una persona tuvo menos posibilidades de elección y de comprensión de la ilicitud, esto debería verse reflejado en la tipicidad subjetiva del injusto. Si no lo hubo, entonces tampoco tiene sentido considerar que esta falta de libertad de elección y de comprensión deba actuar como un atenuante de la pena, aunque los estudios empíricos revelen correlaciones negativas entre los factores educación y criminalidad⁵³.

Además, esta consideración de «clemencia» solo para aquellas personas que hayan tenido ciertas condiciones desfavorables en su historia personal, viola también la consideración igualitaria que debería defender nuestro derecho penal de corte liberal. Autores como Zaffaroni creen que los tribunales sólo puede intervenir racionalmente al momento de individualizar las penas si esto contrarresta la selectividad del derecho penal; es decir, si otorga más penas a quienes mayor esfuerzo realizaron para ser captados por el derecho penal (debido a que por su

⁵² Arena, F., *op. cit.*, p. 58.

⁵³ En los estudios empíricos se habla de correlación negativa para explicar que dos variables se relacionan en sentido inverso. A valores altos de una de ellas le suelen corresponder valores bajos de la otra y viceversa. En este caso, las variables eran índice de graduación (*graduation rates*) y delitos contra la propiedad.

situación alta en la sociedad poseen un nivel muy bajo de vulnerabilidad), y viceversa⁵⁴. Esta es, sin dudas, una visión humanitaria del derecho penal. El problema con este tipo de argumentos es que el derecho penal no es una herramienta para equiparar socialmente a la ciudadanía, sino que es un aparato estatal de poder que debe impartir castigo de modo igualitario ante la comisión de un mismo hecho. Quizás el problema sí sea la selectividad del derecho penal⁵⁵, pero el modo de combatirla es cambiar el diseño institucional de la función judicial (y quizás el Código Penal) y no agravar penas a las personas que no son usualmente captadas por el derecho penal.

En este sentido, concuerdo con Hörnle en que el derecho penal debería incluir consideraciones compatibles con el principio de humanidad⁵⁶. Ahora bien, discriminar entre los imputados según sus historias personales, que en nada guarden relación con el hecho sobre el que se determina la pena, no resulta una manera muy satisfactoria de respetar el principio de humanidad. Entiende la autora que «un sistema de determinación de la pena debería esforzarse para combinar humanidad y justicia para *todos los delincuentes*» y no solo para aquellos que, según los criterios subjetivos de los tribunales, merezcan misericordia⁵⁷.

Este criterio resulta, además, contradictorio con uno de los criterios más utilizados – en Argentina, al menos – para individualizar la pena: la resocialización⁵⁸. Ello porque, por lo general, quienes más tiempo de resocialización necesitan son aquellos que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad y, si siguiéramos ese razonamiento, serían quienes más penas necesitaran. Este ejemplo sirve para demos-

⁵⁴Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 277.

⁵⁵Esta es una afirmación que en lo particular, no objetaría, y que tiendo a ver con agrado.

⁵⁶Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Buenos Aires, Fabián di Plácido, 2003, p. 31.

⁵⁷*Ídem*.

⁵⁸Si bien he desdénado a lo largo del trabajo la utilización de este criterio, el argumento de la resocialización no es caprichoso sino que surge de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad n.º 24660. Es, sin duda, uno de los fines de la pena más importantes y valiosos en un Estado de Derecho. Sin embargo, lo que aquí se critica es su falaz utilización como criterio de individualización de la pena.

trar que los elementos subjetivos que no incidan para nada en el ilícito, no deberían contar ni para atenuar ni para agravar las penas. Pero sirve también para demostrar que si bien la resocialización es uno de los fines de la pena más importantes en un Estado de Derecho, es incorrecto aplicarlo, sin más, para individualizar una pena. Lo que aquí se critica es su falaz utilización como criterio de individualización. La resocialización debe utilizarse como criterio orientador del tratamiento penitenciario individualizado, en la fase de ejecución de la pena y solo allí. Sirve para diagramar el mejor tratamiento a cumplir, para decidir sobre la eventual concesión de la libertad condicional o asistida, para indicar la necesidad de educación, tratamiento psicológico, trabajo, etc. Pero, difícilmente, nos podría decir qué cantidad de tiempo extra de encierro necesita una persona para salir «resocializada».

VI. Problemas, ¿soluciones?

A partir de los elementos analizados, puede verse que el tipo de razonamiento que realizan los tribunales al determinar la pena – particularmente con respecto a los elementos subjetivos de la individualización – no responde a criterios unívocos, ni posee base empírica. Esto afecta no solo a la previsibilidad del sistema jurídico, requisito básico de la *Rule of Law* en los sistemas políticos democráticos, sino también a su uniformidad. Es necesario distinguir, entonces, los problemas que pueden darse: *a)* imprevisibilidad; *b)* arbitrariedad; *c)* disparidad de criterios y dispersión jurisprudencial; *d)* falta de fundamentación adecuada y *e)* violación del principio de igualdad.

No todos estos problemas tienen la misma entidad, no todos tienen las mismas causas y no todos son solucionables del mismo modo. En Estados Unidos han solucionado el problema de la imprevisibilidad, la disparidad y la dispersión a través de la implementación de las *Federal Sentence Guidelines*, una guía estructurada que si bien – siguiendo lo señalado por Schauer – no ha quitado del todo el margen de discrecionalidad; sí la ha reducido drásticamente⁵⁹. En esta guía las cues-

⁵⁹ Schauer, F., *op. cit.*, pp. 251-265. Ver también referencia en nota al pie n.º 28.

tiones personales como el nivel socioeconómico, la edad, la posesión o no de trabajo, la situación familiar, etc. se encuentran excluidas como factores relevantes para determinar la pena: ella solo comprende las circunstancias personales que hayan afectado de modo más directo al hecho. Schauer explica que el objetivo de esto es poder lograr la mayor objetividad posible; si bien no es siempre fácil determinar el «grado de cooperación con la justicia», ciertamente es más fácil determinar esto que cuánto influye la condición socioeconómica en el merecimiento de castigo por un hecho ilícito puntual⁶⁰.

Si bien este es un modo muy eficaz de solucionar los problemas de la dispersión, la falta de uniformidad, la falta de fundamentación adecuada y la arbitrariedad, si en nuestro país tuviésemos una guía similar, continuaríamos sin solucionar el problema de fondo. Es decir, sin establecer qué criterios *deberían* contar a la hora de determinar la pena. Incluso si contáramos con una grilla tasada de montos de pena para cada una de las consideraciones del art. 41 CP, todavía restaría responder la pregunta acerca de si está bien tener en cuenta circunstancias como la edad, y por qué. Lo que se necesita, en definitiva, es una decisión de política criminal que busque no solo reducir la discrecionalidad delegada, sino también dar un mensaje claro a los órganos decisores acerca de cuáles aspectos resultan relevantes para atenuar o agravar una pena.

Con respecto a los aspectos objetivos del art. 41 del Código Penal, entonces, no habría más problemas si contásemos con una guía tasada que indique, por ejemplo, cuáles son las posibilidades de «extensión del daño» en cada tipo de delito y cuánta pena debe sumarse en cada caso. Lo mismo podría hacerse en relación a la «naturaleza de la acción», los «medios empleados» y el «peligro causado». Esto podría realizarse siempre en la medida en que las circunstancias del hecho no estén ya consideradas en el tipo penal, para evitar la doble valoración⁶¹.

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ Esta idea la he leído en Ziffer, P., *op. cit.* Además, la prohibición de doble valoración resulta coincidente con la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en donde se especifica que constituye una violación al principio del *non bis in ídem* (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 74, *Cuellos*, 15/08/2001; Sent. N° 62, *Pesci*, 02/07/2001;

Es decir, para el delito de robo con arma, la guía no podría agravar la pena en la consideración de «medios empleados» por el uso de un arma, pues esto ya está plasmado en el tipo y la escala penal ya ha contemplado ese elemento.

Respecto del problema de los elementos subjetivos, creo que hay una alternativa: ponderarlos solo en la medida en que incidan *directamente* en el hecho delictivo. Esta idea, si bien considera algunos aspectos subjetivos, respeta el principio de equidad en la distribución del castigo en la medida en que trata a todas las personas por igual, diferenciándolos solo en cuanto a las categorías que admite la dogmática penal y la teoría del delito. Claramente puede ponderarse en la pena el grado de participación que haya tenido cada uno de los intervinientes en el delito, pues esto *hace* al hecho delictivo en sí mismo, aunque esté incluido dentro de los aspectos subjetivos. Además, autores como Peralta consideran que los aspectos subjetivos relevantes aquí son aquellos que conforman la parte subjetiva del injusto, es decir, el dolo, la imprudencia y la intención⁶². Respetando estas consideraciones, sin duda los tribunales lograrían no solo mayor uniformidad en las decisiones, sino también un mayor grado de justicia en el caso concreto, reduciendo la posibilidad de arbitrariedades.

Claramente, esta es una propuesta de *lege ferenda*. Hay buenos motivos para dejar de lado los aspectos subjetivos que no guardan relación con el hecho: la afectación del principio de igualdad en la imposi-

Sent. N° 41, *Argüello*, 17/03/2015, entre otras). Además, el Tribunal Superior de Justicia cordobés añade que la consideración agravante de aspectos vinculados a la naturaleza, cantidad o medios empleados en el delito que en un sentido amplio puedan considerarse incluidos en la figura legal, sólo podrán computarse en sentido agravante cuando se trate de circunstancias susceptibles de *graduación*. Por ejemplo, la muerte de la víctima no puede agravar la pena del art 79 CP, pues es parte del tipo, pero sí pueden valorarse como agravantes, por incluir singularidades que otorgan al hecho una especificidad frente a la consideración abstracta, que se haya matado a la víctima ahorcándola, debido a la mayor crudeza y sufrimiento que ese modo de matar implica (sin ingresar en la hipótesis de ensañamiento). Este último ejemplo fue obtenido de los lineamientos elaborados por la Relatoría Penal de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, «Planteos frecuentes detectados en impugnaciones dirigidas a la pena impuesta», 2015.

⁶²Peralta, J. M., *op. cit.*, p. 616.

ción del castigo (a hechos iguales corresponden penas iguales), la falta de estereotipos válidos que puedan ser utilizados objetiva, uniforme y previsiblemente en la imposición de la pena y el amplio margen de decisión discrecional de los tribunales que muchas veces, dada la falta de requerimiento específico de fundamentación adecuada, deriva en una decisión arbitraria.

VII. Observaciones finales

Las consideraciones anteriores pretendieron trazar un mapa de inconvenientes vinculados al amplio margen de discrecionalidad delegada a los tribunales en materia de individualización de la pena. El abanico de problemas es vasto, pero aquí se ha hecho hincapié en los errores ocasionados por los sesgos cognitivos de grupo y la aplicación de falsos estereotipos sin base empírica, en la ponderación de los elementos subjetivos. Claro que existen muchos más, que serán objeto de ulteriores trabajos de investigación.

A modo de conclusión, puede decirse que si bien existen numerosas dificultades a la hora de establecer criterios claros para mejorar la tarea de la individualización de la pena, esto no es imposible. Deben tomarse muchas decisiones de política criminal a tal efecto. En lo personal, creo que es deseable que haya más seguridad y previsibilidad, y con ello, más respeto de la *Rule of Law*, que estricta individualización, la cual cuenta siempre con el riesgo de convertirse en discriminatoria y prejuiciosa en el caso concreto, aun cuando sea favorable al imputado.

No obstante, más allá de las recomendaciones que podamos realizar desde el análisis crítico filosófico o desde la dogmática penal, es necesario que esto se plasme en la ley. Esta es la mejor manera de reducir el ámbito de discrecionalidad delegada que poseen hoy los tribunales de sentencia. En una eventual modificación de la ley de fondo, deberíamos contar con una guía tasada que oriente de modo unívoco a los órganos decisores para determinar la pena y que no tenga en cuenta consideraciones subjetivas más allá de las estrictamente relacionadas al hecho delictivo en cuestión.

Mientras esta – muy deseable – modificación legislativa no ocurra, igual pueden encontrarse criterios para mejorar la labor judicial. Afortunadamente esta noción de discreción reglada y delegada, a diferencia de la discreción fuerte, «no solo es compatible con la idea de legalidad, sino que, precisamente, presupone la posibilidad de formular juicios de corrección acerca de las decisiones de los jueces»⁶³. Dentro de esta posibilidad de realizar juicios de corrección es que pueden señalarse algunas sugerencias generales que se desprenden de este trabajo.

En primer lugar, los tribunales deberían abstenerse de llegar a conclusiones precipitadas o repetir dogmas vacíos («a favor, considero su juventud»). En segundo lugar, si van a utilizar generalizaciones basadas en estereotipos, deberían hacer referencia a estudios empíricos que

demuestren correlaciones comprobables, pero estas consideraciones deberían, a su vez, ser consecuentes con el análisis de la imputabilidad del autor. Por ejemplo, no tendría sentido atenuar la pena de alguien porque no pudo comprender acabadamente la ilicitud de un hecho, sin considerar esto un error de prohibición. Por último, no deberían nunca basarse en las llamadas «categorías sospechosas». Agravar la pena a alguien porque es «extranjero», «comunista», «homosexual», «negro» (entre otras categorías históricamente consideradas discriminatorias⁶⁴), es absolutamente contrario a derecho y, como las decisiones discrecionales de este tipo sí admiten un control de legalidad, las aquí mencionadas a modo de ejemplo, no pasarían el test.

Referencias bibliográficas

Arena, F. J., «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos», en este volumen.

Arena, F. J., «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016.

⁶³ Caracciolo, R., *op. cit.*, p 255.

⁶⁴ El art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria n.º 23.592 (B.O. 03/04/97) considera estas categorías: «raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos».

- Dworkin, R. *Los derechos en serio*, España, Planeta, 1993.
- De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D., «Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 37, 2016,
- Demetrio Crespo, E., *Prevención General e Individualización de la Pena*, Madrid, BdF, 2016.
- Domeniconi, D., «Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena: Análisis de un caso de arbitrariedad» en Bouvier, H. y Arena F., (Dirs.) *Derecho y Control: problemáticas específicas. Análisis Jurisprudencial*, 2018. Disponible en: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11119/Derecho%20y%20control%20-%20Análisis%20jurisprudencial%20-%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Feijoo Sánchez, B., «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2007.
- Ferniot, C. y Arreguine, N., «El concepto de igualdad y las categorías sospechosas: el caso Hooft», en Rossetti, A., y Álvarez, M. (coords.) *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2010.
- Iglesias Vila, M., «El concepto de discreción judicial», en *El problema de la discrecionalidad judicial (Una aproximación al conocimiento jurídico)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- García Amado, J.A., «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, Nº 35, julio-diciembre, 2006.
- Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Buenos Aires, Fabián di Plácido, 2003.
- Levy, B.R., y Banaji, M.R., «Implicit ageism», en Todd, N. (ed.) *Ageism Stereotyping and Prejudice against Older Persons*, Estados Unidos, Massachusetts Institute of Technology, 2002.

- Lista, Carlos (Dir.), «La individualización judicial de la pena», en *Violencia Familiar y Análisis de Sentencias en el Fuero Civil, Penal y Laboral, Colección Investigaciones y Ensayos*, Tomo 4, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2009.
- Lochner, L., *Education, Work, and Crime: Theory and Evidence*, Rochester, Rochester Center for Economic Research, 1999.
- Mañalich, J. P., «¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?», *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal*, Centro de Documentación de la Defensoría Pública, Chile, 2009.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Rapertror, 2011.
- Muñoz Aranguren, A., «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, abril 2011.
- Peralta, J. M., «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008.
- Roxin, Claus, «Fin y justificación de las penas y medidas de seguridad», en *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, del Puerto S.R.L., 1993.
- Saba, R., «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Recuperado de: https://www.academia.edu/11571842/Desigualdad_Estructural_y_Categor%C3%ADas_Sospechosas.
- Sancinetti, M., *Casos de Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- Schauer, F., *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Estados Unidos, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Schünemann, B., «Sobre la crítica a la prevención general positiva», en Silva Sánchez, J. M. (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje Roxin*, Barcelona, 1997.

- Tversky, A. y Kahneman, D., «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases», en *Science*, Vol. 185, Nº 4157, 1974.
- Van Weezel, A. de la C., «Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena», *Revista Chilena de Derecho*, Vol 24, Nº3.
- Von Hirsch, A., Knapp, K. y Tonry, M., *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, Boston, 1987.
- Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2012.
- Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Zysman Quirós, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las Sentencing Guidelines*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Legislación

- Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Artículos 40 y 41 [Título V] Código Penal Argentino. [Ley 11.179, 1921, t.o.1984].
- Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Artículo 41 *quater* [Título V] Código Penal Argentino. [Ley 25.767, B.O. 01/09/2003].
- Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Artículo 41 *quinquies* [Título V] Código Penal Argentino. [Ley 26.734, B.O. 28/12/2011].

Jurisprudencia

- Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. Nº 37, 05/10/2016.
- Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba,

ba, Sent. N.º 38, 21/11/2012.

Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. N.º 15, 07/05/2014.

Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, Sent. N.º 23, 22/07/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N.º 74, *Cuellos*, 15/08/2001.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N.º 62, *Pesci*, 02/07/2001.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N.º 41, *Argüello*, 17/03/2015.

Prisión perpetua en Argentina

Life imprisonment in Argentina

Por Valentina Risso*

Resumen: El artículo tiene como primer propósito sistematizar la normativa relativa a la pena de prisión perpetua en el derecho penal argentino, relevando las últimas modificaciones legislativas del Código Penal y las incongruencias normativas generadas. En segundo término, se expondrán los argumentos de los tribunales tendientes a justificar la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. En razón de ellos, formularé las críticas pertinentes. Finalmente, se analizará la prisión perpetua en relación a la finalidad de reinserción social, la crueldad y el principio de humanidad.

Palabras clave: prisión perpetua, ley de ejecución penal, reinserción social, prisión perpetua revisable, dignidad humana.

Abstract: The principal purpose of this article is to systematize the regulations related to life imprisonment in Argentina, relieving the latest legislative amendments to the Criminal Code and the normative inconsistencies generated. Furthermore, I will examine the court arguments that tend to justify the constitutionality of life imprisonment sentences. I will then formu-

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta de Derecho Penal I, Cat. «B» (Facultad de Derecho, UNC). Especializanda en Derecho Penal (UNC). Córdoba, Argentina. E-mail: vale0288@hotmail.com

Un especial agradecimiento a los directores del equipo de investigación como a sus integrantes por los invalorable aportes y críticas al proyecto. Asimismo, agradezco especialmente a Consuelo Beltrán, Luis Rojas y Horacio Carranza, quienes colaboraron durante la gestación de la idea.

late the pertinent criticisms. Finally, I will analyze life imprisonment in relation to the purpose of social reintegration, cruelty, and the principle of humanity.

Key words: life imprisonment, criminal enforcement law, social reintegration, revisable permanent imprisonment, human dignity.

I. Introducción

En el derecho penal argentino la determinación de la pena en el proceso penal sigue, por regla, un sistema denominado de determinación legal relativa, esto significa que durante la etapa legislativa – conminación o amenaza de pena – , el legislador nacional fija en el Código Penal (en adelante, C.P.) un marco penal, una escala, que prevé un mínimo y un máximo de pena para cierto delito, teniendo en cuenta el bien jurídico afectado, el modo de ataque al mismo y otras consideraciones de política criminal. Tras ello, ante un delito concreto, el juez deberá individualizar, dentro del marco penal asignado por el legislador para esa figura penal, cuál es la pena concreta a imponer a quien participó de dicho ilícito, teniendo en cuenta los criterios estipulados por el legislador (arts. 40 y 41 del C.P.). Esto es lo que se conoce como discrecionalidad reglada del juez en la individualización de la pena. Concretamente, el art. 5 del C.P. establece como consecuencia, ante la comisión de un delito, las penas de reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Las penas reclusión y de prisión, consistentes esencialmente en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, se subdividen en «temporales» o «divisibles» – tienen un plazo determinado de duración fijado en días, meses o años – o «perpetuas» o «indivisibles» – están preestablecidas por el legislador y su duración es indefinida – . Se advierte entonces que, para ciertos delitos considerados por el legislador especialmente graves – v.gr. homicidios calificados, art. 80 del C.P. – , la determinación legal es absoluta, previéndose una única sanción penal, esto es, la prisión o reclusión perpetua. En lo sucesivo, me referiré exclusivamente a la prisión perpetua, por cuanto la pena de reclusión

puede considerarse virtualmente derogada por la ley de ejecución de pena privativa de libertad n° 24.660¹.

Por lo tanto, cuando el legislador dispuso la imposición de la pena de prisión perpetua para determinados delitos – arts. 80; 124; 142 bis, anteúltimo párrafo; 144 ter inc. 2, primer supuesto; 170, anteúltimo párrafo, del C.P. –, restringió de este modo el margen de actuación del juez en la individualización judicial de la pena. Es decir, si la conducta llevada a cabo por el imputado se subsume en alguna de dichas figuras penales, el juez deberá aplicar la pena de prisión perpetua independientemente de las aristas que presente el injusto penal o las particularidades del autor.

Lo que se analizará seguidamente es la normativa vinculada con la pena de prisión perpetua en el código penal argentino y la ley de ejecución de pena privativa de libertad, así como cuáles son sus alcances. No abordaré en este trabajo los cuestionamientos que se le han hecho al legislador por ello, esto es, relativos a que al determinar una pena absoluta invade las competencias jurisdiccionales, que ello atenta contra el principio de culpabilidad por el hecho y que se vulnera el principio de proporcionalidad².

¹ La pena de reclusión fue contemplada a principios del siglo XX como particularmente aflictiva, ya que imponía al recluso trabajo obligatorio (art. 6 del C.P.) y otras normas también le dispensaban al condenado a reclusión un tratamiento más gravoso. Sin embargo, tanto la prisión como la reclusión han tenido un tratamiento homogéneo tanto en la ley nacional de ejecución penitenciaria n° 24.660 como en el modo en que efectivamente se cumplen ambas penas (Véase Fleming, A. y López Viñals, P., *Las penas*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2009, p. 486. También Huñis, R.D., «La pena de privación de libertad» en Fellini, Z. (dir.), *Ejecución de penas privativas de libertad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p.121). Por lo tanto, si bien tras sucesivas modificaciones del Código Penal, la pena de reclusión no fue derogada por el Poder Legislativo, lo cierto es que así lo ha entendido en parte el máximo tribunal argentino (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Méndez», 22/02/2005, M. 447. XXXIX, Fallos 328:137, *obiter dictum* de Petracchi, Maqueda y Zaffaroni). Por esta razón es que en lo sucesivo me referiré tan sólo a la pena de prisión perpetua.

² Al respecto, véase Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. También Terragni, M. A., *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2017, p. 195.

En principio, conviene aclarar que el código penal argentino no brindó una definición legal de la pena de prisión perpetua como así tampoco reglamentó normativamente su duración. Por su parte, la Real Academia Española define perpetuo como aquello «que dura y permanece para siempre».

II. Estadísticas

De acuerdo al último informe del sistema nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena (S.N.E.E.P.), la población penitenciaria en Argentina ascendía – al 31 de diciembre de 2017 – a 92.161 personas (incluidas las personas procesadas y las detenidas en comisarías), esto significa que la tasa de encarcelamiento en nuestro país asciende a 209,24 personas cada cien mil habitantes³.

Ahora bien, del total de las personas condenadas – esto es, 46.405⁴ – se encuentran cumpliendo pena de prisión perpetua 1.904 personas (4%)⁵.

III. Sistematización normativa

En materia de aplicación de la ley penal en el tiempo se aplica, por regla general, la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo y, en caso de que la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la aplicable al momento de pronunciarse la sentencia de condena o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna (art. 2 del C.P.).

En lo que atañe a la pena de prisión perpetua en el derecho penal argentino, en los últimos años existieron sucesivas reformas penales

³ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Sistema Nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP): Informe Anual de la República Argentina 2017*. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2017.pdf

⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵ *Ibidem*, p. 27.

que agravaron – ya sea mediante la prolongación del tiempo de encarcelamiento requerido para que el condenado obtenga algún tipo de libertad anticipada o bien a través de la exclusión de derechos penitenciarios – la situación de los condenados a prisión perpetua. Por dicha razón, en la actualidad existen tres normativas aplicables en relación a la pena de prisión perpetua, según cuál haya sido la fecha en que se cometió el ilícito.

En el siguiente cuadro se expone, brevemente, las diferencias entre las tres legislaciones existentes en materia de prisión perpetua, que son útiles a tener presentes puesto que en las cárceles argentinas existen condenados a prisión perpetua que cumplen condena por hechos cometidos antes de la reforma operada en el año 2004, otros con posterioridad a ella y antes de la reforma del 2017 y, finalmente, los que ejecutan su condena por hechos cometidos con posterioridad a ésta.

| COLUMNA 1 Ley aplicable ⁶ | COLUMNA 2 Libertad condicional | COLUMNA 3 Casos excluidos de la obtención de libertades anticipadas | COLUMNA 4 Otras restricciones |
|---|--|---|---|
| Código Penal Argentino. Desde 29/10/1921 hasta el 3/6/2004 | Art. 13 C.P. Los condenados a pena de prisión perpetua que hubieran cumplido 20 años de condena y observado con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento. | -Art. 13 C.P., <i>a contrario sensu</i> , los condenados que no reúnan los requisitos subjetivos para obtener la libertad condicional (ej. incumplimiento de la observancia regular de los reglamentos penitenciarios, es decir, mala conducta por registrar sanciones disciplinarias). -Art. 14 C.P., no admite la concesión de | Art. 17 y 23, ley 24.660 (B.O. 16/7/1996). Para acceder al régimen de salidas transitorias y semilibertad los condenados a penas perpetuas requerían haber cumplido 15 años de condena, entre otros requisitos. |

⁶ El art. 5 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) establece la vigencia de las leyes y estipula que éstas «... rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen».

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | <p>la libertad condicional a los reincidentes. -Art. 17 C.P., si se le hubiere revocado al condenado una libertad condicional concedida no podrá obtenerla nuevamente</p> <p>-Art. 54 Ley 24.660, restringía la concesión de la libertad asistida, seis meses antes del cumplimiento total de la pena temporal -es decir, excluiría las penas perpetuas-, sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal.</p> | |
| <p>Ley n° 25.892 (B.O. 26/5/2004). Rige para hechos cometidos desde el 4/6/2004 hasta el 5/8/2017.</p> | <p>Art. 13 C.P. Podrán obtenerla por resolución judicial los condenados a pena de prisión perpetua que hayan cumplido 35 años de condena y, además, observado con regularidad los reglamentos carcelarios, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social.</p> | <p>- Art. 13 C.P., <i>a contrario sensu</i>, los condenados que no reúnan los requisitos subjetivos para obtener la libertad condicional (ej. ídem anterior) -Art. 14 C.P., primer supuesto, no admite la concesión de la libertad condicional a los reincidentes. -Art. 14 C.P., segundo supuesto, prohíbe la concesión en los casos de condenados en función de los arts. 80 inciso 7°, 124, 142 bis, anteuúltimo párrafo, 165 y 170, anteuúltimo párrafo, del CP. -Art. 17 C.P., si se le revocare la libertad condicional concedida no podrán vol-</p> | <p>Mediante ley n° 25.948 (B.O. 12/11/2004) se incorporó a la LEP el art. 56 bis: -No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por delitos comprendidos en los arts. 80, inciso 7, 124, 142 bis, anteuúltimo párrafo, 165, 170, anteuúltimo párrafo del C.P. -Tampoco podrán obtener - los enunciados precedentemente- los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida.</p> |

| | | | |
|--|---|--|--|
| | | <p>ver a obtenerla nuevamente. -Mediante Ley nº 25.948 (B.O. 12/11/ 2004) se incorporó a la Ley 24.660 el art. 56 bis, cuyo último párrafo impide obtener la libertad asistida a ciertos condenados a prisión perpetua (sólo comprendidos en los arts. 80, inciso 7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165, 170, anteúltimo párrafo del C.P.)</p> | |
| <p>Ley nº 27.375 (B.O. 28/7/2017). Rige para hechos cometidos desde el 6/8/2017 hasta la fecha</p> | <p>Mantuvo la redacción del Art. 13 del C.P. conforme la ley referida nº 25.892 (B.O. 26/5/ 2004)</p> | <p>- Art. 13 C.P., <i>a contrario sensu</i>, los condenados que no reúnan los requisitos subjetivos para obtener la libertad condicional (ej. ídem anterior).</p> <p>-Art. 14 C.P., primer supuesto, no admite la concesión de la libertad condicional a los reincidentes.</p> <p>-Art. 14 C.P., segundo supuesto, amplió la categoría de delitos excluidos de la concesión de la libertad condicional, entre los cuales incluyó a todos aquellos condenados por delitos castigados con la pena de prisión perpetua, entre otros.</p> <p>-Art. 14 C.P., si se le revocare la libertad condicional concedida no podrán volver a obtenerla nuevamente.</p> | <p>-Modificó el art. 15, ley 24.660 y dispuso que para acceder al período de prueba en los casos de penas de prisión perpetuas se requieren 15 años de prisión como mínimo (en Córdoba se accedía a dicho período luego de 12 años), además de otros requisitos más restrictivos que antes (requieren poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar).- Modificó el art. 17, 23 y 56 bis, ley 24.660, proscribiendo la concesión de las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad en el caso de los condenados a prisión perpetua. Modificó el art. 35, ley 24.60, prohibiendo la concesión de la</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | prisión discontinua y la semidetención en los casos de condenados a prisión perpetua). |
|--|--|--|--|

Durante las distintas reformas se mantuvo incólume la inhabilitación absoluta, prevista por los arts. 12 y 19 del C.P., por el tiempo que dure de la condena – la que podrá extenderse hasta tres años más si así lo resuelve el tribunal – .

IV. Análisis normativo. Incongruencias de la Ley n° 27.375

Tal como puede observarse del cuadro anterior – columna n°3 relativa a «casos excluidos de la obtención de libertades anticipadas» – existen varios supuestos de condenados a prisión perpetua cuya pena es totalmente indefinida, sin fecha de caducidad o extinción, ya que no pueden obtener la libertad condicional ni la libertad asistida por diferentes motivos. No obstante, existe en el imaginario social en general – incluidos profesionales del derecho, empleados y funcionarios judiciales – la creencia de que en el ordenamiento argentino si bien se contempla la prisión perpetua la misma nunca se ejecuta *sine die*. Estimo que esta creencia errónea se explica, en gran parte, por los fallos judiciales cuyos argumentos – que se analizarán luego – han favorecido la confusión al respecto.

El Código Penal Argentino prevé un único supuesto de extinción de la pena de prisión perpetua, para el caso del condenado – no reincidente – , que haya obtenido su libertad condicional (para lo cual, como se vio, actualmente se requieren 35 años de cumplimiento efectivo de prisión para poder solicitarla⁷), que además haya cumplido con

⁷ Art. 13 del C.P. (modificado por Ley N° 25.892, B.O.26/5/2004). La normativa anterior, como se vio, estipulaba un término significativamente menor, de veinte años, que aún rige para los condenados por hechos anteriores a la entrada en vigor de la mencionada ley.

las condiciones impuestas para el mantenimiento de la libertad⁸ y, finalmente, que haya transcurrido el plazo de cinco años sin que le haya sido revocado el beneficio (art. 16 del C.P.). Es decir, el único supuesto de extinción de la pena perpetua sería luego de transcurridos 40 años de cumplimiento de pena⁹, en el supuesto de condenados no reincidentes.

No obstante lo dicho, el panorama de los condenados a prisión perpetua se oscureció aún más tras la reforma del C.P. con la Ley n° 27.375 (B.O. 28/07/2017). Dicha ley adolece de múltiples incoherencias e incluso incurre en antinomias con el Código Penal.

Se advierte que la referida ley proclama un régimen penitenciario progresivo, en el cual el tratamiento penitenciario se focaliza en el *interno* con el objetivo de su readaptación y posterior regreso a la vida en sociedad. Concretamente, utiliza términos tales como «reinserción social», «rehabilitación», «tratamiento individualizado», «régimen penitenciario progresivo», «paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena». Sin embargo, en lo relativo a los condenados a prisión perpetua, la ley proscribiera toda posibilidad de obtener la libertad condicional, la libertad asistida e incluso la posibilidad de alcanzar institutos contemplados para quienes están incorporados en el período de prueba (salidas transitorias o la semilibertad). Es decir, por un lado pregona la reinserción de los condenados – sin distinción de tipos de delitos ni de condenas – pero por el otro, veda por completo a los condenados a prisión perpetua la posibilidad de recuperar, en algún momento, su libertad.

Nótese que la referida ley n° 27.375 no modificó el art. 13 del C.P. que permite a las personas condenadas a prisión perpetua la ob-

⁸ Entre las condiciones que se imponen para la libertad condicional se encuentran: residir en el lugar que determine el auto de soltura; observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; no cometer nuevos delitos; someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos (art. 13 C.P.)

⁹ Si el hecho fue cometido con anterioridad a la Ley N° 25.892, B.O.26/5/2004, el plazo para la extinción de la pena perpetua se reduce a 25 años.

tención de la libertad condicional una vez que, entre otros requisitos, hayan cumplido 35 años de encierro. Sin embargo, dicha ley sí modificó el artículo siguiente (14 del C.P., segunda parte) prohibiendo la concesión de la libertad condicional a los que hayan sido condenados por determinados delitos, entre los cuales incluyó todas las figuras penales que prevén la pena de prisión perpetua. Se advierte, por lo tanto, una contradicción normativa entre el art. 13 y el 14 del C.P. cuyo problema deberá resolver el juez de ejecución competente.

Por otra parte, la ley nº 27.375 modificó el art. 54 de la ley 24.660 y prohibió conceder la libertad asistida a los condenados por delitos previstos en el art. 56 bis de esa ley que incluye – entre otros supuestos – todos los delitos penados con prisión perpetua. Asimismo, les prohibió a los condenados a prisión perpetua acceder a los beneficios comprendidos en el período de prueba, tales como salidas transitorias, semilibertad, etc. (art. 56 bis, ley nº 24.6660).

Finalmente, lo más curioso de la ley nº 27.375 fue la incorporación del art. 56 *quater* a la ley de ejecución nº 24.660, en el cual se reglamenta que los condenados por delitos previstos en el art. 56 bis – en el cual se incluyen, entre sus supuestos, a los condenados por delitos conminados con prisión perpetua – accederán a un *régimen preparatorio para la liberación*. Dicho régimen está elaborado a través de un programa específico de carácter individual, que se implementará un año antes del cumplimiento de la condena y cuando el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y previo informe de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social. Dado que el art. 56 *quater* no exceptúa de este régimen de liberación anticipada a los condenados con prisión perpetua, cabe preguntarse *¿cuándo puede entenderse un año antes del cumplimiento de la condena* en los casos de reos a prisión perpetua? Esta es una más de las incongruencias de la reforma operada en el año 2017.

Como se advierte, en el derecho argentino son escasísimas las posibilidades de los condenados a pena de prisión perpetua de retornar con vida a la libertad, incluso para quienes pueden gozar de la libertad condicional el plazo es tan excesivo – 35 años, desde la reforma de la ley nº 25.892 (B.O. 26/5/2004) – que la pena se convierte en una condena a morir tras las rejas. En este sentido, se ha dicho que «(…) si se toma

en consideración que la expectativa de vida en la Argentina es de 72 años, se debería concluir en que todas aquellas personas de 37 años o más que sean condenadas a prisión perpetua, estadísticamente hablando, habrán de morir en prisión»¹⁰. En el mejor de los escenarios, los condenados a prisión perpetua podrán acceder a la prisión domiciliaria una vez que alcancen los 70 años de edad o bien si se verifica alguno de los supuestos contemplados en los restantes incisos de carácter taxativo (art. 10 del C.P. y art. 32 de la ley 24.660). Sin embargo, la eventual obtención de la prisión domiciliaria de modo alguno significa el recupero de la libertad de los condenados a prisión perpetua, ya que sigue siendo una modalidad de cumplimiento de prisión que se concede por motivos humanitarios, lo que no puede equipararse nunca a la libertad plena.

V. Breve reseña jurisprudencial

El máximo tribunal nacional convalidó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua en tanto existan mecanismos de liberación anticipada¹¹. Concretamente, se considera que la pena perpetua «(…) no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida». Sin embargo, como se vio en el cuadro, la nueva regulación establecida mediante la ley n° 27.375 (B.O. 28/7/2017) prohíbe el acceso a cualquier instituto liberatorio a los condenados a penas de prisión perpetuas. Por dicho motivo, en lo que a este aspecto se refiere, la ley n° 27.375 es inconstitucional.

Una posición minoritaria la representa el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, en la causa «Estévez», en el cual reconstruye el sistema

¹⁰ Juliano, M. A. y Ávila, F., *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª Ed., Del Puerto S.R.L., 2012., p.78.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Giménez Ibáñez», 4/7/2006, Fallos 329:2440.

normativo y el límite máximo de las penas de prisión a partir de la ley nº 26.200 de implementación del Estatuto de Roma¹².

En el ámbito de la provincia de Córdoba, el argumento principal para legitimar la constitucionalidad de la prisión perpetua se traduce igualmente en el intento de relativizar el carácter perpetuo de la prisión ante la posibilidad del condenado de acceder a algún instituto liberatorio de los contemplados en el Cód. Penal y en la ley nacional de ejecución de pena privativa de libertad nº 24.660. En prieta síntesis, se sostiene que la pena perpetua es rígida sólo en apariencia y que no se trata de una sanción desproporcionada a la infracción, irrazonable ni vulneratoria de los principios de prohibición de exceso o de mínima suficiencia como respuesta punitiva para ese delito, ni vulneratoria del principio de culpabilidad por el hecho¹³.

Como se advierte, al sostenerse que la pena de prisión perpetua es de *aparente rigidez* se brinda tan sólo un argumento dogmático, desde que se alude a una mera contingencia – es decir, que puede o no suceder –, la mera *posibilidad* de acceder a otros tipos de alternativas a la prisión, que desconoce la realidad penitenciaria pues, en la mayoría de los casos, los condenados a pena de prisión perpetua no acceden a dichos institutos y ni siquiera tienen una expectativa cercana de avanzar en las fases del tratamiento penitenciario de mayor flexibilidad. Por otra parte, el principal argumento – no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada pues el condenado puede acceder a beneficios liberatorios – pierde vigencia si se tiene en cuenta que la ley nº 27.375, del año 2017, restringe estas «posibilidades» de obtener la libertad a los condenados a penas perpetuas y las leyes anteriores a ésta también poseen escasas o nulas posibilidades – en ciertos casos como se advierte en el cuadro – de obtener libertades anticipadas.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Estévez», 8/6/2010, Fallos 333:866. Véase Juliano, M. A. y Ávila, F., *op. cit.*, p. 95-96. También Zaffaroni, E. R., «El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente», *La Ley*, 10/05/2010. Cita Online: AR/DOC/3149/2010

¹³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, en pleno, autos: Sent. N° 162, *Rosas*, 22/6/10; Sent. N° 271, *Bachetti*, 18/10/10; Sent. N° 424, *Gosteli*, 20/12/13; Sent. N° 151, *Mansilla*, 07/05/2015; Sent. N° 468 *Maldonado*, 19/10/2015, entre otros.

Por otra parte, el tribunal de alzada cordobés evadió tratar la dudosa constitucionalidad de la extensión del plazo de 20 a 35 años para gozar de la libertad condicional en los casos de penas perpetuas, que fuera introducido en el año 2004 en el art. 13 del C.P. – vigente en la actualidad –, ya que para el tribunal dicho agravio no es actual, pues resulta «innecesario ocuparse ahora de una cuestión que no se planteará antes del año 2024»¹⁴. No obstante, el agravio si es actual pues el tiempo de encierro que el condenado a prisión deberá cumplir necesariamente antes de la concesión de la libertad condicional es fundamental para la administración penitenciaria a los fines de programar el avance en las diferentes etapas de tratamiento penitenciario.

En cuanto a los planteos defensivos relativos a que el Estatuto de Roma prevé la revisión de la prisión perpetua luego de 25 años de condena, se sostuvo que no se trata de una ley penal más benigna, puesto que entendió que conforme el art. 80 del propio Tratado todo el sistema de penas previsto en el Estatuto es subsidiario en relación con los derechos penales nacionales¹⁵.

Finalmente, en un fallo sin precedentes en la justicia provincial se admitió la conversión de una pena perpetua en una pena temporal a través de la rectificación de cómputo, ello en el caso de un condenado a prisión perpetua que estaba gozando de una libertad condicional y reincidió en el delito, por lo que fue nuevamente juzgado y condenado. Al respecto, sostuvo que «(···) conforme al tiempo de cumplimiento parcial de la condena, debía ser computado y estaba sujeto entonces a la determinación judicial de la pena única los cinco años de prisión pendientes de cumplimiento, y no el total de la prisión perpetua (···)», enfatizando que el tribunal de mérito «(···) se encontraba frente a dos condenas temporales»¹⁶.

¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Bachetti*, citado.

¹⁵ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 570, *Aveldaño*, 14/12/15.

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 366, *Venosta*, 07/08/2017. Analicé este fallo en profundidad en: «Prisión perpetua: ¿cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba?», *Revista Foro de Córdoba*, Año XXVII, marzo 2018, pp. 127-140.

VI. Prisión perpetua revisable

En Europa, en la mayoría de los países que contemplan la cadena perpetua, existe la posibilidad de revisar la pena después de que el condenado haya cumplido un mínimo de la condena de prisión fijado por la ley¹⁷. Por ejemplo en España, durante el año 2015, se introdujo la «prisión permanente revisable» (art. 33, inc. 2 «a», Cód. Penal Español), que prevé su revisión una vez que el condenado, entre otros requisitos, haya cumplido veinticinco años de prisión efectiva, luego de lo cual el tribunal evaluará la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 36 inc. 1, 78 bis, 92). No obstante la existencia en el derecho penal español de esta posibilidad de revisión, la prisión permanente es considerada, por destacada doctrina, una pena inconstitucional e inhumana¹⁸.

Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁹ admite la imposición de la reclusión a perpetuidad en caso de crímenes contra la humanidad y cuando lo justifiquen la extrema gra-

¹⁷ Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relevó el tiempo necesario para la revisión de la condena perpetua impuesta en los países de la comunidad: Albania (25 años), Armenia (20), Austria (15), Azerbaiyán (25), Bélgica (15 con la extensión de 19 a 23 años en caso de reincidencia), Bulgaria (20), Chipre (12), República Checa (20), Dinamarca (12), Estonia (30), Finlandia (12), Francia (normalmente 18 años pero se extiende a 30 años en caso de ciertos supuestos de asesinato), Georgia (25), Alemania (15), Grecia (20), Hungría (20 a no ser que el tribunal determine otro periodo), Irlanda (se prevé una revisión inicial por la Junta Penitenciaria después de cumplir 7 años de prisión, excepto en ciertos supuestos de asesinato), Italia (26), Letonia (25), Liechtenstein (15), Luxemburgo (15), Moldavia (30), Mónaco (15), Polonia (25), Rumanía (20), Rusia (25), Eslovaquia (25), Eslovenia (25), Suecia (10), Suiza (15 años reducible a 10), la antigua República Yugoslava de Macedonia (15), y Turquía (24 años, 30 en caso de pena a cadena perpetua agravada y 36 en caso de múltiples condenas a cadena perpetua agravada). Caso «Vinter y otros c. Reino Unido» (Demandas n° 66069/09, 130/10 y 3896/10), Sentencia de fecha 9/7/2013.

¹⁸ Arroyo Zapatero, L.; Lascuraín Sánchez, J. A. y Pérez Manzano, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, p. 41. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/9671/9788490442203.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁹ Aprobado en Argentina por Ley n° 25.390, implementado por Ley n° 26.200 (B.O. 09/01/2007).

vedad del hecho y las circunstancias personales del condenado (art. 77, inc. 1, b). Sin embargo, regula la facultad de la Corte de reducir la pena mediante una revisión que se hará luego de que el condenado a cadena perpetua haya cumplido veinticinco años de prisión y se verifique algún factor tal como la cooperación en las investigaciones y enjuiciamientos, la facilitación de manera espontánea en la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, o bien otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena (art. 110, inc. 3 y 4). Asimismo, estipula que los tres magistrados deberán evaluar los criterios fijados por el art. 223. Resulta claro entonces que el Estatuto de Roma contempla una posibilidad de revisión de la necesidad de la condena.

En Argentina, el juez Mario A. Juliano resolvió recientemente condenar a prisión perpetua a un imputado pero disponiendo que esa pena sea revisable luego de 20 años de encierro para determinar si continúa siendo útil, necesario y conveniente mantener al condenado privado de la libertad. En efecto, argumentó:

(...) un mecanismo de esta índole tiene arraigo en la proscripción de las penas crueles, inhumanas y degradantes y en la propia filosofía del artículo 18 constitucional, que veda que la prisión pueda ser empleada como un castigo. Pero también en el artículo 110 del Estatuto de Roma (aprobado por la República Argentina por ley 26.200) que admite la reducción de las penas por los delitos más graves concebidos por la humanidad una vez transcurridas las dos terceras partes de su duración. Como es obvio, si esto puede ocurrir en delitos excepcionales, mucho más justificado se encuentra en delitos comunes, que pese a su gravedad jamás podrán ser comparados con un genocidio... El período de veinte años para hacer la revisión no es caprichoso. En primer lugar, es proporcional a la gravedad del hecho. Pero también remite al plazo que era necesario purgar en prisión para acceder a la libertad condicional en el artículo 13 del Código Penal, previo a la reforma de 2004²⁰.

²⁰ El juez Juliano destaca en su veredicto que, anteriormente, recurrió a la declaración

Esta iniciativa fue replicada por otros tribunales nacionales²¹.

VII. Reinserción social y dignidad humana

Se acepta, sin mayores discusiones, que la pena de prisión tiene como objetivo esencial la reinserción social del condenado, la que se llevará a cabo a través de un tratamiento penitenciario, lo que tiene respaldo constitucional, convencional²² y legal (arts. 18 y 75 inc. 22 Const. Nac., art. 10.3 P.I.D.C.P., art. 5.6 C.A.D.H., art. 1 ley nacional n° 24.660). Por otra parte, cabe destacar que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (actualmente conocidas como «Reglas Nelson Mandela»²³), que tienen carácter orientador en nuestro derecho, también se encaminan en el mismo sentido a la «reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad» (Regla n° 4).

de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua o bien de las disposiciones legales que han extendido en forma inusitada la posibilidad de acceder a la libertad condicional, pero subraya que su tesis no ha logrado prosperar entre colegas o en los tribunales revisores. Tribunal Criminal n° 1 de la provincia de Buenos Aires «*Villanueva César Raúl s/homicidio agravado*», Sent. del 8 de junio de 2018, Expte. N° 5787. Fallo completo disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/fallos46627.pdf>. Consultado el 5/3/2019.

²¹ Al respecto, la jueza Leticia Lorenzo, del Tribunal Oral de Neuquén replicó la solución de Juliano en autos «*Hernández Carlos Luciano y otros s/ homicidio doloso agravado*», Sent. de fecha 17/7/2018 (legajo 92782/2017). Fallo disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47327-prision-perpetua-revisable-juicio-jurados>. Consultado el 5/3/2019.

²² Si bien los tratados internacionales se refieren a la «reforma y readaptación social de los penados», estos términos datan de la década de 1960, época de su redacción y en la que la idea correccionalista de la prisión se mantenía vigente. En la actualidad, se rechaza toda intromisión del Estado para la readaptación moral del individuo (programas de readaptación social máximos) y se reinterpreta el sentido de las normas conforme a la readaptación para la legalidad (programas de readaptación social mínimos), esto es, para que en libertad el sujeto logre adaptar su conducta a la norma (Véase Cesano, J. D., *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos. Principios generales, axiología constitucional y fuentes*, Córdoba, Alveroni, 2007, p. 103).

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas, 17/12/2015, promulgadas el 8/1/2016 mediante Resolución 70/175.

Lo que sí es materia de ardua discusión es si esta es la única finalidad de la pena o si existen otros fines (retributivos, preventivos generales, expresivos, etc.), si la reinserción social es un derecho subjetivo del interno o un principio orientador en materia penitenciaria y cuál debería ser el contenido de un programa tendiente a la reinserción²⁴.

Más allá de las respuestas concretas que se den a estas discusiones en torno a la reinserción social, si ésta es al menos una finalidad – aunque pueda no ser la única – a la cual debe encaminarse el tratamiento penitenciario²⁵, deberíamos entonces preguntarnos en los casos de condenados a prisión perpetua excluidos de todo tipo de incorporación a las flexibilizaciones del encierro (libertad condicional, libertad asistida, salidas transitorias o semilibertad) ¿qué sentido tiene implementar una serie de actividades orientadas a adaptar su conducta a la ley para vivir en sociedad (programas de readaptación social mínimos, readaptación para legalidad) si de ninguna manera podrá retornar a la libertad?, ¿el Estado renuncia a la finalidad de reinserción social de estos condenados?, ¿significa que la reinserción social es, en estos condenados, imposible de ser alcanzada *ex ante*, tornándose su encierro en mera prevención especial negativa (neutralización, inocuización)? O por el contrario ¿el fin de reinserción social se satisface con pretender obtener del interno una observancia regular a los reglamentos carcelarios, es decir, una buena adecuación a las normas penitenciarias?

Por otra parte, la prisión perpetua también nos obliga a reflexionar si el encierro de una persona por el resto de su vida, de manera indefinida, *sine die*, no es acaso una forma de crueldad o inhumanidad prohibidas (art. 5.2 de la C.A.D.H., arts. 7 y 10.A del P.I.D.C.P.). No

²⁴ Véase Arocena, G.A., «El tratamiento penitenciario en el derecho argentino», en Arocena, G. A., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

²⁵ Comparto la definición que brinda Arocena en relación a que el tratamiento penitenciario consiste en una oferta de actividades terapéutico- asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado, por lo tanto se compone de actividades de carácter voluntarias y debe programarse de manera individualizada por parte de la autoridad penitenciaria (Véase. Arocena, G. A., *op. cit.*, p. 21).

debería resultar difícil contestar afirmativamente si tenemos en cuenta las pésimas condiciones en las cuales se desarrolla la vida de los condenados en muchas de las cárceles de nuestro país, donde hay sobrepoblación, hacinamiento, casos de aislamiento absoluto – confinamiento en solitario – , violencia física, psicológica, sexual y tortura²⁶, donde el acceso a derechos como la salud, la educación, el trabajo no son garantizados por el Estado.²⁷

Pero si acaso pensáramos en un modelo totalmente antagónico, por ejemplo, si la prisión perpetua se llevara a cabo en una de las cárceles «modelos» de Suecia – país con una de las tasas de encarcelamiento más bajas del mundo por lo que debieron cerrar, en los últimos años, algunas cárceles – en la cual los detenidos poseen computadoras, gimnasio, televisión por cable y biblioteca, con mecanismos de seguridad mínimos y programas de aprendizaje de oficios, trabajo pago, entre otras cuestiones. ¿Seguiría siendo cruel o inhumana la prisión perpetua allí ejecutada? Considero que la respuesta debería seguir siendo afirmativa.

Independientemente de las condiciones existenciales en la cual se desarrolle la prisión perpetua, la crueldad e inhumanidad de la pena se manifiesta en la pérdida de autonomía y del derecho de autodeterminación del condenado con carácter indefinido, por el resto de su existencia, lo que implica la afectación a su dignidad humana al impedirle proyectarse como sujeto hacia el futuro, fuera de los márgenes de la prisión (cierto es que el condenado puede decidir ser padre o madre en prisión pero ello es dentro del ámbito penitenciario, al cual está sometido completamente mediante las normas administrativas).

²⁶ Sobre esto, véanse los *Informes Anuales del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos*, que elabora la Procuración Penitenciaria de la Nación, disponibles: <https://ppn.gov.ar/documentos/publicaciones/registro-nacional-de-casos-de-tortura>. Consultados 15/3/2019.

²⁷ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de «sanciones legítimas»- como la pena de muerte en Estados Unidos o la privación de libertad en ciertas condiciones- ha interpretado que se tratan de formas de tratos inhumanos y crueles en cuanto a la forma en que se llevan a cabo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos de restricción a abolición*, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/penademuerte.pdf>

Basta recordar que durante la prisión la persona pierde una serie de facultades y derechos que exceden la privación de libertad ambulatoria, tales como la posibilidad de elegir a qué hora despertarse, qué ha de comer, qué estudiar²⁸, qué trabajos ejercer²⁹, cuándo y con quién podrá ejercer su sexualidad³⁰, etc. Asimismo, una de las características de las prisiones es el proceso de prisionización³¹ que atraviesan los internos. Si bien estos aspectos son inherentes a la privación de libertad, el hecho de que serán sufridos por el resto de la vida de los condenados a pena perpetua implica un atentado contra su dignidad.

En las «Reglas Nelson Mandela»³² se destaca el carácter aflictivo por sí mismo de la prisión, en cuanto refiere que «la prisión...cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la auto-

²⁸ Pese a los avances en materia de educación en contextos de encierro, son evidentes aún la reducción de ofertas educativas, la escasez de cupos y de personal docente hasta la imposibilidad de acceder a los niveles básicos de escolaridad- primario y secundario- por falta de documentación pertinente.

²⁹ Tanto si se trata de labores voluntarias como de tareas remuneradas, ambas dependen de la asignación de la institución penitenciaria y las necesidades del establecimiento.

³⁰ Conforme el cronograma de visitas íntimas que se le haya confeccionado en función de su conducta, el tiempo, espacio y la disponibilidad de la institución penitenciaria. En el caso de la provincia de Córdoba, la Ley N° 8.812, Decreto Reglamentario n° 344/08 (B.O. 22/05/2008), Anexo II, dispone en el Art. 35: «Para acceder a la visita de reunión conyugal, y posteriormente por lo menos cada seis (6) meses, se requerirá un informe del Servicio Médico del establecimiento sobre el estado de salud psicofísica del interno y si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa... La visita conyugal no se autorizará si se constataran indicios de que las condiciones de la visita de reunión conyugal pudiere afectar la salud del interno o de la visita. El cónyuge, conviviente, o persona con la que mantenga vida marital, presentará los resultados de exámenes médicos y de laboratorio que certifiquen la inexistencia de enfermedad infectocontagiosa... Los mismos deberán ser renovados cada tres (3) meses. En igual oportunidad y ante la misma instancia deberá acompañar certificado médico sobre el estado de salud psicofísico».

³¹ Produce, a grandes rasgos, ansiedad, temor, estrés, inseguridad, con mecanismos de adaptación tales como desconfianza interpersonal, agresividad, depresión. La segregación con el afuera produce la ruptura de lazos familiares, ausencia de responsabilización personal y una actitud de apatía y desgano (Véase Salinas, R., *El problema carcelario, límites del castigo*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006).

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, ver nota al pie n° 20.

determinación al privarla de su libertad...» (Regla 3). Con mayor razón, las penas perpetuas son crueles por cuanto afectan la dignidad humana de los condenados con carácter indefinido³³.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que para que una pena a cadena perpetua sea compatible con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes») deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de la revisión de la pena, destacando que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique. Concluye el T.E.D.H. que «*cuando el derecho nacional no prevea la posibilidad de un mecanismo de revisión de estas características, una pena a cadena perpetua no será compatible con los estándares previstos en el artículo 3 del Convenio*»³⁴. Lo mismo podría predicarse en nuestro derecho en los casos de condenados a prisión perpetua que estén excluidos de obtener su libertad en algún momento, dado que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional tienen el mismo contenido como se vio, esto es, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.

En síntesis,

La cadena perpetua es denigrante porque priva al reo del atributo que le hace humano, su libertad; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque ocasiona graves padecimientos psíquicos al condenado; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo y un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales; la cadena perpetua es inhumana y degradante porque,

³³ Véase Juliano, M. A. y Ávila, F., *op. cit.*, p. 81.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso «*Vinter y otros c. Reino Unido*» (Demandas nº 66069/09, 130/10 y 3896/10), Sentencia de fecha 9/7/2013, párr.. 110, 111 y 121. Disponible la versión en idioma español en la página web del sitio de European Court of Human Rights: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2266069/09%22,%22130/10%22,%223896/10%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-139681%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2266069/09%22,%22130/10%22,%223896/10%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-139681%22]})

consecuencia de lo anterior, ha de ser catalogada como pena corporal³⁵.

VIII. Consideraciones finales

Como se advierte, el derecho penal argentino carece de claridad y coherencia en relación a la pena de prisión perpetua, principalmente en lo que respecta a la flexibilización del encierro (posibilidad de obtener la libertad condicional, la libertad asistida y/o salidas transitorias o semilibertad) y, especialmente, en relación a la extinción de esta especie de pena. Esta situación impacta directamente en la ejecución de pena de estos condenados, en el tratamiento penitenciario, en el régimen de progresividad que se implementa y en el contenido mismo del programa de reinserción social que cabe esperar en estos casos.

Resulta paradigmático traer a colisión lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a que:

(...) una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca³⁶.

Queda entonces mucho camino por recorrer como sociedad y como operadores del derecho para que la pena de prisión perpetua corra la misma suerte que antaño tuvo la pena de muerte, es decir, para que sea erradicada de nuestra legislación o al menos limitada de manera cierta y que no implique una condena a morir en prisión de manera subrepticia. Una de las razones del surgimiento de las prisiones, históricamente, fue la de dotar de «humanidad» a los castigos implementa-

³⁵ Arroyo Zapatero, Luis- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio- Pérez Manzano, Mercedes (Eds.), *ob. cit.*, pág. 29.

³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso «*Vinter y otros c. Reino Unido*» citado, párr. 122.

dos, sin embargo no pareciera que ello pueda predicarse hoy de la prisión perpetua, ni siquiera cuando se admita en algunos casos una remota posibilidad de obtener la libertad condicional tras 35 años de encierro efectivo.

Es la *dignidad humana* la que debe orientar la normativa y las resoluciones judiciales en la materia, en función de la cual debiera preverse, de manera general, un plazo de extinción de la pena perpetua, pues el sujeto debe poder conocer cuándo recuperará, de manera cierta, su libertad³⁷. Mientras la pena de prisión perpetua exista, las iniciativas como la de Mario A. Juliano – al disponer la revisión de la pena de prisión perpetua tras veinte años de condena – constituyen una alternativa viable en nuestro derecho y plausibles desde que se fundamentan en la dignidad de la persona y en el principio de humanidad, que permite atemperar las graves consecuencias que la imposición de una pena perpetua *sine die* conlleva al imputado. Ello es así porque la determinación de las penas es un postulado del Estado social y democrático de derecho³⁸ en virtud del principio de legalidad³⁹.

³⁷ Al respecto, «el principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, entonces, es impuesto como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es un límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría» (Anitua, G.I., «La actual política criminal del Estado Español», en Rivera Beiras, I., (coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, pp. 301-302).

³⁸ «El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad... Por último, la concepción del Estado Democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano» (Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 7ª Ed., Reppertor, 2007, p. 113).

³⁹ Ya en el año 1764 Beccaria abogaba por el *principio de legalidad*, en cuanto exigía que tanto el delito como la pena debían estar determinados por la ley (Véase Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Libertador, 2005., p. 30). En la actualidad, la doctrina mayoritaria entiende que el principio de legalidad exige una ley escrita, previa y estricta; en éste último aspecto suele incluirse la necesidad de

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional, *Error capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos*, Madrid, EDAI, 1999. Disponible en: <https://amnistiainternacional.org/publicaciones/15-portada-error-capital-la-pena-de-muerte-frente-a-los-derechos-humanos.html>
- Arocena, G. A., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- Arroyo Zapatero, L.; Lascuraín Sánchez, J. A. y Pérez Manzano, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/9671/9788490442203.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Libertador, 2005.
- Cesano, J. D., *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos. Principios generales, axiología constitucional y fuentes*, Córdoba, Alveroni, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos de restricción a abolición*, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/penademuerte.pdf>
- Contreras V., P., «Presidio perpetuo irreductible como pena inhumana y degradante: análisis del caso Vinter y otros v. Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, 63, 2013, pp. 169-181. Disponible en: <https://revistas.uv.cl/index.php/rcs/article/view/168/151>

determinación de la pena. Véase Bonetto, L. M. «*Derecho Penal y Constitución*», en Lascano, C.J. (dir.), *Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, 2005, p. 113. En igual sentido, Mir Puig, S, *op. cit.*, p. 116, en cuanto arguye por el «mandato de determinación» tanto de exigencia de tipicidad del hecho cuanto de la determinación de la pena.

- Fleming, A. y López Viñals, P., *Las penas*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2009. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Sistema Nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP): Informe Anual de la República Argentina 2017*. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2017.pdf
- Huñis, R.D., «La pena de privación de libertad» en Fellini, Z. (dir.), *Ejecución de penas privativas de libertad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014
- Juliano, M. A. y Ávila, F., *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª Ed., Del Puerto S.R.L., 2012.
- Lascano, C. J., *Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 7ª Ed., Repper- tor, 2007.
- Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina, *Informes Anuales del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos*, disponibles: <https://ppn.gov.ar/documentos/publicaciones/registro-nacional-de-casos-de-tortura>
- Risso, M. V., «Prisión perpetua: ¿cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba?», *Foro de Córdoba. Publicación de Doctrina y Jurisprudencia*», XXVII, marzo 2018, pp. 127-140.
- Rivera Beiras, I. (coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (Luzón Pena, trad.), Madrid, Civitas, 1997.
- Salinas, R., *El problema carcelario, límites del castigo*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006.
- Terragni, M. A., *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2017.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A., y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2012.

- Zaffaroni, E. R., «El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente», *La Ley*, 10/05/2010. Cita Online: AR/DOC/3149/2010
- Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

Legislación

- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, adoptado por Resolución N° 2.200 (XXI), 1966. Aprobado por Ley N° 23.313 (B.O. 13/05/1986).
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, 17/12/2015, promulgadas el 08/01/2016. Resolución 70/175.
- Congreso de la Nación Argentina. Código Penal Argentino. [Ley N° 11.179, 1921, t.o.1984].
- Congreso de la Nación Argentina. Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. [Ley N° 24.660]. B.O.16/07/1996
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en la «Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional» (Roma, 17/07/1998). Aprobado por Ley N°25.390 (B.O. 23/01/2001). Implementado por Ley 26.200 (B.O. 09/01/2007). Versión web en español disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Organización de los Estados Americanos (7 al 22 de noviembre de 1969), *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Aprobada por Ley N° 23.054 (B.O. 27/03/1984).

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Giménez Ibáñez», 4/7/2006, Fallos 329:2440.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Estévez», 8/6/2010, Fallos 333:866.

Derecho y Control (2)

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 162, *Rosas*, 22/6/10.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 271, *Bachetti*, 18/10/10.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 424, *Gosteli*, 20/12/13.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 151, *Mansilla*, 07/05/2015.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 468 *Maldonado*, 19/10/2015.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 570, *Aveldaño*, 14/12/15.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 366, *Venosta*, 07/08/2017.

Tribunal Criminal n° 1 de la provincia de Buenos Aires, Sent. 8/6/2018, *Villanueva César Raúl s/homicidio agravado*, Expte. N° 5787. Fallo completo disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/fallos46627.pdf>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso «*Vinter y otros c. Reino Unido*» (Demandas n° 66069/09, 130/10 y 3896/10), Sent. 09/07/2013. Disponible la versión en idioma español en la página web del sitio de European Court of Human Rights: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2266069/09%22,%22130/10%22,%223896/10%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-139681%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2266069/09%22,%22130/10%22,%223896/10%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-139681%22]})

Equidad y sindicalización de la policía

Equity and unionization of the police

Por Hernán G. Bouvier*

Resumen: El presente trabajo explora los argumentos jurídicos y políticos que se invocan para prohibir el derecho a sindicalización de los funcionarios policiales. A su vez se intenta identificar los principios constitucionales y políticos que podrían justificar el derecho a sindicalización sin derecho a huelga.

Palabras claves: policía, sindicalización, huelga

Abstract: The current paper focuses on legal and political arguments that intend to justify the prohibition addressed to the police to form trade unions. It also seeks to identify the constitutional and political arguments aimed to justify both the permission of trade unions and the prohibition of police strikes.

Key words: police, unionization, strike

* CONICET-UNC. Email: hernanbouvier@gmail.com. Se reúnen aquí una serie de consideraciones fruto del trabajo de Investigación en CONICET y en el marco del grupo «Derecho y Control: problemáticas específicas» (Secyt-UNC. Proyecto A, 30720150101173CB). Varios intercambios con Rodrigo Sánchez Brígido han sido útiles para precisar algunas ideas. Tan útil como entrañable resultó una discusión colectiva a fines del 2018 en el III Encuentro de Grupos en Río Ceballos que reúne al programa «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales». Una versión previa de este trabajo se presentó el 17/5/2018 en el marco del proyecto MEC80170001, Universidad de Valparaíso. Agradezco a los colegas chilenos sus valiosos aportes. En especial a Luis Villavicencio.

I. Policía y análisis normativo

Los grupos sociales actuales no pueden prescindir de administrar la coacción redistribuyéndola en base a ciertos criterios autoritativos. No cualquiera puede ejercer coacción o violencia. La coacción autorizada se encuentra distribuida de manera especial y no todos tienen los mismos títulos sobre ella. La distinción entre funcionarios policiales y simples ciudadanos es una consecuencia de esta distribución. Por hipótesis los funcionarios policiales poseen un derecho y carga especial. Se trata de una especial distribución *imprescindible* del ejercicio de la violencia que impone obligaciones extraordinarias a ciertas personas.

El presente trabajo se ocupa de un aspecto de la distribución de la coacción autorizada. Se refiere a la organización de la policía y en especial a una pregunta básica: ¿tiene la policía un derecho a la sindicalización? En la sección 2 exploro diferentes marcos normativos posibles y me detengo fugazmente en la situación jurídica de Argentina esperando que tal análisis sea fructífero para otras latitudes. Allí se intenta mostrar que existen algunos conceptos que suelen ir mezclados (como el de huelga y sindicalización). Otras veces sucede que se confunden categorías apelando a la «naturaleza del servicio» (en donde se confunde tareas operativas con tareas no operativas o secundarias). En la sección 3 me ocupo de la pregunta básica antes indicada en términos no estrictamente jurídicos. Intentaré mostrar cuáles serían los principios que se pueden invocar si se considera que la policía no debe tener derecho a la huelga pero sí a la sindicalización.

II. Policía, derecho positivo y sindicalización

Grosso modo las policías en nuestras latitudes no tienen reconocido el derecho a la sindicalización. La mayoría de los países latinoamericanos no la regula o directamente la prohíbe¹. En términos generales,

¹ Hay excepciones: Colombia lo prevé para el servicio penitenciario. Perú, Uruguay y Brasil lo permiten con variantes para la policía no penitenciaria. Véase el volumen

o bien hay indiferencia normativa o bien regulación prohibitiva. No pretendo emprender aquí un análisis pormenorizado de las normas aplicables ni de los argumentos que sustentan una u otra posición en cada país. Más útil puede ser – en cambio – dividir las situaciones normativas que sirven para clasificar el sistema en el que nos encontremos. Esto permitirá hacer visibles algunos argumentos normativos que serán relevantes en el punto 3 de este trabajo.

Indiferencia normativa

Un primer contexto normativo posible es aquel en que no hay ninguna norma expresa que regule el derecho a sindicalización de la policía. Se puede hablar en este supuesto de indiferencia normativa porque no existiría ninguna regla internacional (o incluso nacional) que se expida sobre el asunto. Si se quiere distinguir, puede hablarse de indiferencia normativa internacional o nacional dependiendo el caso. Países como Argentina o Chile no se encuentran en un ámbito de este tipo.

Discreción normativa

Un segundo contexto posible es aquel en el que la normativa otorga de manera expresa la facultad de regularla. Por ejemplo, el Convenio 87 de la OIT (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización) sostiene:

9.1. *La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.*

De modo casi idéntico, el Convenio 154 de la OIT indica:

1.2. *La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.*²

de Sain, M. y Rodríguez Games N. *¿El gremio de la gorra? Trabajo y sindicalización policial: ejes para una discusión*, Buenos Aires, Octubre, UMET, 2016.

² Según entiendo Chile ha suscripto el Convenio 87 pero no el 154. Datos sobre los convenios y suscripciones por país en la página de la OIT. Para Chile http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102588

La Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse a la libertad de asociación (artículo 16, inc. 3) prevé:

Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Naturalmente, este segundo contexto es compatible con dos configuraciones. La primera en la cual el Estado prohíbe la sindicalización, la segunda en la cual la permite.

Puede considerarse prohibida la sindicalización en base a dos conjuntos de consideraciones o argumentos: normativa expresa o normativa implícita.

Prohibición explícita

El argumento de normativa expresa apela a una norma cuya redacción prohíbe la sindicalización. Prescindiendo de los detalles, existen en Argentina y otras latitudes numerosas normas que prohíben de esta manera el derecho a sindicalizarse³.

Prohibición implícita

El argumento de normativa implícita apela a la «naturaleza del servicio/trabajo/oficio». Este argumento se obtendría por las consecuencias normativas de la regulación o por el significado implícito de las normas que regulan la policía.

Para todo país que se encuentra inscripto en el supuesto de discreción normativa y prohibición (es decir, bajo un Tratado que da la *facultad* de restringir el derecho a sindicalización en la policía y donde se ha decidido no permitir la conducta) surge un problema de relación y colisión entre derechos fundamentales con el siguiente marco argumentativo. Se trata de un derecho susceptible de ser reconocido dentro del marco normativo, relacionado con un derecho supuestamente fun-

³ La organización policial en Argentina es compleja, pues se cuenta con las policías provinciales (o de cada región) y la policía federal. Algunas de las normativas de algunos de estos múltiples organismos prohíben expresamente la agremiación (p.ej. Ley nacional 21965 para la policía federal). No todas las policías, sin embargo, están bajo un régimen de prohibición expresa. Para Chile resulta aplicable, según entiendo, la ley 19296.

damental (asociarse gremialmente) pero sujeto a restricción razonable. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha sostenido, palabras más, palabras menos, que Argentina tiene la facultad de prohibir la sindicalización policial y que se debe considerar prohibida si la ley así lo establece⁴.

No exploraré aquí todos los problemas argumentativos que puede suscitar el conflicto entre supuestos derechos fundamentales o las condiciones bajo las cuales puede restringirse uno de ellos. Elenco de manera somera algunas de las líneas posibles.

Un argumento potente en contra de la prohibición es que ninguna cláusula constitucional ni supra nacional puede ser leída como restringiendo un derecho fundamental de esta índole. De manera tal que, digan lo que digan los tratados internacionales, la regulación prohibitiva interna es inválida de manera análoga a como sería inválido prohibir otros derechos de agremiación o sindicalización. Bajo esta lectura, no sería válida ninguna norma que restrinja ese derecho de esa manera, del mismo modo en que podría decirse que sería inválida una norma que restrinja el derecho a votar. Esta línea argumentativa presuppone que el derecho a sindicalizarse es un derecho fundamental y puede ser enfrentada de dos maneras que sólo esbozo. La primera es decir que el derecho de sindicalización no es un derecho fundamental. La segunda es conceder que es un derecho fundamental que puede estar sujeto a restricciones razonables y que la prohibición de sindicalización para las fuerzas de seguridad no pertenece a este grupo de restricciones. Es decir, resulta una restricción excesiva. Para saldar parte de esta discusión se debería – entre otras cosas – definir y anclar el significado de «derecho fundamental» y ver si se usa de manera equivalente a «constitucional» y/o «humano». Entran en juego aquí conocidos argumentos sobre las *normas irregulares* y la validez o no de normas que violan una norma denominada superior.

Más fructífero puede ser detenerse un momento en los problemas que tienen los argumentos de la prohibición implícita. Ellos son importantes porque también son relevantes para una discusión sobre el

⁴Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Sindicato policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales», 11/04/17, CSJ 909/2010 (46-S), CS 1.

derecho de sindicalización que vaya más allá de las fronteras del derecho positivo.

Los argumentos de prohibición implícita muchas veces acuden al problema de conceder derechos de huelga. Este argumento puede ser dejado de lado de plano pues el derecho de sindicalización no implica necesariamente el de huelga. Sin embargo, aunque se conceda la desvinculación entre sindicalización y huelga, lo que se sostiene sobre la huelga sí es orientativo del resto de argumentos en favor de la prohibición implícita.

En efecto, la huelga no podría ser reconocida como derecho porque supondría contar con la posibilidad de suspender un servicio necesario o imprescindible para la vida en común. Esto conspiraría con el servicio policial todo, porque socavaría la necesidad de contar con un cuerpo que recibe órdenes verticales sin posibilidad de objetarlas. Si se asume que existe un derecho de la policía a deponer la fuerza de trabajo, eso equivaldría a otorgar un derecho a la no obediencia funcional, lo cual está en contra de la «esencia» misma de la institución.

El núcleo de este argumento, si se deja de lado el derecho a huelga, es el siguiente: el servicio policial supone contar con una fuerza que pueda actuar de manera eficaz cuando así se lo requiere. La posibilidad de actuar de manera eficaz supone a su vez órdenes verticales y jerárquicas obedecidas sin posibilidad de reparo u objeción. Cualquier derecho sindical supone la posibilidad de que el empleado o funcionario con derecho sindical retire su obediencia o cooperación para un grupo importante de acciones.

La inferencia parece ser la siguiente: sindicalización supone posibilidad de objeción laboral o (algún) quite de cooperación; la falta de cooperación supone no cumplimiento de órdenes verticales; el no cumplimiento de órdenes verticales hace imposible el cumplimiento de la función básica de la fuerza policial: actuar de manera eficaz y decidida frente a situaciones que así lo requieren.

Esta inferencia tiene sus problemas pues no distingue adecuadamente entre tareas operativas o tácticas imprescindibles (que supondrían la necesidad de obediencia sin objeción) y otras tareas no necesariamente operativas o que no son imprescindibles. El derecho a sindicalización no implica necesariamente derecho de la fuerza policial a

decidir sobre tareas operativas (v.g. qué delitos perseguir o qué zonas patrullar) y no tiene por qué recaer sobre tareas o tácticas imprescindibles. En uso de un hipotético derecho sindical los funcionarios policiales podrían tener derecho de negociación sobre cuestiones no operativas y que, si bien importantes, pueden considerarse prescindibles sin afectar el servicio en su funcionamiento central. Un ejemplo de esto es la suspensión de actividades «secundarias» de la policía como el control de actividades privadas con concurrencia de público (partidos de fútbol, recitales) o la negativa a realizar actividades de control de infracciones menores o certificación administrativa⁵.

El argumento de la prohibición implícita que alude a la «naturaleza/esencia» del servicio, entonces, tiene al menos, los siguientes problemas:

- a. puede confundir derecho a la sindicalización con derecho a huelga, pero uno no implica necesariamente al otro,
- b. incluso si se concede que hay tareas cuya función es contradictoria con cualquier tipo de objeción o quite de cooperación, no hay por qué asumir que los derechos sindicales serán relevantes para esas tareas,
- c. los derechos sindicales no tienen por qué ser derechos a quitar colaboración sobre cuestiones operativas o tácticas,

Parte del problema de los argumentos que apelan a la naturaleza del servicio están infectados por una mirada parcial y reduccionista de lo que la policía hace y puede hacer. Las actividades de la policía van mucho más allá del «aseguramiento mínimo del orden». Sólo si se reduce la actividad policial a una parte de todo lo que ella hace parece difícil pensar derechos sindicales para la policía⁶.

⁵ Michael Holtrackers, funcionario policial y representante de numerosas instituciones policiales políticas, académicas y sindicales en los Países Bajos indica entre estos supuestos la negativa de la policía a realizar ciertas multas o infracciones. Holtrackers, M. «Los sindicatos policiales en los Países Bajos» en Sain, M. y Rodríguez Games N. *¿El gremio de la gorra? Trabajo y sindicalización policial: ejes para una discusión*, Octubre, UMET, 2016. Cap.4.

⁶Fundamental en este aspecto Monjardet, D. *Lo que hace la policía. Sociología de la*

Los sistemas normativos que otorgan derechos sindicales a la policía no otorgan derecho a huelga, permiten reducir o quitar la cooperación solo en actividades no operativas o secundarias y no afectan la estructura jerárquica administrativa⁷. Frente a un sistema así diseñado no cabe el argumento de la prohibición implícita en virtud de la «naturaleza» de la actividad policial.

Problemas análogos tiene la argumentación semejante según la cual «El Estado no puede objetarse a sí mismo». La idea aquí es que los funcionarios estatales no podrían quejarse sindicalmente porque la objeción supone algún tipo de contradicción conceptual. Como ellos integran el Estado, sus reclamos serían reclamos contra sí mismos. Esta línea argumentativa abusa del término «Estado» e invisibiliza el hecho de que un funcionario estatal puede estar objetando al Estado sin estar necesariamente quejándose contra sí mismo. Sólo si orgánica y administrativamente el empleador estatal coincide exactamente con el empleado, el reclamo de este último no tendría sentido o equivaldría a reclamarse frente al espejo.

El problema más evidente de una línea de argumentación tal es que debería objetar también el derecho a sindicalización o agremiación de todo empleado o funcionario estatal. Si ha de restringirse o prohibirse el derecho a agremiación o sindicalización de la policía los argumentos deben ser buscados en otro lado. Regreso sobre este punto en la sección siguiente.

Habiendo analizado los escenarios jurídicos posibles o reales y algunas de las razones que los sustentan, toca ocuparse del argumento normativo sustancial y no necesariamente jurídico. Se lo puede llamar, si se prefiere, el problema moral o político.

fuera pública. Buenos Aires, Prometeo, 2010. Agradezco a Valeria Plaza quien me llamó la atención sobre ese texto.

⁷ Los principios fundamentales para tales regulaciones son: libre asociación (el policía no está sujeto a un solo sindicato), negociación colectiva, obligación de arbitraje ante desacuerdo entre las autoridades y los funcionarios.

III. Policía y derecho a la sindicalización

Cualquier pregunta sobre si, y en qué medida, deben reconocerse ciertos derechos a la policía no puede prescindir de variables reales sobre el grupo social de referencia, sobre qué tipo de trabajo es el policial y quiénes lo realizan. En lo que sigue voy a asumir que Argentina, al igual que otros países latinoamericanos, se encuentran en el siguiente contexto fáctico y normativo con respecto a la policía.

En primer lugar, la policía es *concentrada*, en el sentido de que la tarea corresponde a funcionarios con cargo administrativo estable (fijo o de planta), una carrera profesional, y obligaciones especiales o extraordinarias en comparación con el resto de los ciudadanos. Se considera además que es un tipo de trabajo duro en razón de alguna o todas las variables siguientes: riesgo intrínseco de la actividad (p.ej. riesgo de muerte), carácter desagradable del tipo de trabajo en la medida en que implica uso de la fuerza sobre conciudadanos y, finalmente, actitudes que se proyectan sobre el trabajo policial. Por el riesgo, por lo que se ejerce o por cómo es visto, puede ser catalogado como un trabajo pesado⁸.

En segundo lugar, nuestros países no son equitativos. Se entiende aquí por «equitativo» el siguiente conjunto de supuestos. Nadie se encuentra bajo la línea de la pobreza extrema y existe pleno empleo. 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

⁸ Puede discutirse sobre las variables que lo hacen duro y si ellas se verifican aquí o allá. Un ejemplo de lo que se entiende por trabajo duro puede encontrarse en las propias declaraciones de los gendarmes chilenos. Véase el reclamo del servicio penitenciario chileno («Gendarmería») en donde se habla de turnos «inhumanos». Documento «Propuesta ANFUP»

http://anfup.cl/wp-content/uploads/2015/09/PROPUESTAS_ANFUP_2014.pdf

En cuanto a cómo se mira la actividad: en Chile por ejemplo, según entiendo hasta hace poco tiempo, se utilizaba de manera despectiva la expresión «te alcanzó pa' Paco nomás» significando que las capacidades intelectuales del destinatario no eran suficientes para otra profesión o actividad. La organización policial chilena es compleja y ha sufrido numerosas transformaciones en los últimos 20 años. En especial por los cambios en Carabineros y la creciente importancia de la PDI. Véase Hathazy, P. «Democratización y campo policial», *Civitas*, 16 (4), pp. 595-617.

para soportar los impuestos dedicados a solventar o asistir a los que están (temporalmente) desempleados.⁹ Por último, un escenario tal no es producto de 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 todos 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.

En definitiva, las consideraciones que siguen son relevantes para contextos sociales en que existe policía concentrada e inequidad en el sentido especificado.

En principio el tipo de organización de la policía (si es concentrada o no) y el contexto inequitativo son irrelevantes o independientes de la pregunta con respecto a si la policía debe contar con derecho a sindicalización. Sin embargo, estas variables no son independientes para todo caso. Esto supone sofisticar los escenarios o mundos posibles de inequidad y ver qué relación tienen con la pregunta central.

En efecto, un escenario inequitativo es compatible con dos situaciones.

Inequidad y elección libre del trabajo de policía

En primer lugar, todos o la mayoría de los que integran la policía han optado por ella por motivos que no tienen que ver con la nece-

⁹La Canasta básica *total* es superior a la denominada Canasta básica alimenticia (CBA) y proveería no solo la posibilidad de supervivencia sino la de una vida «digna». Se supone que la Canasta básica alimenticia indica que una persona o grupo tiene lo suficiente para sobrevivir y alimentarse. Dependiendo las latitudes, la línea de la canasta básica alimenticia sirve para dividir entre «pobres» (que tienen para sobrevivir) e «indigentes» que ni tan siquiera tienen los insumos alimenticios básicos. Las terminologías pueden variar, así como los métodos de medición. En vez de hablar de pobres e indigentes (divididos por quién accede a una canasta básica alimenticia) puede hablarse de o entre «pobreza» y «pobreza extrema». Para adoptar una terminología útil con independencia parcial de las terminologías locales y los métodos de medición diré que una persona o familia accede a la canasta básica *total* si no pertenece al grupo de pobres cualquiera sea su clase. No es pobre, ni pobre extremo, ni indigente. Sobre la distinción entre pobreza y pobreza extrema para Chile: <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/ipc/Valor%20CBA%20y%20LPs%2018.04.pdf>

sidad de salir de la pobreza. Es decir, que todos o la mayoría no se han visto forzados a elegir ese trabajo por necesidad y ausencia de otras opciones de trabajo. Este escenario es posible en una sociedad inequitativa, aunque conjeturo que poco probable.

Inequidad y elección forzada

La segunda posibilidad, más probable en los contextos que conozco, es que un grupo o clase social se encuentre mayormente forzada a «optar» por ese trabajo.

Dado que se trata de un trabajo necesario, en el sentido de que alguien debe hacerlo, se sigue que todos aquellos que tienen recursos suficientes de «opt – out» o de elegir entre éste y otros trabajos tienen un privilegio equivalente a aquel que puede pagar para sustraerse de una carga «pública», al modo en que fue posible evadir el enrolamiento o la leva¹⁰. Puede hablarse de una clase «privilegiada» en este sentido. Como además, por hipótesis, los trabajos no policiales sí poseen derecho a sindicalización, se trata en estos contextos de una doble desigualdad *relativa*.

En efecto, la clase social privilegiada puede afrontar el costo de no asumir una carga que alguien tiene que hacer y además tiene a su disposición tipos de trabajo para los cuales sí existe derecho a sindicalización. Puede no trabajar en eso que alguien tiene que hacer y en condiciones de mayores derechos sindicales. No sólo puede evadir un trabajo que es necesario, puede hacerlo y obtener otro con mejores condiciones gremiales.

Hay dos consecuencias directas en términos de argumentación moral y política si se verifica un contexto tal. En primer lugar, la clase privilegiada puede perder todo título o parte de sus títulos para objetar los reclamos de derechos sindicales por parte de la policía. Al menos en términos relativos al cuerpo policial, cualquier integrante de la clase privilegiada no puede decir sin prueba adicional «está bien que Uds. no tengan ciertos derechos que nosotros tenemos en un trabajo que alguien tiene que hacer pero nosotros podemos evitar». Esto da una bue-

¹⁰ Véase, para esta discusión, los artículos en Sandel, M. J. *Justice. A Reader*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Cap. 5.

na base justificatoria al remanido reclamo policial de acuerdo con el cual «cómo es que todos tienen derecho a sindicalización, pero nosotros no» si es dirigido contra la clase que posee tal privilegio¹¹. Este argumento funciona contra la clase privilegiada, pero no es suficiente por sí solo para decir si corresponde el derecho a sindicalización. Excluye de la discusión, en base a razones, a ciertos argumentos o personas, pero no da título autónomo para reclamar el derecho.

El derecho a sindicalización puede ser argumentado sobre bases independientes de la anterior. Es decir, en base a consideraciones que no tienen en cuenta si quien habla es privilegiado o no. Esto da lugar a lugar a cuatro líneas posibles. Recorro de manera somera las tres primeras y me centro en la cuarta.

Sindicalización y actuar ilegal

En primer lugar, puede sostenerse que otorgar la sindicalización contribuye o determina menos abusos policiales y menos corrupción. Como resulta claro, esto quiere decir que en lugares donde la policía no comete con frecuencia abusos policiales ni es corrupta no corresponde, *prima facie*, un derecho a la sindicalización. Sea como sea, aquí la sindicalización es tratada como un derecho instrumental a otros derechos. Se trata de consecuencias posibles y esperadas a partir del otorgamiento de un derecho¹².

¹¹ Se daría aquí un problema semejante al «*tu quoque*». Si alguien, por ejemplo, miente, pierde título o sus títulos se debilitan para reclamar «no se debe mentir». Análogamente, si alguien tiene un derecho pero no lo reconoce en otros, podría contar con la carga de la prueba de por qué eso que él o ella tienen no debe reconocerse a otros. En realidad, aquí cabría explorar el requisito de universalización y reciprocidad. Cualquier juicio del tipo «yo sí, pero tú no» partiría en desventaja normativa porque ese juicio no es universalizable. Claro está, hay que asumir que si no es universalizable hay un problema y, además, que si hay un problema eso invierte la carga de la prueba o la argumentación. Entiendo que este tipo de estrategias puede llevarse adelante en la línea de Rainer Forst, aunque no me siento en condiciones de emprenderla en este momento.

¹² Esta cuestión y el resto no puede discutirse sin ulterior información empírica. Además, se puede decir que hay alguna información empírica en contrario. Es decir, que existe información que permite pronosticar problemas si se otorga la sindicalización. Por ejemplo, si hay o hubo las llamadas «mafias sindicales», bien puede haber una mafia sindical dentro de la policía. Es claro que no puede negarse esa

Sindicalización y más equidad

En segundo lugar, puede sostenerse que la sindicalización puede funcionar como condición necesaria o contribuyente para transformar a la sociedad en menos inequitativa. Si el término «equitativo» se utiliza en el sentido antes referido, no hay ninguna garantía de que la sindicalización pueda contribuir a ese sentido de equidad. Pueden lograrse equiparaciones relativas obvias, ya indicadas, como lograr que la fuerza policial tenga también los derechos que tienen otros (como el empleado de una fábrica). Es del todo improbable, cuando no irrelevante, sostener que la sindicalización puede contribuir de manera más o menos directa a una sociedad más equitativa según los términos antes elegidos.

Sea como sea, se trataría aquí del derecho sindical como instrumental a otros fines o consecuencias que podrían o no verificarse. De más está decir, nuevamente, que así no se obtiene una fundamentación autónoma para sociedades donde la policía no es mayormente abusiva, no es corrupta o hay equidad.

Quizás pueda resultar útil aquí regresar a algunas ideas básicas del derecho a sindicalización y ver en qué medida pueden proyectarse sobre la actividad de la policía.

Principio protectorio

Es usual sostener que el derecho a sindicalización es una instancia de un principio protectorio que trata de reducir asimetrías en la negociación laboral. Por hipótesis el empleado carece de las mismas armas de negociación que el empleador lo que justificaría un principio protectorio que modifique los puntos de equilibrio y fronteras de ne-

posibilidad. Los argumentos que siguen, precisamente, no dependen de la cuestión de si y en qué medida la sindicalización contribuye a la corrupción o a su destierro. En caso de que existiera una mafia sindical, puede decirse que esa es una buena razón para eliminar las mafias, no la sindicalización. El camino que habría que emprender es apelar a lo que se dice sobre otras prácticas ilegales. Los contratos ficticios, fraudulentos, las compraventas inválidas, las estafas, no son una razón para prohibir los contratos, sino para eliminar los ilícitos que usan al contrato como instrumento. Al menos así se lo considera. Una cosa es clara, si se prueba que la sindicalización hace probable la mafia, quien sostiene que la sindicalización hace probable la transparencia, tiene la carga de la argumentación.

gociación. Las indemnizaciones agravadas por despido sin causa y el otorgamiento del derecho a agremiarse están dirigidas a incidir y moldear las fronteras de negociación que – de otra manera – quedarían a merced de lo que decida el empleador desde su posición dominante. Surgen aquí dificultades para definir quién es el más débil y cómo ha definirse la capacidad y expectativas de negociación. Más allá de cuestiones (importantes) de detalle, la disparidad no tiene por qué ser enorme ni absoluta. Por ejemplo, se considera que también tienen derechos sindicales y de agremiación personas que no están en disparidad clara de fortaleza de negociación con su empleador. Este es el caso de las pequeñas empresas y comercios. Basta que exista una disparidad relativa en algún aspecto y que la protección sea atinente para ese aspecto. En un pequeño emprendimiento el empleado puede ser débil en algún aspecto (y por tanto digno de protección especial) pero no débil en otros. Así, dependiendo del grado de disparidad se tiene mayor o menor protección. Es posible aceptar entonces protección frente a ciertas disparidades (aunque no sean enormes) y aunque no sean absolutas (es decir, que el protegido no sea débil en todos los aspectos). Si se dice que en ciertos contextos el empleado no merece tal o cual protección porque no es débil, no se niega el principio protectorio del más débil. Más bien se lo concede y se sostiene que está mal aplicado.

Se puede discutir si la protección solo vale cuando hay disparidad enorme y absoluta, o también cuando es leve y relativa. No voy a discutir esta cuestión aquí. Supongamos que existen múltiples casos en que se considera que corresponden derechos gremiales y sindicales *aunque* la disparidad entre empleador y empleado no es crasa o evidente (sea lo que sea que se quiere significar con esto)¹³. Digamos que se considera justificada *alguna* protección ante *alguna* debilidad. Una forma razonable de justificar este derecho a alguna protección ante alguna debilidad – según entiendo – es apelar a las siguientes consideraciones.

Los derechos sindicales y gremiales son mecanismos que permiten incidir y proteger las condiciones de un régimen de trabajo que

¹³ Un ejemplo de disparidad evidente es si el empleador despidiendo a un empleado pierde poco o nada de su ganancia y sustento, mientras que el empleado pierde todo medio de subsistencia. Se trata de un ejemplo, no tiene por qué ser el único ni el mejor.

implica cargas sobre el propio cuerpo. Cualquier carga sobre el propio cuerpo implica una restricción a la libertad. Las restricciones a la libertad no están siempre injustificadas. Sólo lo están aquellas que no son hechas en ejercicio de la autonomía. Es decir, aquellas que son elegidas por la fuerza o el chantaje. El derecho sindical y de negociación gremial es una expresión de este derecho político básico de expresión y decisión, que se encuentra en la gran familia de derechos de expresión (como el voto, el libre pensamiento, por sólo citar algunos) y en el más genérico de decidir sobre el propio cuerpo y vida. El derecho a incidir en las condiciones laborales, es una instancia del derecho a decidir en uso de la autonomía fuera de toda coerción o chantaje. Así visto, el derecho laboral no es el derecho de los más débiles sino una manifestación del derecho político básico a expresarse e incidir en el propio plan de vida que no puede menos que incluir el propio cuerpo. Las decisiones sobre las condiciones de trabajo son decisiones sobre el ámbito de libertad propia y las reglas que regulan el ámbito laboral pretenden garantizar ese ámbito de cooperación en condiciones de trato digno. El derecho a reclamar laboralmente o agremiarse es una instancia del derecho de decisión sobre el propio cuerpo. No tener derecho a incidir en las condiciones laborales equivale a no tener derecho a incidir en la propia vida. Puede llamarse a este principio el «principio a decidir sobre el propio cuerpo y vida».

Si se aceptaran estos supuestos, podría surgir todavía la pregunta sobre los límites de lo que puede reclamarse en uso de este derecho «fundamental». Entiendo que estas aclaraciones son importantes debido a que sostener que el derecho laboral de agremiación y asociación es protectorio no es lo suficientemente específico. También otras ramas del derecho tienen herramientas que corrigen asimetrías. Resulta relevante identificar, al menos de manera tentativa, de qué tipo de autonomías, libertades y disposiciones estamos hablando. Se trata - en contextos liberales y capitalistas, que permiten la negociación de las condiciones de libertad - de una especial protección de la libertad y autonomía que se puede perder por el régimen del trabajo (lo cual no excluye que se pueda perder disposición del propio cuerpo y vida por otros contratos o situaciones). Si hay alguna especificidad del derecho del trabajo, tiene que derivarse de allí.

Puede asumirse, no sin alguna resistencia del canon laboralista-social, que la relación entre empleador y empleado es una relación de «cooperación» y que, por tanto, los derechos sindicales y de agremiación deben ser leídos en estos términos.

Es bastante extendido y aceptado en ciertos contextos políticos y académicos un principio que llamaré «cooperación sin daño e igual libertad». Lo que puede encontrarse bajo este principio es una combinación de ideas que, espero, resuenen conocidas como para eximirme de mayor detalle. Es posible sostener que en muchas mentes y textos de diversa índole se encuentra asentado el principio según el cual todos tenemos derecho a retirar la cooperación hasta el límite de igual libertades para el resto, con menor daño para todos.

Este principio justifica bastante bien lo que tienen en mente, por ejemplo, los penalistas liberales y cualquiera que considere que no puede exigirse la cooperación para todo caso ni es correcto denegarla cuando a uno le viene la gana (ej. la omisión de auxilio o socorro). Los genéricos deberes de cuidado (civiles o penales) hacen uso implícito del principio. Yo puedo no colaborar con el vecino en su plan de entrenarse dos veces por semana en una rutina de natación o ciclismo y no parece haber daño para nadie y ser compatible con el ejercicio de iguales libertades por el resto. Debo, sin embargo, cooperar en la seguridad del tráfico no manejando a cierta velocidad, no envenenando el agua o pagando impuestos, cuando no asumiendo cargas públicas como oficiar de autoridad de mesa en una elección. Se trata de un uso combinatorio de otros principios e ideas, como el de la libertad, la solidaridad y el daño.

¿Son el «principio a decidir sobre el propio cuerpo y vida» y el de «cooperación sin daño e igual libertad» los mejores candidatos autónomos para justificar el derecho a sindicalización de la policía? Depende.

Sirven para justificar el derecho a la sindicalización de la policía con independencia de lo que pueda o no decir la clase privilegiada y con independencia de si la sociedad es inequitativa o demás consideraciones sobre el valor instrumental de la sindicalización. Aunque no exista inequidad, aunque el personal no sea corrupto o abusivo, no existe una consideración razonable para negar este derecho a la policía ¿cuál sería? A su vez tales principios servirían para delimitar lo que la

policía puede hacer e ilumina la intuición según la cual la policía no puede hacer huelga. La policía no puede hacer huelga porque semejante suspensión de la cooperación es incompatible con la posibilidad de una vida en común libre y sustentable. Pero por el mismo conjunto de principios, si se los acepta, todos deben tener los mismos derechos posibles a incidir en sus condiciones laborales en el límite de la quita de cooperación dañosa. Cualquier diseño que lo impida viola esa igualdad, sin beneficio evidente para nadie y con perjuicio obvio para muchos. Para todos aquellos que no pueden hacer reclamos laborales que inciden directamente en sus condiciones de vida.

Si se asume que los principios indicados se «encuentran» en la Constitución y los Tratados, se dispone también de una respuesta a la pregunta jurídica sobre si los Estados están solo facultados a decidir sobre los derechos de sindicalización o están obligados a reconocerlos.

Las consideraciones precedentes, además, pueden servir a especificar aún más el sentido de «equidad» que puede ser relevante para tratar un problema como el de la sindicalización de la policía. Un tratamiento equitativo o igualitario en base al «principio a decidir sobre el propio cuerpo y vida» y al de «cooperación sin daño e igual libertad» no puede excluir el derecho a sindicalizarse de la policía y presumiblemente lo impone. Argentina, en este aspecto, es doblemente inequitativa desde la perspectiva de un funcionario policial. Es inequitativa en el sentido definido más arriba, y otro tanto porque deniega un derecho, como el de sindicalización (sin huelga) que no obtiene apoyo razonable. No hay razón para prohibir la sindicalización si, excluido el derecho a huelga, no genera daño, permite la libertad conjunta y protege el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y vida.

Referencias bibliográficas

- Hathazy, P. «Democratización y campo policial», *Civitas*, 16 (4), pp. 595-617.
- Monjardet, Dominique. *Lo que hace la policía. Sociología de la fuerza pública*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

Derecho y Control (2)

Sain, M. y Rodríguez Games, N., *¿El gremio de la gorra? Trabajo y sindicalización policial: ejes para una discusión*. Buenos Aires, Octubre, UMET, 2016.

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

Legislación

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. Entrada en vigor: 04 julio 1950. Adopción: San Francisco, 31^a reunión CIT (09 julio 1948)

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 154, Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva. Entrada en vigor: 11 agosto 1983. Adopción: Ginebra, 67^a reunión CIT (03 junio 1981).

Organización de los Estados Americanos (7 al 22 de noviembre de 1969)
Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Sindicato policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales», 11/04/17, CSJ 909/2010 (46-S), CS 1.

Reflexiones sobre las teorías de la interpretación desde una perspectiva de género

Reflections on interpretation theories from a gender perspective

¿Quién es esta científica? Responde a la necesidad de incluir ejemplos de mujeres que hacen ciencia en la currícula. Varios estudios recientes han sugerido que este es un factor muy influyente a la hora de que las niñas elijan una carrera, pues es más difícil que se inclinen por ciertas disciplinas si no han visto a otras mujeres ser exitosas en su ejercicio.

*Juego ¿Quién es científica? Creado por Wikimedia Argentina**

Samanta Funes**

Resumen: En este artículo la autora va a proponer un conjunto de métodos feministas, para que funcionen a modo de test, a los fines de detectar el sesgo de género presente en el núcleo claro de significados. Ella sostiene que la discusión sobre la indeterminación del lenguaje y la discreción han omitido el estudio y análisis de la forma en que se tiene por determinado este núcleo, lugar en el cual operan – según ella – las ideologías.

* *¿Quién es esa científica?* Es un juego pensado para las aulas que busca visibilizar a las científicas argentinas. Fue creado por Wikimedia Argentina en colaboración con Valeria Edelsztein y Agostina Mileo e ilustrado por Lina Castellanos. Más información en www.economiafeminista.com

** Abogada (UNC, Argentina), Maestranda en Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Universidad de Génova/Girona). Miembro del Cuerpo de Abogadas Feministas de Córdoba. Email: samantaborz@gmail.com Este artículo fue redactado en el marco del grupo «Derecho y Control: problemáticas específicas» (Secyt-UNC. Proyecto A, 30720150101173CB).

Palabras claves: teorías de la interpretación, feminismo, derecho machista, métodos.

Abstract: In this article the author will propose a set of feminist methods, to function as a test, in order to detect the gender bias present in the clear core of meanings. She maintains that the discussion on the indeterminacy of language and discretion have omitted the study and analysis of the way in which this nucleus is determined, place in which ideologies operate – according to her.

Key words: theories of interpretation, feminism, sexist right, methods.

I. Introducción

La interpretación judicial y el rol de las juezas/ces y teóricas/os en la producción de significado normativo es estudiado por distintas corrientes que se aúnan en distinciones y clasificaciones. A grandes rasgos, podemos decir que estas corrientes estudian si los significados son objetivos y, por lo tanto, la actividad interpretativa se limita a conocerlos o si, por el contrario, éstos son producto de la actividad interpretativa de las/os agentes y, por lo tanto, dependen de ellas/os. En el primer caso, estamos ante una actividad interpretativa de tipo cognitiva que se limita a conocer los significados preexistentes y, en el segundo, y dado que no existen – para dichas teorías – significados previos a la actividad interpretativa, aquí la actividad del intérprete sería un acto de voluntad (no de conocimiento) y el significado de los textos normativos sería el resultado de esa interpretación.

En el medio de estas posturas se ubica la tesis de Riccardo Guastini¹ denominada *escepticismo moderado*. Guastini resalta la indeterminación del Derecho (toda disposición admite más de un significado) y la inexistencia de corrección en el ámbito de la interpretación (no hay

¹ Guastini, R., «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Revista Discusiones*, XI, 2011, p. 27.

interpretaciones correctas), y a su vez, sostiene que antes de la interpretación hay una multiplicidad de significados posibles que limitan la actividad interpretativa. Luego volveré sobre los límites conceptuales de la interpretación.

Ahora bien, ¿qué lugar ocupa en las Teorías de la Interpretación la discusión sobre los significados con perspectiva de género? ¿es posible que *estos significados* sean considerados significados posibles? ¿las Teorías de la Interpretación nos dicen algo sobre el sesgo de género en la conformación de significados? Veamos.

Estamos en condiciones de anunciar que el *género* ha ingresado al derecho², y sobre todo si hablamos del lenguaje y de disposiciones a la par de las interpretaciones judiciales y doctrinarias. Las Teorías Feministas denuncian la «falsa neutralidad y objetividad del derecho» en el sentido de que los textos normativos han sido creados e interpretados teniendo en cuenta sólo experiencias masculinas. A través de la aplicación de métodos, Katharine Bartlett y Phyllis Goldfarb nos muestran que las mujeres no han sido tenidas en cuenta como sujetos de derecho no sólo al momento de crear la norma sino también al interpretarla. Por ello, sostienen que el derecho es machista.

Continuando dicho enfoque, me interesa proponer un análisis de los significados con perspectiva de género en el marco de los límites conceptuales de la interpretación presentados por Guastini, y a la par de la clasificación tripartita de los tipos de interpretación, a saber: interpretación cognitiva, decisoria y creativa. Según el autor, aquellos límites están marcados por las reglas lingüísticas, los métodos interpretativos en uso, las construcciones dogmáticas y – sobre todo – por los múltiples significados previos a la actividad. Estos significados, a su vez, van a ser conocidos, elegido(s) o sino creados por el intérprete judicial.

A la par de esta clasificación, el autor utiliza la noción de *límites conceptuales de la interpretación* para explicar que no todo enunciado puede ser subsumido bajo el concepto de interpretación, sino que deberá ser considerado – primeramente – como significado admisible. Además de las dos tesis de Guastini, voy a tener en cuenta una serie de

² Con derecho me refiero al conjunto de normas escritas, interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales.

comentarios realizados por Isabel Lifante Vidal (específicamente) sobre la circularidad de las actividades interpretativas y la ausencia de criterios de atribuibilidad para considerar a los enunciados como significados admisibles.

Dicho esto, presentaré el siguiente escenario descriptivo: en primer lugar, haré uso de la clasificación tripartita de Guastini para mostrar la porosidad de la interpretación con respecto a los sesgos de género, esto es, que los significados que se le atribuyen (conocen o crean) a los textos normativos son machistas; en segundo lugar, me valdré de métodos feministas a modo de *test* para explicar la primer tesis; y por último, y ya al límite de la postura descriptiva, propondré unos ejercicios para quitar el sesgo de género y visibilizar otros significados posibles (y ocultados).

Resumiendo, en el apartado II explicaré la tesis de de Riccardo Guastini tomando como base su artículo en la Revista Discusiones. En el apartado III, retomaré los métodos feministas propuestos por Bartlett³ y Goldfarb⁴. En los dos siguientes, analizaré el escenario feminista propuesto, este es, si es viable *descubrir* significados ocultos por los sesgos de género (apartado IV y V); y apelaré a los comentarios que realiza Isabel Lifante Vidal para profundizar algunas reflexiones (apartado VI). Finalmente, una conclusión a modo de cierre (apartado VI).

Por último, y a los fines de aclarar mi postura crítica de análisis, entiendo que asumir una perspectiva de género, implica – por lo menos – partir de la existencia de significados normativos machistas y hacer uso – constantemente – de uno de los métodos propuestos por las autoras: la formulación de la pregunta por la mujer.

II. El escepticismo moderado de Guastini

Para quienes nos adentramos en el estudio de la interpretación jurídica y en la actividad de las juezas/ces (¿creativa?), el artículo de

³ Bartlett, K., «Feminist legal methods» (Diego Aranda, trad.), *Harvard Law Review*, 103 (4), 1990.

⁴ Goldfarb, P., «Un espiral entre la teoría y la práctica. La ética del feminismo y la educación práctica», *Academia*, 3 (6), 2005, p. 90.

Riccardo Guastini, artículo principal del número de la Revista Discusiones, es de gran ayuda para entender de qué estamos hablando cuando hablamos de interpretación, normas jurídicas, enunciados interpretativos y roles de las juezas/ces.

El autor separa su explicación en cuatro grandes grupos:

- (1) las tres **ambigüedades del vocablo «interpretación»**⁵: esto da lugar a la primera clasificación (1.a) interpretación *in abstracto* e *inconcreto*, (1.b) interpretación cognitiva, decisoria y creativa y (1.c) interpretación propiamente dicha y construcción jurídica;
- (2) dos tipos de **indeterminación jurídica**⁶: (2.a) indeterminación del sistema jurídico como tal y (2.b) la indeterminación de cada norma particular. La primera de ellas (2.a) depende de la equívocidad o ambigüedad en sentido amplio de los textos normativos, y la segunda (2.b) depende de la vaguedad o textura abierta de todo predicado del lenguaje natural. Guastini advierte que la indeterminación del sistema jurídico impone distinguir entre los enunciados normativos y su significado;
- (3) las **principales fuentes de indeterminación jurídica**: (3.a) la multiplicidad de métodos interpretativos, (3.b) la dogmática jurídica y (3.c) el sentimiento de justicia de los intérpretes;
- (4) y por último, el último grupo y/o clasificación se refiere a (4) las **tesis de la interpretación jurídica (metateoría)**: (4.a) formalismo, (4.b) eclecticismo, (4.c) escepticismo y (4.c.1) escepticismo radical. La versión de Guastini del escepticismo es (4.c.2) la «moderada».

Ambigüedades del vocablo interpretación

El vocablo «interpretación» puede interpretarse de distintas maneras y/o puede dar lugar a múltiples significados. Veamos. **(a.1)** En un primer lugar, el vocablo «interpretar» puede dar lugar a la interpreta-

⁵ Guastini, R., *op. cit.*, p. 27.

⁶ *Ibidem*, p. 36. —

ción **dirigida a textos (in abstracto)** o **dirigida a hechos (in concreto)**. El primer caso, consiste en identificar el contenido de significado, esto es, contenido normativo, la norma, expresado por un texto normativo («El texto T significa S» o «La disposición jurídica D expresa la norma N»). El autor sostiene que los teóricos del derecho suelen limitarse a esta actividad⁷. La interpretación in concreto, en cambio, consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «in abstracto».

Como ejemplo de la interpretación en concreto⁸, Guastini pone la ya conocida regla de «prohibido los vehículos en el parque» y si ésta se aplica o no a las bicicletas. En cambio, como ejemplo de la interpretación en abstracto cita un artículo de la Constitución Francesa (art. 13) que establece que «el presidente... firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros»⁹, y si dicha disposición debe interpretarse como un deber del presidente, o por el contrario, como una facultad o «poder».

Respecto al **objeto de cada interpretación**, la interpretación dirigida a textos tiene como objeto a los enunciados normativos y la dirigida a hechos, a los predicados en sentido lógico (los términos que denotan clases). Por último, mientras que con la interpretación en abstracto se identifican normas jurídicas (y clases de casos), con la dirigida a hechos se contribuye a identificar los casos concretos regulados por cada norma.

(a.2) La segunda ambigüedad presentada por Guastini es la referida a la interpretación como actividad. Así, algunas veces se hace referencia a una **interpretación cognitiva, decisoria o también a una interpretación creativa**.

La primera de ellas consiste en identificar – sin elegir – los posibles y diferentes significados de un texto normativo; acto seguido, la interpretación decisoria elegirá un determinado significado entre los previamente identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva; y por último, la interpretación creativa, consiste en atri-

⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁸ Guastini, R., *op. cit.*, p. 29.

⁹ *Ídem*.

buir a un texto un «significado nuevo» no comprendido entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva.

(a.3) La tercer y última ambigüedad posible, es cuando con el término se hace referencia a una **interpretación propiamente dicha**, esto es, a la atribución de significado a textos normativos o bien se refiere a la **construcción jurídica**. Aquí Guastini enfrenta dos frentes de las anteriores ambigüedades. Como se explicó en el párrafo anterior, la construcción jurídica no es una actividad estrictamente interpretativa sino más bien creativa, consistente en la construcción de normas no expresas, esto es, (i) normas no formuladas por autoridad normativa, (ii) normas que no pueden ser consideradas como uno de los significados (posibles) (iii) o normas que no pueden ser consecuencia directa de una determinada disposición. El autor explica que la norma no expresa es el resultado de un argumento en el que alguna de sus premisas es una norma expresa y la norma no expresa es la conclusión. Y sentencia a estos significados como argumentos no válidos lógicamente y producto de esquemas conceptuales y teorías elaboradas arbitrariamente por la dogmática. Veamos los ejemplos propuestos por Guastini.

Indeterminación jurídica

Guastini sostiene que la interpretación dirigida a textos y la dirigida a hechos responden a dos tipos de indeterminación que afectan al derecho. (2.a) La **indeterminación del sistema jurídico como tal** refiere a que el derecho es indeterminado en el sentido de que no está determinado cuáles son las normas expresadas por las fuentes legales y, por lo tanto, que pertenecen al sistema jurídico; y (2.b) la **indeterminación de cada norma particular**, se refiere a la indeterminación del derecho en el sentido de que no están determinados qué casos caen bajo el ámbito de aplicación de cada norma.

La indeterminación del sistema jurídico como tal depende de la *equivocidad* de los textos normativos, en cambio, la indeterminación de cada norma depende de la *vaguedad o textura abierta* de «todo predicado del lenguaje natural». Veamos algunos ejemplos. Para la equivocidad (o ambigüedad en sentido amplio no técnico) de los textos norma-

tivos, cito textualmente los enunciados puestos como ejemplo por Guastini:

- (a) A veces un texto normativo T es, en sentido estricto, ambiguo por razones sintácticas o semánticas, es decir, dudamos si expresa la norma N1 o la norma N2.
- (b) A veces todos están de acuerdo con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si también expresa la norma N2 o no.
- (c) A veces todos están de acuerdo con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si esa norma implica o no la norma N2.
- (d) A veces todos acuerdan con que el texto normativo T expresa la norma N1, pero se duda si la norma es derrotable (i.e., sujeta a excepciones implícitas) o no¹⁰.

Punto seguido, el autor sostiene que la indeterminación del sistema jurídico impone distinguir entre **disposiciones y normas**, esto es, entre los enunciados normativos (disposiciones) contenidos en las fuentes del derecho y su significado (normas expresas y/o implicadas).

Principales fuentes de indeterminación jurídica

Guastini identifica las fuentes principales (además de ciertos defectos objetivos del lenguaje) de indeterminación jurídica. Estos son (3.a) la multiplicidad de métodos interpretativos, (3.b) la dogmática jurídica y (3.c) el sentimiento de justicia de los intérpretes (preferencias éticas y políticas).

Este punto será retomado en la sección V junto a las observaciones de Isabel Lifante Vidal.

Teorías sobre la interpretación jurídica

Por último, pasaré a explicar las metateorías¹¹ recopiladas y clasificadas por Riccardo Guastini. Recordemos que, al principio del artí-

¹⁰ Guastini, R., *op. cit.*, p. 37.

¹¹ Guastini, R., *op. cit.*, p. 42.

culo, mencioné las teorías con su nombre – podríamos decir – «clásico», a saber, formalismo, eclecticismo, escepticismo, escepticismo radical y moderado. A medida que avanza su artículo, Guastini hará mención a estas teorías con los términos atribuidos por los autores que le dieron origen, a saber, (4.a) teoría del noble sueño (formalismo o cognitivismo interpretativo), (4.b) teoría de la pesadilla (escepticismo radical) y (4.c) la teoría de la vigilia (eclecticismo de Hart). Por último, está la (4.d) versión moderada del escepticismo de Guastini.

Propondré explicar las diferencias entre las tres primeras teorías (sin tener en cuenta la versión de Guastini) teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- **Significado del texto normativo:** para la teoría del noble sueño (en adelante «TNS») cada texto normativo tiene un significado objetivo, único y determinado, que es susceptible de verdad. Para la teoría de la pesadilla (en adelante «TP»), los textos normativos no tienen ningún significado antes de la interpretación, por lo que no tiene sentido distinguir entre decisiones correctas e incorrectas; para la teoría de la vigilia (en adelante «TV») los textos normativos poseen un significado objetivo que permite la existencia de casos fáciles, pero lamentablemente ese significado es indeterminado, dando lugar a casos difíciles o marginales. Por último, en los casos fáciles sí es posible distinguir entre interpretaciones jurídicamente correctas e incorrectas, pero ello no es posible en los casos difíciles.
- **Interpretación (actividad):** para la TNS la interpretación jurídica se concibe como una actividad cognitiva que equivale a descubrir el único significado preexistente, siendo el significado de los textos normativos su objeto. Para la TP, la interpretación es un acto de voluntad (no de conocimiento) y el significado de los textos normativos es el resultado de la interpretación. Para la TV, en los casos fáciles la interpretación se limita a un acto de conocimiento y en los casos difíciles, en un acto de voluntad.
- **Discreción judicial:** para la TNS, no hay espacio para la discreción interpretativa (sino que las decisiones judiciales que se adhieren al significado objetivo son correctas, y cualquier otra no),

para la TP, la discreción es inevitable y toda interpretación avanzada por los jueces es «auténtica», esto es, creadora de derecho. Por último, para la TV, en los casos fáciles los jueces no poseen discreción interpretativa, pero en los casos difíciles en cambio, la interpretación elegida será el resultado de una decisión discrecional acerca de «la extensión o referencia de los conceptos expresados por los términos generales»¹².

- **Enunciados interpretativos**¹³: para la TNS, todo enunciado interpretativo es o bien verdadero o bien falso. Esta teoría sostiene que, para cada texto normativo, existe un único enunciado interpretativo que es verdadero, mientras que los demás son falsos. Para la teoría de la pesadilla, los enunciados no poseen valor de verdad. Antes de la interpretación los textos no poseen ningún significado, sino que éste es fruto de la creación libre de los jueces. Por último, la teoría de la vigilia distingue entre dos tipos de enunciados: en los casos fáciles, los enunciados poseen valor de verdad (el significado de los textos debe ser simplemente declarado) y en los casos difíciles no poseen valor de verdad, dado que los textos normativos si bien poseen un significado objetivo, dicho significado es indeterminado, dejando lugar para la discreción en los «casos marginales».

La explicación sobre por qué la postura escéptica de Riccardo Guastini es moderada (en adelante «TEM»), la tomé del artículo de Isabel Lifante Vidal. Ella lo explica de la siguiente forma:

¹² Guastini, R., *op. cit.*, p. 30.

¹³ Este criterio surge de la propuesta analítica que propone Guastini de reconstruir los diferentes puntos de vista como teorías semánticas, es decir, como teorías acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos. «Desde una perspectiva analítica estos diferentes puntos de vista pueden ser reconstruidos no como teorías psicológicas (¿la interpretación es un acto de voluntad o un acto de conocimiento?), sino como teorías semánticas, es decir, como teorías acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos». Por «enunciado interpretativo» entiendo, a grandes rasgos, todo enunciado que posee la forma lógica «T significa S» (donde T se refiere a un fragmento de texto normativo cualquiera – por ejemplo, una cláusula constitucional, una disposición legislativa, etc.- y S se refiere al significado adscripto). Véase Guastini, R., *op. cit.*, p. 45.

Por un lado, sostiene la existencia de una omnipresente indeterminación en el Derecho (toda disposición admite más de un significado) junto a la inexistencia de valor de verdad o corrección en el ámbito de la interpretación, y de ahí su carácter escéptico; pero, por otro lado, sostiene la existencia de significados previos a la interpretación que limitan la actividad interpretativa, y de ahí su carácter moderado¹⁴.

Cuadro

| | TNS | TP | TV | TEM |
|---|---|---|--|---------------------------------------|
| Significado antes de la interpretación | Uno solo: único, objetivo y determinado | Ninguno | Significado objetivo pero indeterminado: casos fáciles y difíciles | Múltiples significados |
| Interpretación (actividad) | -Actividad cognitiva - objeto: significado | - Acto de voluntad - significado: resultado de la interpretación | CF: acto de voluntad/ CD: acto de voluntad | Limitada por los significados previos |
| Enunciados interpretativos | Poseen valor de verdad | No poseen valor de verdad | CF: poseen valor de verdad CD: no poseen | No poseen valor de verdad |
| Discreción judicial | NO | SI | CF: no CD: si | |

III. Métodos feministas: Goldfarb y Bartlett

Los *métodos feministas* no son utilizados exclusivamente por mujeres o por feministas, ni tampoco todas las feministas están de acuerdo con ellos y mucho menos estos métodos fueron elaborados sólo por pensadoras feministas. Estos métodos son feministas porque su contenido ha sido «reunido, desarrollado y aprobado»¹⁵ por numerosas fe-

¹⁴ Lifante Vidal, I., «Distinciones y parallogismos. A propósito del escepticismo guastiniano», *Revista Discusiones*, XI, 2011, p. 59-61.

¹⁵ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 90.

ministas que hicieron un esfuerzo por entender y socavar la jerarquía del género. A su vez, ninguno de los métodos – por lo menos de los presentados aquí – se basan explícitamente en la metodología tradicional de alguna disciplina; sino que, por el contrario, son deliberadamente «eccléticos, desalientan las separaciones artificiales de ideas relacionadas y promueve el pensamiento interdisciplinario»¹⁶.

Si bien, como acabo de mencionar, estos métodos no fueron ideados explícitamente para analizar la actividad interpretativa o los significados (como resultado), sí considero que cumplen la función de acercar aquellos dos polos presentados como – supuestamente – opuestos, toda vez que los métodos advierten la masculinidad (y machismo) del lenguaje y del derecho¹⁷.

En este artículo, retomaré la explicación de los métodos que realizan las académicas Katherine Bartlett y Phyllis Goldfarb. Sobre la importancia de los métodos, Bartlett sostiene que son importante también debido a que, sin un entendimiento de los métodos feministas, las demandas feministas en la ley no serán percibidas como legítimas o «correctas». Sospecho que muchos de los que rechazan al feminismo, por considerarlo algo trivial o inconsecuente, lo malinterpretan¹⁸. Y si bien explica lo que a una le resulta obvio, vale la pena respetar su extensión:

En su práctica jurídica las feministas hacen lo que otros abogados hacen: examinan los hechos de un problema o disputa legal, identifican las características esenciales de los hechos, determinan que principios legales deben guiar la resolución del litigio, y luego aplican los principios a los hechos. Este proceso se desarrolla no de una manera lineal, secuencial o estrictamente lógica sino más bien de una manera pragmática e interactiva. Los hechos determinan qué reglas son apropiadas y las reglas determinan qué hechos son relevantes. En la práctica jurídica, las feministas, al igual que otros abogados, usan una amplia

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Cuando las autoras mencionan al «derecho» entiendo que se refieren al texto normativo, su significado y las decisiones jurisprudenciales.

¹⁸ Bartlett, K., *op. cit.*, p. 2.

gama de métodos de razonamiento legal – deducción, inducción, analogía, y uso de supuestos hipotéticos, política y otros principios generales. Sin embargo, además de estos métodos propios de la práctica jurídica, las feministas usan otros métodos. Estos métodos, aunque no todos exclusivos de las feministas, intentan mostrar aspectos de un problema legal que los métodos más tradicionales tienden a suprimir o pasar por alto¹⁹.

Hecha esta breve introducción, pasaré a explicar brevemente los métodos expuestos por las autoras, con la advertencia de que dicho relato no agota toda su extensión ni tampoco pretende disimular la importante discusión que versan sobre ellos; sino más bien presentar al lector/a una posible y alternativa modalidad de analizar el derecho.

Concientización

Este es el método por excelencia. La concientización como método presupone un grupo orgánico de mujeres y el compartir – entre ellas – sus experiencias de vida. Mediante este proceso de cooperación, se pudo advertir las similitudes y repeticiones que surgían de dichas vivencias. En palabras de la autora «a partir del momento en que se vislumbra la dimensión social de la experiencia individual y la dimensión individual de la experiencia social, las reacciones a sus experiencias tomaron la forma de crítica estructural»²⁰.

La concientización, insiste la autora

es un método colectivo, interpersonal y reflexivo que tiene como objetivo mejorar la comprensión e interpretación de las experiencias vividas». Ahora bien, la breve descripción de la concientización no debe interpretarse como una lucha – sin más – ante el poder del lenguaje. Participar en el proceso de concientización no es sinónimo de expresar los sentimientos angustiantes; sino que implica «descubrir esos pensamientos con el apoyo y la ayuda de los relatos y declaraciones de otras partici-

¹⁹ *Ibidem*, p. 5.

²⁰ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 90.

pantes». Reconocer la experiencia propia y animarse a compartirla en una sociedad en la que nunca se ha reconocido nuestra experiencia, es «una proeza extraordinaria que involucra un largo proceso de lucha interna para encontrar las palabras que puedan transmitir ese conocimiento»²¹.

Narración de historias

Este método es una forma específica de concientización que funciona como correctivo, esto es, mediante la narración de experiencias personales «se puede llegar a poner en crisis»²² distintas teorías si se pone en evidencia que éstas no contemplan situaciones particulares. La autora explica que este proceso es muy utilizado entre las teorías feministas puesto que ha contribuido a que distintas mujeres (podría citarse, por ejemplo, las mujeres negras) confronten a las teorías que nos las tenían en cuenta.

Las feministas consideran que la narración de historias ha sido «el antídoto contra la aplicación de reglas preestablecidas a historias estandarizadas y descontextualizadas, una práctica privilegiada dentro de algunos sectores de la actividad académica»²³.

Las preguntas sobre la exclusión

En este apartado, la autora cita a Katharine Bartlett y lo que ella denominó «la formulación de la pregunta sobre la mujer»²⁴ (o «la formulación de la pregunta sobre la exclusión»). Explica que las mujeres recurren a estas preguntas para desarrollar una teoría estructural a partir de las narraciones que utiliza la concientización. Formular tales preguntas, insiste, «lleva necesariamente a indagar por qué se excluyen determinadas necesidades, perspectivas y experiencias femeninas de la propia ley o de otras instituciones sociales y políticas»²⁵. Es que, para

²¹ *Ibidem*, p. 92.

²² *Ibidem*, pp. 94-95.

²³ *Ibidem*, p. 96.

²⁴ Bartlett, K., *op. cit.*, p. 5.

²⁵ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 98.

conocer cómo las instituciones responden o bien, ignoran los intereses de las mujeres, es necesario entender (primero) cómo estas mujeres experimentan las instituciones. Esto es fundamental para la teoría crítica, puesto que la misma se desarrolla a partir de las razones e implicancias de la exclusión de mujeres y de las posibles consecuencias de una hipotética inclusión.

Razonamiento contextual

Los métodos explicados hasta aquí representan distintas etapas de lo que Bartlett denomina «razonamiento práctico feminista»²⁶. Para esta autora, la característica principal de este razonamiento es su «énfasis en el contexto»²⁷, esto es, en el análisis de los intrincados detalles de situaciones humanas complejas que dan origen a múltiples conflictos, tanto legales como de otro tipo. Y tiene en cuenta todos los métodos hasta aquí relatados, puesto que con la «ayuda de conocimiento y experiencias previas»²⁸ se encuentran soluciones que tienen en cuenta las particularidades de cada caso. Ahora bien, obvio que el razonamiento contextual no exige prestar atención a cada detalle de cada contexto, sino más bien, sugiere que las juezas deberán ampliar el marco de lo «jurídicamente relevante»²⁹ y prestar atención a hechos novedosos y las consecuencias que de ello se pueda surgir.

La autora pone de ejemplo el caso de una mujer golpeada³⁰ que, fuera del período de agresión, utiliza un arma contra el agresor. La famosa legítima defensa que tanto daño produjo sobre los cuerpos de las mujeres. La crisis se genera cuando la mujer actúa en un período distinto al de agresión y con un arma que se considera «desproporcionada». Aquí ingresa el análisis del estándar sobre legítima defensa, las interpretaciones posibles sobre los términos de «defensa propia», «violencia excesiva» y (en el caso del ejemplo de la autora) «deber de retirar-

²⁶ Bartlett, K., *op. cit.*, p. 12.

²⁷ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 100.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 103.

³⁰ *Ibidem*, p. 100.

se»; también influirá la jurisprudencia, los intereses personales de la persona lesionada, el hombre herido en cuestión, y las razones e intereses de la persona acusada para invocar la defensa propia, etc.

Preguntas epistemológicas y éticas

Con el devenir de estos métodos, las feministas han demostrado que las construcciones teóricas que se presentan como neutrales y objetivas, generalmente excluyen las perspectivas de muchas personas y, al mismo tiempo, encubren un punto de vista particular. Continuando en el ejemplo anterior, la autora dice que

cuando los tribunales resolvieron que no era precedente apelar a la doctrina de la legítima defensa como argumento defensivo y que, en cambio, estos actos constituían fuerza excesiva en violación al deber de retirarse, muchas mujeres se dieron cuenta de que la narración jurídica de defensa propia se había formulado para ser aplicada a casos de enfrentamientos entre dos hombres de tamaños, fuerzas y estados físicos similares³¹.

Continúa diciendo que,

no resulta sorprendente que todas aquellas personas cuyas experiencias encuadran en el concepto de defensa propia consideren que esa ley es neutral, objetiva y sólida. Al mismo tiempo, todos aquellos cuyas experiencias difieren de las consideradas por la posición doctrinaria dominante pueden notar, con mayor claridad, la particularidad y parcialidad de la ley y sus presunciones sobre cómo funciona el mundo y sobre cuáles son las perspectivas que se cuentan³².

A todo ello, la autora le suma las estructuras e instituciones de la cultura jurídica dominante y dice que,

³¹ Goldfarb, P., *op. cit.*, p. 105.

³² *Ídem*.

si sólo las personas cuyas perspectivas están reflejadas en estas estructuras e instituciones dominantes tienen la autoridad para juzgar a otros, y si ellos utilizan ese poder sin reflexión o auto-crítica, entonces todos aquellos que difieran de las normas dominantes serán vistos, no sólo como deficientes, sino también como anormales³³.

Estos métodos me llevan a concluir que las discusiones sobre la indeterminación del lenguaje, la discreción judicial o sobre los significados posibles no han tenido en cuenta la forma en que se determina ese núcleo claro, obvio e indiscutido de significados (posibles). Creo que en la conformación del núcleo claro de significados es donde operan las ideologías del tipo machistas y donde, finalmente, se normativiza. Por ello me valgo de la clasificación tripartita de Guastini, puesto que me permite identificar – si se quiere – las etapas de la interpretación y entender cómo opera el machismo en el descubrimiento y creación de significado. A semejanza de la textura abierta propuesta por Herbert Hart³⁴ para explicar cómo el lenguaje natural contamina el normativo, utilizaré brevemente la noción de «textura cerrada» para ilustrar cómo opera el machismo en la actividad interpretativa de los textos normativos. Considero que aquel núcleo claro, obvio e indiscutido es un significado – salvo prueba en contrario – machista que no solo limita los significados verdaderamente neutrales (no machistas) sino que crea todo un dispositivo para ocultarlos.

IV. Reflexiones feministas ante un derecho masculino y machista

Para explicar la noción de *derecho masculino* me remito al artículo de Frances Olsen sobre «El sexo en el derecho»³⁵. Este artículo es uno de las producciones académicas que abordan de lleno y sin apuros el

³³ *Ídem.*

³⁴ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 155.

³⁵ Olsen, F., «The politics of law» (Mariela Santoro y Christian Courtis, trad.), *Pantheon*, 1990, pp. 452-467.

sexismo en el derecho (texto y su significado). Olsen forma parte de una generación de mujeres académicas norteamericanas que abordaron – y continúan haciéndolo – el feminismo, la perspectiva y el rol de la mujer en la academia³⁶.

El artículo de Olsen posee una claridad tal que permite distinguir sus tesis y hacia dónde van dirigida sus críticas. Veamos. La autora empieza por advertir una serie de dualismos que han construido nuestro pensamiento, a saber: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo y abstracto/concreto, universal/particular; e insiste en que estos dualismos han dividido las cosas en esferas contrastantes o «polos opuestos». Ella resalta tres características del sistema dual: (a) los dualismos están *sexualizados*: una esfera se considera masculina y la otra femenina, (b) los términos de los dualismos no son iguales, sino que constituyen una *jerarquía*: lo identificado como masculino es privilegiado como lo superior frente a lo femenino – lo inferior –, y (c) el *derecho se identifica con el lado masculino* de los dualismos.

Sobre esta última característica, la autora sostiene que

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y masculinos de los dualismos. Aunque la «justicia» sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres³⁷.

Esta cita me da pie para precisar el alcance de los términos «masculino» y «machista». En el marco del análisis del derecho (como conjunto de normas), considero que éste no es sólo masculino (descriptivo) sino también machista (prescriptivo). Con masculino me refiero a

³⁶ Forman parte de esta generación, a saber, Phyllis Goldfarb, Katherine Bartlett, Martha Minow, Catharine Mackinnon, Susan Haack, Sandra Harding, Robin West, Susan Estrich, Joan Scott, Judith Butler, etc.

³⁷ Olsen, F., *op. cit.*, p. 2.

su rol descriptivo, esto es, *el derecho es masculino porque ha sido creado teniendo en cuenta las experiencias de los varones* (y han eliminado a la mujer como sujeto de derecho); pero también es machista *porque han elevado ese masculinismo a la esfera de lo normativo: debe ser así*. Los significados masculinos son los únicos significados posibles. En consecuencia, todo lo que no se adecúe a sus supuestos y/o significados previstos – es decir, machistas – , es lo jurídicamente «anormal o inferior» o incorrecto.

La autora cita a Harriet Taylor Mill, para referirse a aquella corriente que rechaza la sexualización de los dualismos y acepta la jerarquización de los rasgos. Esta autora utiliza «racional» como digno de aprecio e «irracional» como un término despreciable, y sostiene que «la razón y los principios – y no el sentimentalismo – ofrecen el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres»³⁸. Esta postura es sostenida en la actualidad. Olsen entiende que muchas feministas «creen que los roles del sexo deberían ser una cuestión de elección del individuo»³⁹, sino justamente se convierten en roles de género: prescripciones sobre lo que deben hacer y cómo deben actuar las personas en virtud de su sexo. Esto tiene directa relación con los estereotipos y sesgos de género, máximas de experiencia en materia de prueba y conceptos jurídicos como «buen padre de familia».

Ahora bien, dado que asumo que el derecho es masculino, creo necesario aplicar un test que permita advertir cuando estamos ante un significado machista.

Con los *test* me refiero a parámetros o estándares de control utilizados para analizar el uso (o su ausencia) de ciertos criterios o clasificaciones que ubican al objeto de análisis en una de tantas categorías. El test de control de constitucionalidad de una ley retomado por José F. García García⁴⁰ respecto al uso del principio de proporcionalidad, es un ejemplo de esta metodología que ubica a un texto normativo en la categoría – por lo menos – de ley constitucional o ley inconstitucional.

³⁸ *Ibidem*, p. 5.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ García García, J.F., «El Tribunal Constitucional y el uso de «tests»: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica», *Revista Chilena de Derecho*, 38 (1), 2011, pp. 101-138.

En su análisis de la aplicación del test de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno, de la Corte de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional de España, García García considera que el uso de estos parámetros genera una suerte de beneficios, entre los que menciona: (a) un control más objetivo de los jueces mediante una metodología de evaluación, (b) eleva la fundamentación y calidad de las sentencias y (c) se generan niveles de certeza jurídica mayores y disminuye los incentivos de actuación arbitraria del regulador.

Además de estos tres puntos, considero que el uso de test, en este caso feminista, puede emplearse como método para advertir el sesgo de género en el derecho (esto es, texto y su significado). Entiendo que no hace falta referirse con profundidad al porqué de esta necesidad, puesto que Argentina, como muchísimos otros países, está adherida a la CEDAW⁴¹ (ONU, 1979) y a la Convención Belém do Pará⁴² (OEA, 1994), instrumentos internacionales que exigen el compromiso estatal para erradicar la violencia de género. Y claramente, la eliminación del sesgo en el derecho es un modo de contribuir a ello.

Este test, permitiría advertir el sesgo de género en la atribución y/o creación de significado normativo, es necesario puesto que una de las características principales del machismo es ocultarse tras la neutralidad y elevar su masculinismo a la normatividad (esto es, lo descriptivo convertirlo en normativo). Las principales consecuencias de esto – por lo menos – son las siguientes: por un lado, la exclusión de la categoría de *determinables* de un conjunto de significados que no responden a las experiencias masculinas; y por el otro, la continua representación de lo masculino como lo neutral y su reproducción en el rol del/la intérprete.

Dicho esto, y previo a analizar el aporte de la teoría guastiniana, insisto en lo siguiente: las teorías sobre la indeterminación del derecho y/o discreción judicial, etc., no se han ocupado del estudio y análisis de *la forma en que se conforma el núcleo claro de significados* (significados obvios e indiscutidos). Entiendo que allí, en la conformación de estos

⁴¹ Organización de las Naciones Unidas (19 de diciembre de 1979) Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

⁴² Organización de los Estados Americanos (9 de junio de 1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

significados es donde operan las ideologías, entre las que se encuentran las ideologías machistas. Las discusiones existentes no ven cómo se proyecta la ideología en el descubrimiento o creación de significado. No ven el sesgo en estas actividades.

IV.1. Escenario Guastiniano

En este apartado voy a utilizar la explicación que realiza Guastini de la segunda ambigüedad del término interpretación para (intentar) mostrar cómo se «impregna» el sesgo de género en la actividad interpretativa. Veamos.

El autor retoma la segunda ambigüedad del término interpretación para dar cuenta de tres tipos de actividad: de conocimiento, de decisión y de creación, y distingue entre interpretación cognitiva, decisoria y creativa, respectivamente. Como bien fue explicado más arriba (apartado II), en la **interpretación cognitiva** la/el intérprete se limita a *identificar* los significados determinados y determinables, esto es, significados admisibles según las reglas lingüísticas – sintácticas, semánticas y pragmáticas – compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina. Y ya en la **interpretación decisoria** *elegirá* un significado entre los previamente identificados por la interpretación precedente. Relacionada con esta distinción, Guastini introduce la noción de *límites conceptuales de la interpretación*, que, a grandes rasgos, implica que no todo enunciado que pretende ser una interpretación puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de interpretación y destaca que trazar este límite en el concepto es necesario para distinguir entre «la común atribución de significados» y la genuina legislación intersticial de juristas y jueces (creación de significado).

Ahora bien, para analizar estas actividades parto de la tesis de la existencia de un derecho masculino y potencialmente machista: los significados de los textos normativos reflejan experiencias masculinas⁴³. Entonces, dado que este derecho – potencialmente – generará significa-

⁴³ Insisto. Esto genera no sólo una exclusión de otras experiencias sino su opresión: las otras son las incorrectas o las irracionales.

do masculino y machista (por sentido común, significado literal, etc.), las/os intérpretes en su actividad cognitiva *conocerán estos mismos*: significados machistas. Del mismo modo, si han de crear significado, al no advertir el sesgo de género en sus actividades, las/os intérpretes crearán significados machistas. El conjunto de significados posibles, estos, determinados o determinables, que la/el intérprete observará como disponibles, ya estarán (potencialmente) sesgados. Dicho de otro modo, si en el estante acomodo significados machistas, *descubriré estos mismos*.

La distinción entre actividades que realiza el autor me permite obtener un campo de visión de la actividad interpretativa e identificar su porosidad respecto al sesgo de género. El sesgo va a construir – si se quiere – una *primera capa de significados posibles* que será el punto de partida al momento de identificar – como significados determinados o determinables – o de elegir significado. Y lo mismo pasa al momento de crear. Es lo que denomino *textura cerrada* del derecho: este primer filtro que genera lo masculino al dotarse de normatividad⁴⁴.

La existencia de un derecho masculino y machista genera, potencialmente, significados machistas. Y en «generar» incluyo tanto la actividad cognitiva como la creativa.

V. Test feminista

El objetivo del test es averiguar si un significado de un texto normativo – significado creado o atribuido – es producto de un sesgo machista. Para averiguar eso, voy a utilizar algunos de los métodos feministas explicados al inicio del artículo. Al igual que Goldfarb, entiendo que una pregunta se convierte en método cuando se la formula incansablemente y en todos los escenarios hasta mostrar aquello con lo que se quiere dar: la ausencia y opresión de la mujer.

El test, propiamente dicho, se va a conformar con dos de los métodos. Si bien considero que los cinco métodos explicados constitu-

⁴⁴ La textura cerrada podría funcionar como criterio de corrección implícito en el que las experiencias masculinas constituyan los significados correctos, y todas las que no se les asimilen, serán lo incorrecto. Cuando me refiero a «significado correcto» quiero aludir al significado *posible*.

yen una fórmula práctica para identificar y quitar el sesgo – puesto que no funcionan aisladamente sino de manera conjunta – aquí los presento separadamente para explicar con mayor claridad la metodología en el marco de la producción de significado. Entonces, el test se compone de (a) la formulación de la pregunta por la mujer y (b) la narración de historias. Repito, el objetivo aquí es averiguar si el significado está contaminado por un sesgo de género.

En la mayoría de los casos la *Formulación de la pregunta por la mujer* funciona para advertir el estereotipo (de mujer) que se está utilizando implícitamente: mujer víctima, mujer madre, mujer histérica, etc. Y para ello, vale realizarse las siguientes preguntas: ¿en qué tipo de mujer están pensando? ¿Qué creerías que debería hacer la mujer allí? ¿cómo se debería comportar una mujer? ¿por qué ella no puede incurrir en esa figura? ¿sobre qué se fundamenta tu generalización? Esto sucede cuando al sexo le atribuyen un rol de género, esto es, una suerte de características que vienen implícitas al sexo de la persona. *La mujer es o la mujer debe*.

Raquel Asensio⁴⁵ ha estudiado el uso de estereotipos en la justicia penal. Ella sostiene que estas figuras

conforman imágenes sociales generalizadas sobre características personales o roles que deben ser cumplidos por los miembros de un determinado grupo social. En general, los estereotipos pueden ser utilizados para describir las características de un grupo en particular, prescribir su comportamiento o también para asignar ciertas diferencias»⁴⁶.

En el caso de las mujeres, la autora dice que se puntualiza (se las imagina) «que la mayoría tiene hijos, que deben ser castas obedientes y, en términos de asignación de diferencias, que son nerviosas o desequilibradas»⁴⁷. Agregaría también, «mentirosas». Por último, ella dice que «si bien los estereotipos de género no siempre son contraproducentes,

⁴⁵ Asensio, R., *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires, Defensoría de la Nación, 2010, p. 83.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ *Ídem*.

cuando operan para establecer jerarquías de género y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizadas a las mujeres, tienen efectos discriminatorios»⁴⁸. A partir del análisis de caso, la autora va a identificar ciertos estereotipos utilizados por los Tribunales al momento de atribuir significado en casos en los que participa una mujer. Entre ellos, ella menciona los estereotipos⁴⁹ de «mujer honesta», «mujer mendaz», «mujer instrumental» «mujer co-responsable» y «mujer fabuladora».

Un ejemplo bastante reciente es la decisión tomada en la causa «Lizarralde» en los Tribunales Judiciales de la Provincia de Córdoba. En esta causa, un hombre da muerte a una mujer y lo mismo intenta con la niña. La mujer era su ex pareja y la niña su hija. El objeto de discusión principal, entre otros, era si dicho homicidio debía ser agravado por el inc. 11 del art. 80 del Código Penal: cuando un hombre mata a una mujer en un contexto de violencia de género. Agravante conocido como «femicidio». En la primera instancia, la Cámara Criminal⁵⁰ utiliza un estereotipo de «víctima mujer vulnerable» para comparar con el perfil de la mujer ex pareja y para, finalmente, desechar la aplicación del agravante. A grandes rasgos, este Tribunal entendió que la ex pareja no era una *víctima mujer vulnerable* (de violencia de género), toda vez que no se percibía – en los hechos relatados y probados – la desigualdad entre ambos (desigualdad asimétrica) y ella, por el contrario, era una mujer empoderada que luchaba por sus derechos y los de su hija (en común). La Cámara sostiene lo siguiente:

La «violencia de género» exige la presencia de una «víctima mujer vulnerable» y también «relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los s/exos, que subordinen a la mujer» y concluye que «se trataba de una mujer que «no fue dócil» a la postura que asumió Lizarralde (sobre su paternidad), «sino que decidió empoderarse en defensa de sus derechos y los de su hija», es así que ocurrió a la base de datos de su puesto laboral y averiguó el teléfono de la hermana del acusado, se comunicó con

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁵⁰ Cámara en lo Criminal y Correccional de Córdoba de Onceava Nominación, Secretaría N° 21, *Lizarralde*, Sentencia nro. 46, 22/10/2015, Expte. nro. 2015401.

ella, le contó de su embarazo y de la negativa de su hermano a reconocer su paternidad, luego se dirigió al fuero de familia, solicitó asesoramiento gratuito e inició el procedimiento correspondiente, logrando lo que pretendía: que Lizarralde reconociera su paternidad formalmente y asumiera el compromiso de cumplir con las responsabilidades que surgen de ese estado, tales como alimentos, obra social e inscripción como hija en el Registro Civil.⁵¹

Recurrida esta decisión, la causa se eleva al Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ), Tribunal que finalmente decide aplicar el agravante femicidio en el hecho de muerte. Sobre la valoración que realiza la Cámara de la figura de «mujer víctima vulnerable» el TSJ⁵² dice lo siguiente:

Finalmente, la caracterización de la víctima de este delito como una mujer vulnerable asimilable a una persona débil de carácter que es rebajada a la calidad de objeto **delimita el ámbito de mujeres que pueden ser víctimas de violencia**. Otra vez aquí, cabe recordar que el alcance de la normativa internacional y nacional establece **un alcance general a todas las mujeres independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales**. La existencia de este fenómeno toma forma de un modo expansivo, en la medida que se asienta en prácticas sociales y estereotipos que no toman como parámetro otra realidad que la de ser mujer, sin más. Es la violencia contra la mujer por el hecho de serlo. **Lo contrario, coloca a un colectivo de mujeres fuera del alcance protectorio de las disposiciones legales mencionadas, sin contar con las dificultades de atribuir el carácter de vulnerable o no según el sentido utilizado por el Tribunal.**

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 56, *Lizarralde*, 9/03/2017, Expte. N° 2015401, p. 95.

⁵² Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, *Lizarralde*, fallo citado. Ver el punto III.2 donde el TSJ analiza la valoración de la Cámara. En el punto V.6.E fundamenta la aplicación del agravante femicidio. Para ver más sobre el análisis de este fallo: Funes, S., «Nota al fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre el agravante femicidio», *Derecho y Control: problemáticas específicas. Análisis jurisprudencial*, 1, Mendiola Córdoba, 2018, p. 45.

Téngase en cuenta que al caracterizar a Paola Acosta como una mujer «fuerte» que reclamó por sus derechos y los de su hija, y que ello era conteste con la descripción que de ella hicieron familiares y amigos, **se agregó un presupuesto no contemplado para esta clase de casos previstos normativamente.** Una caracterización como la enunciada puede dar lugar a **discriminaciones arbitrarias** excluyendo normativamente supuestos de violencia de género por las particularidades de las víctimas, cuando no debe perderse de vista que éste es un fenómeno que no atiende a la clase de mujer sino que para determinarlo es necesario «examinar el contexto social que determina la violación de los derechos de las víctimas, considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una sociedad determinada»⁵³ (la negrita me pertenece).

Por otro lado, la *Narración de historias* suele ser utilizada para advertir que las experiencias de las mujeres no están incluidas en los significados de los textos normativos. Y aquí surge, más que el estereotipo, la ausencia directa de la figura de la mujer. Al atribuir significado o al crearlo, la/el intérprete no tuvo en cuenta a la mujer como sujeto de derecho. Las preguntas que suelen implementarse son las siguientes: dicho significado ¿es ajeno al sexo de la persona? ¿ese significado tiene distintas consecuencias para una mujer que para un hombre? ¿experiencias de qué tipo reflejan ese significado?

El ejemplo que pone Goldfarb es la legítima defensa⁵⁴ o defensa propia. Ella concluye que los sujetos en los que pensaban los tribunales

⁵³ Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, párrafo 59.

⁵⁴ En el Código Penal de Argentina la legítima defensa está prevista en el art. 34: «No son punibles (...) 6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que

al interpretar el texto normativo eran (en un enfrentamiento de) en dos hombres (varones) de tamaño, fuerza y estados físicos similares. La autora analiza el caso de una mujer golpeada que fuera del período de agresión utiliza un arma contra el agresor:

En el marco de un proceso penal, ella alega que actuó en defensa propia, pero la fiscalía insiste en que los actos imputados fueron realizados con violencia excesiva y violando el deber de retirarse que pesaba sobre la mujer golpeada». Sobre esto, Goldfarb dice que el Tribunal tendrá en cuenta el interés del Estado por excluir la defensa excesiva e incluir el deber de retirarse para configurar «defensa propia», y agrega «El tribunal también tendrá en cuenta la jurisprudencia relativa a interpretaciones de los conceptos de «violencia excesiva» y «deber de retirarse»⁵⁵.

Por último, los tres métodos restantes de los presentados en el apartado III pueden cumplir una función al momento de quitar (o no reproducir) el sesgo de género en la atribución o creación de significado. Si bien esta etapa no forma parte del test ni de una postura descriptiva, lo menciono a los fines de concluir la idea. Por ello, sólo me voy a limitar a mencionar estos tres métodos y cómo podrían funcionar en la actividad interpretativa.

La *concientización* va a funcionar para tener en cuenta las experiencias excluidas y los estereotipos de género. Relacionado con esto, está la aplicación del método del razonamiento contextual: tomar en cuenta los detalles de situaciones humanas que pueden modificar la atribución de significado. Goldfarb⁵⁶ dice que se debe prestar especial atención a perspectivas e intereses que, de otro modo, pasarían inadvertidos por no resultar familiares. El significado o alcance que le vamos a otorgar a ciertos supuestos que antes no le habíamos otorgado importancia.

encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; (...)» Ver Congreso de la Nación Argentina (29 de Octubre de 1921). Artículo 34 [Título V] Código Penal Argentino [Ley 11.179, 1921, t.o.1984].

⁵⁵ Goldfarb, P., *op.cit.*, pp. 100-101.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 100.

Por último, el método de las preguntas epistemológicas y éticas van a hacer hincapié en los sistemas de conocimiento y a la construcción de significado. Goldfarb cita a Minow para profundizar sobre este método. Este método implica dos cosas, la negación de la pretendida neutral y objetividad del derecho y, la necesidad de poner constantemente al descubierto qué perspectivas y qué intereses están representados en un significado y «quienes son los excluidos y cómo la inclusión de un punto de vista de los relegados puede llevar a la reformulación del análisis»⁵⁷.

VI. Breves comentarios a lo aportado por Isabel Lifante Vidal

Isabel Lifante Vidal le realiza una serie de comentarios a la obra de Riccardo Guastini que creo, podrían ser tomados por la crítica feminista. No tomo estos puntos como una crítica hacia el autor sino como elementos que potencian la postura según la cual las discusiones sobre la indeterminación del derecho y/o la discreción judicial omitieron el análisis de cómo se conforman esos significados del núcleo claro.

Los dos puntos que quiero resaltar son los siguientes: (a) la falta de criterios de atribuibilidad y (b) la circularidad de las actividades interpretativas.

Sobre el primer punto, la autora dice que «si no tenemos identificados todos los criterios para determinar ex ante cuáles son los significados que pueden ser atribuidos, no hay manera de distinguir entre la interpretación y la pura creación»⁵⁸. Sumado a ello, agrega que, si hay que identificar los significados «atribuibles», esto es, «significados que todavía no han sido atribuidos por nadie, pero que podrían ser atribuidos»⁵⁹ necesitamos una actividad para determinar su «atribuibilidad»; actividad que ya no puede ser considerada descriptiva (de las interpretaciones-producto realizada por otras/os) ni tampoco puede limitarse a observar la práctica interpretativa, sino que «tendrá que participar en

⁵⁷ *Ibidem*, p. 107.

⁵⁸ Lifante Vidal, I., *op. cit.*, p. 74.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 71.

ella»⁶⁰. Sobre esto pueden seguirse dos cosas: o bien exige un criterio de corrección, lo que Guastini no aceptaría, o bien advierte que la actividad interpretativa es decisoria también en la actividad cognitiva.

Si bien Guastini sostiene que a un texto normativo se le pueden atribuir múltiples significados y que ninguno de ellos será el correcto, y por ello la ausencia de criterios de atribuibilidad (sumado a los límites conceptuales); creo que con lo observado por Lifante Vidal podría darse lugar a discutir sobre el sesgo de género justo en este momento: *decidir* si una disposición obtendrá el carácter de significado determinado o determinable para luego entrar al conjunto de disposiciones que competirán por la elegida.

Lo dicho hasta aquí se puede complementar con la *circularidad* que advierte la autora al referirse a la actividad interpretativa de tipo creativa. Ella dice lo siguiente: «lo que hace que algo sea considerado como interpretación en sentido estricto es precisamente el que el significado elegido se encuentre dentro de las opciones previamente identificadas como atribuibles a la disposición»⁶¹. Y concluye que el único criterio que surge de la explicación de Guastini para precisar los significados atribuibles es el hecho de que las/os juristas decidan darle ese significado a la disposición. Por lo que, en última (¿y única?) instancia, la interpretación decisoria acabaría siendo la que determina el abanico de significados que se incorporaría a la interpretación cognitiva.

El círculo que me interesa resaltar aquí es el que se arma cuando los significados atribuidos se convierten en límites de los significados atribuibles, puesto que, si se han generado significados con sesgo de género, se descubrirán esos mismos. Y de igual forma, si se han de proponer (crear) significados nuevos y las/os intérpretes no aplican métodos (distintos a los en uso) que adviertan el sesgo de género, se crearán (generalmente) significados con sesgo de género.

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ Lifante Vidal, I., *op. cit.*, p. 73.

VII. Conclusión

Lo propuesto en este artículo es una primera reflexión sobre las teorías de la interpretación realizada desde una perspectiva de género. Dicha perspectiva, así como la postura feminista, las entiendo como etiquetas necesarias al momento de asumir una discusión puesto que reflejan (también) una consciencia descriptiva del orden normativo existente en cuanto a las muchas maneras en que dicho orden afecta a diferentes mujeres «como mujeres». Bartlett se refiere a esto como crítica autoconsciente⁶².

Si bien creo que las discusiones sobre la indeterminación del derecho (entre otras) han omitido estudiar cómo se conforma el núcleo claro de significados, una primera aproximación a cómo funciona el sesgo de género en el derecho podría dar pie a posibles discusiones sobre su rol e influencia en la atribución y creación de significados. Con ello no pretendo asumir una postura prescriptiva, sino otorgarle la importancia necesaria al sesgo de género para introducirlo (y retenerlo) en el estudio descriptivo.

Referencias bibliográficas

Ascensio, R., *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires, Defensoría de la Nación, 2010.

Bartlett, K., «Feminist legal methods» (Diego Aranda, trad.), *Harvard Law Review*, 103, (4), 1990.

García García, J.F., «El Tribunal Constitucional y el uso de «tests»: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica», en *Revista Chilena de Derecho*, 38 (1), 2011, pp. 101-138.

Goldfarb, P., «Un espiral entre la teoría y la práctica. La ética del feminismo y la educación práctica», *Academia*, 3 (6), 2005, pp. 67-156.

⁶² Bartlett, K., *op. cit.*, p. 3.

Guastini, R., «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Revista Discusiones*, XI, 2011, pp. 27-57.

Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

Lifante Vidal, I., «Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano», *Revista Discusiones*, XI, 2011, pp. 59-86.

Olsen, F., «The politics of law» (Mariela Santoro y Christian Courtis, trad.), *Phanteon*, 1990, pp. 452-467.

Legislación

Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Artículo 34 [Título V] Código Penal Argentino. [Ley 11.179, 1921, t.o.1984].

Organización de las Naciones Unidas (19 de diciembre de 1979) Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

Organización de los Estados Americanos (9 de junio de 1994) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Jurisprudencia

Cámara en lo Criminal y Correccional de Córdoba de Onceava Nominación, Secretaría N° 21, *Lizarralde*, Sent. N° 46, 22/10/2015, Expte. N° 2015401.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Lizarralde*, Sent. N° 56, 9/03/2015, Expte. N° 2015401.

Un ensayo feminista sobre la enseñanza del derecho (al privilegio)

A feminist essay on the teaching of right (to the privilege)

Por Romina Lerussi*

Resumen: Ensayo feminista sobre tres silogismos que componen el *derecho al privilegio* y su enseñanza en las escuelas y facultades de derecho; despliegue de otros horizontes para la educación legal a partir de la categoría de experiencia situada.

Palabras Clave: derecho, enseñanza, privilegio, crítica feminista, experiencia.

Abstract: Feminist essay on three syllogisms that make up the *right to privilege* and its teaching in the Schools and Faculties of Law; deployment of others horizons for the law education from the situated experience category.

Keywords: law, education, privilege, feminist criticism, experience.

«¡Sigue tu camino!
Las estrellas con las que te encuentras
Son exactas como Tú
Porque ¿qué son las Estrellas sino Asteriscos
para puntuar la vida humana?»

(Emily Dickinson).

* CIFYH-UNC/CONICET, Córdoba, Argentina. Correo electrónico: rclerussi77@gmail.com

Agradezco a Mauro Benente y a Sofía Pezzano por sus lecturas y sugerencias.

I. Continuo

El presente ensayo retoma una conversación que iniciara en una escritura previa, por lo tanto comparte notas, sensaciones e inspiraciones en torno a la delicada relación entre la enseñanza y el derecho¹. La pregunta de fondo es la misma: a quienes *sirve* el derecho; el horizonte utópico encarnado y situado (no está allá, está acá), también: la libertad *común*, es decir, con otros y otras en comunidad de iguales.

Debo ser sincera respecto a dos incomodidades. La primera, no soy profesora de derecho ni abogada; aún así, la labranza académica que realizo desde hace varios años se sitúa en el territorio *interdisciplinario* de los feminismos jurídicos. Padecí como estudiante durante casi cuatro años los efectos corrosivos – salvando a compañeros(as) y profesoras(es) extraordinarios- de una facultad de derecho argentina de la que me fugué para no enloquecer; quizás por la fragilidad y el idealismo de mis veinte años; quizás para encontrarme en nuevas latitudes con otros modos de hacer, pensar y vivir el fenómeno jurídico, al que regresé con fuerza.

La segunda es una incomodidad que bebe de los feminismos libertarios cuyo temblor radica en el cuestionamiento de los propios privilegios en los que no creo como meritorios de nada y en todo caso, preferiría sean de todos los seres humanos (lo cual los sacaría de la lógica del privilegio: ¡estupendo!). Aun así, hay privilegios de los que *fácticamente* gozo y no estaría dispuesta a renunciar, para empezar: la palabra.

El presente ensayo está organizado en dos tiempos: crítica (2) y experiencia (3); he reunido en notas al pie referencias y comentarios que quizás puedan expandir la inspiración.

II. Crítica

En aquel primer texto que titulé «Tomar el derecho» me concentré brevemente en tres puntos que emergieron en ocasión de la presen-

¹Lerussi, R., «Tomar el derecho», *Discusiones*, 19, 1, 2017. Disponible en: <http://revistadiscusiones.com/numeros-publicados/>

tación de una aguda discusión a la que remito². Tres sintagmas que comparten una intimidad de alcoba cuya crítica es fundamental para seguir impugnando los modos en los que se construye con insistencia renovada la absurda y monstruosa racionalidad del derecho al privilegio, si es que existe algo así. Esto acontece no solo en la plataforma social, sino en el propio sistema jurídico (el que sea y donde sea) como su efecto (re)productivo.

Antes de decir algo sobre los sintagmas, se me podrían hacer algunas preguntas. Una pregunta podría ser porqué califico de absurda y de monstruosa a esa racionalidad en cuestión. Pues bien, absurda porque se sostiene sobre el supuesto o sobre un ensamble de creencias (lo cual, para el caso, es lo mismo) de que hay seres humanos *mejor* dotados que otros (sea por nacimiento, herencia, genitales, dones, historia, naturaleza, genética, nacionalidad, lengua, recursos simbólicos, etcéteras) y que por eso, *merecen* privilegios o *merecen más* privilegios que el resto³. Lo cual sencillamente carece de sentido para quienes creemos (sí: creemos) en la radicalidad de la igualdad humana. Con esto no quiero decir que todos los seremos humanos seamos iguales en el sentido de equivalentes o idénticos (grandes equívocos). Lo que quiero insinuar como una *máxima de mínima* es que asumiendo la singularidad (que hay quienes entienden desde la categoría de diferencia), no existe ninguna razón para inferir ni la jerarquía entre seres humanos en donde unas singularidades valen más o son *mejores* que otras (y algunas ni valen ni existen), ni de ello, *mérito* alguno para justificar un privilegio⁴.

² *Ídem*.

³ En la actualidad han retornado extensiones pragmáticas (a veces insólitas) del término privilegio que alcanzan a seres humanos precisamente por su situación de no privilegiados, ejemplos: interpretaciones para impugnar las leyes de cupo establecidas por razones de raza y/o sexo-genéricas; interpretaciones para impugnar las exenciones impositivas o los beneficios en seguridad social por situación pobreza. Este no es el sentido en el que sitúo las presentes reflexiones. En todo caso, no creo que aquello pueda entenderse en tanto que privilegio.

⁴ La producción en esta materia es caudalosa por lo que la asumo sin rodeos. Una única aclaración es que, si fuera útil pensar en esta lógica, la antinomia de la categoría de igualdad es la de desigualdad. Por razones de desigualdad (de lo que vale, de lo que cuenta, de lo que existe) se han creado situaciones de diferente desigualdad y de desigualdad en la diferencia. En todo caso, en la labor jurídica un efecto posible

Ahora bien, dado que quizás este sea el supuesto más transversal en la historia de la humanidad, de allí su monstruosidad que, agrego, es fantasmal. No solo por la escala tempo-espacial (dicen que los monstruos son grandes y que los fantasmas retornan eternamente)⁵, sino por sus poderes destructivos de seres humanos y también de la biosfera (el golpe del Progreso en y de la Modernidad). Poderes que están marcados insisto según lo que valga, cuente o *sea tenido en cuenta* en el mercado de valores de seres humanos de acuerdo a ordenes jerárquicos y autoritativos ensamblados: a veces prima una raza, a veces un sexo, a veces una clase, un género, un estatus, una religión, unas creencias y su organización en torno a lo común (políticas, economías, justicias), una casta, unos humores...; a veces ese *uno* ensamblado prima por sobre el *todo* en plurales (ejemplo de *uno* podría ser: blanco varón burgués heterosexual abogado católico liberal casta judicial racional templado...).

Otra pregunta que se podría formular es la de por qué tener un privilegio sería un problema. La presunción del privilegio podría no ser un problema *tan* atendible si solo fuera un absurdo teatral, e incluso, una tontería más de la especie humana sin efectos relevantes. El asunto es que esa monstruosidad fantasmal es, como decíamos, violenta y ha sido organizada y sistematizada por instituciones humanas a través de sus sistemas jurídicos, en donde la educación – incluso las narradas por señores *revolucionarios*⁶ ha sido desde siempre el brazo político cultu-

de una posición igualitarista radical es precisamente la radicalización de las diferencias (entendidas también y según los marcos en tanto que singularidades o experiencias situadas) como importantes y atendibles e incluso disruptivas respecto de ese ideal normativo sobre el que se asientan los sistemas jurídicos.

⁵ También dicen que hay monstruos que siendo grandes son amorosos, o que son pequeños y tiernos, y hay otros que también hacen promesas libertarias (gracias Preciado). Que quede claro: no estoy hablando de esos monstruos.

⁶ Basta con leer dos líneas del *Emilio, o de la educación* (escrito por Jean-Jacques Rousseau en 1762, casi en paralelo con el aclamado *Contrato Social*) para entender a qué me refiero con ese tipo de revolucionarios de los que, lamento decir, también abundan en nuestros tiempos. Intuyo que si el libro de Mary Wollstonecraft, *Vindicación de los Derechos de la Mujer* (por mencionar un *subtexto*) escrito en 1792 donde discute el proyecto político de la revolución francesa en tanto que proyecto educativo, se leyera en las facultades de derecho como se lee a Rousseau, colegas y afines (si es que se leen partituras de izquierdas, libertarias y críticas, lo cual es cuanto menos poco habitual), estaríamos en otra discusión. Una discusión que, por

ral central de legitimación del derecho al privilegio en los sentidos ya indicados.

Haciendo un corte abrupto y necesario a los fines de este breve ensayo, esa facticidad de la monstruosidad se dio con mucha fuerza (incluida la fuerza de la *llamada* razón) a partir del despliegue minucioso de la micropolítica y las filosofías que dieron forma progresiva al Estado de Derecho moderno occidental y sus oscilaciones en las formaciones jurídicas hasta nuestros días⁷. De allí que abordar este asunto del derecho al privilegio desde el portal de la educación legal sea un camino no solo posible (quizás urgente), no solamente estratégico, sino además potencialmente radical: un *caballo de Troya* desde donde precisamente minarlo⁸.

El aula politiza la experiencia del derecho⁹, pero (y esta es la mala noticia) no necesariamente hacia la crítica libertaria o hacia posiciones de izquierdas (sea lo que sea que entendamos por eso, más o menos lo intuimos). En este marco, ¿cómo entiendo que se organiza y enseña el derecho al privilegio en tanto que parte del *currículum oculto* de la educación legal?¹⁰ Pues bien, esta composición que es una verdadera retórica (plena de ropajes, figuras, rituales, performances, arquetipos y mitologías tan efectivas como un garrote), acontece en el cruce simultáneo – es decir: opera *al mismo tiempo* con intensidad variable – entre los tres sintagmas que anticipé y que *en nombre propio*, beben interseccionalmente de fuentes concretas (autores/as; textos; puntos de vista y modos de vida)¹¹.

cierto, a causa del prejuicio, el privilegio y de la necesidad (y lamentablemente no solo de las derechas y de los conservadores de ayer y de hoy) lleva en la modernidad casi 300 años... ¡qué pereza!

⁷ Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.

⁸ Wittig, M., «El caballo de Troya», en Wittig, M., *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid, Egales, 1992, po. 59-71.

⁹ Kennedy, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política* (trad. Moro, G.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

¹⁰ Curtis, C., «La educación clínica como práctica transformadora», en Villareal, M. y Curtis C. (coords.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, México D.F., Sans Serif, 2007, pp.9-24.

¹¹ Remito nuevamente a la lectura de los textos y las fuentes que articulan el número de *Discusiones* ya referido supra (véase nota al pie nº 1) y dedicado a la Educación

Primer sintagma. *El derecho es fundamental en la generación de la desigualdad*. El derecho siempre ha sido una tecnología social más o menos sistematizada y efectiva situada en el centro de la economía política disciplinaria de las comunidades humanas en contextos de diversa desigualdad. Sí podemos reconocer en el derecho una cierta singularidad que hay quienes denominan autonomía relativa. Ahora bien, si en esa diversa desigualdad las normas jurídicas no solo tienen un gran impacto sino que además ese impacto es legitimado a *fuerza de la verdad y de la ley*¹², entonces parecería que el sistema jurídico en su autonomía relativa tiene una fuerza prescriptiva sin igual, es decir, de las más (o *la* más) productivas de la desigualdad en los contextos contemporáneos¹³. Y va un *plus*: en nuestras comunidades organizadas en tanto que Estado de Derecho, este discurso social (les recuerdo que el derecho es discurso y es social) no sólo da cierto sentido y forma a las conductas humanas (las crea, las limita, las penaliza, las anula, las proclama, las prohíbe, las protege, etcéteras), sino que antes convierte a seres humanos en *sujetos* de derecho. A la sombra del sintagma inicial y en la forma jurídica actual de nuestra comunidad, esto significa existir o no existir, ser considerado un ser humano o no serlo y de existir en tanto que ser humano, estar mejor o peor cotizado en la agencia jurídica financiera de lo humano y sus derechos. Y lo más insólito: de estar en el cuerpo mayoritario de lo peor cotizado, tenerle mucha paciencia a la progresividad¹⁴: ¡vaya holocausto invisible!

legal. Los textos y quienes los escribieron (Josefa Ruiz Resa, Mauro Benente y Malena Costa) logran componer con agudeza y compromiso la arquitectura de los asuntos de siempre con la novedad del presente (por ejemplo, las tecnologías de la información y comunicación digitales) en lo que a la educación legal y al derecho en su conjunto conciernen. Y aún más, arriesgan esperanzas, *llamados* y martillos. Los tres sintagmas retoman casi literalmente las notas introductorias de esa Discusión a mi cuidado con algunas referencias al pie que lejos de ser textos autoritativos (eso no tiene importancia), son inspiraciones (y digo gracias) no sólo para reflexionar acerca de cada sintagma, sino también para sumar a la caja de herramientas *marciales*.

¹² Foucault, M., *op. cit.*

¹³ Kennedy, D., «¿Son los abogados realmente necesarios? (trad. A. Eljatib), *Barrister*, 16, 1987, pp. 403-418.

¹⁴ Viturro, P., «Constancias», *Academia*, 6, 2005, pp. 295-300.

Segundo sintagma. *La enseñanza jurídica es enseñanza de la jerarquía*¹⁵. ¿Qué quiero decir con esto? Voy directo al punto: jerarquías socioculturales y económicas (de clase, raza, etnia, sexo-genéricas, estatus migratorio...), jerarquías institucionales (jefes, subordinados; directores, empleados; titulares, jefes de trabajos prácticos; jueces, secretarios; profesores y alumnos...); jerarquías en los edificios judiciales y en sus usos (ascensores para unos y no para otros; oficinas con ventanas o sin ventanas según el cargo) y en las vestimentas (traje, corbata o falda y camisa por sobre un chándal con zapatillas); jerarquías en las áreas del derecho (el derecho privado en el núcleo; la periferia *necesaria* del derecho público y, más allá, las otredades filosóficas, sociológicas, políticas) y en la forma del sistema jurídico en especial el continental (la norma abstracta y sobretodo escrita, por sobre la norma concreta y viva); jerarquía en ciertos principios epistemológicos (la objetividad por sobre la subjetividad) y antropológicos (un sujeto que piensa por sobre un sujeto que hace y siente); jerarquía en las perspectivas de interpretación (las de la lógica y la sintáctica, por sobre las retóricas y semánticas), entre otras ficciones naturalizadas tan *reales* como una taza de té¹⁶.

Esto acontece en las facultades de derecho y en sus aulas como lugares de (re)creación y entrenamiento del personal jurídico. Bien podemos decir que donde hay jerarquía hay expectativa de obediencia impulsada por mitologías de autoridad. Se obedece por múltiples motivos. Pero también donde hay jerarquía hay revuelta, es decir, gente revoltosa que no obedece o no obedece del todo, o *al* todo. En otras palabras, no hay jerarquía que se sostenga sino a fuerza de creencias autoritativas (en la ley, en la costumbre, en dios, en las ciencias, en las armas)¹⁷. Pero a su vez no hay fuerza – por definición- que no produzca otra exactamente contraria, incluso mayor. La fuerza, a esta altura ya lo sabemos, no tiene contenido *per se*, es pura relación normativa. Y hay más: el derrame de fuerzas. Fuerzas que aparecen de otros lados, insos-

¹⁵ Kennedy, D., «La educación legal como preparación para la jerarquía» (trad. Piqué y Courtis), en Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 117-147.

¹⁶ Autocita en partes Lerussi, R., «Tomar el derecho», *Discusiones*, 19, 2017, pp. 7-13.

¹⁷ *Ídem*.

pechados, contingentes, imprevistos, hechas de material arcaico y nuevo que pueden *torcer* en cada acción (jurídica) la *vieja lógica* del dos: superior-inferior (o amo-esclavo, como sea).

Tercer sintagma. *La arquitectura legal es androcéntrica*. La enseñanza del derecho se sostiene sobre una expectativa de norma(lización)¹⁸ y de cierta creencia acerca de la necesidad, vía diversas modalidades jurídicas, del control que ordena lo disperso y del orden que controla lo calificado como *anormal* o *atípico* (conductas, cuerpos, emociones). Pero también se sostiene sobre la oscilante convicción de un derecho y de unas leyes neutrales, abstractas, universales, racionales y objetivas. En este ensamble narrativo que es una verdadera ontología político-educativa, una de sus capas textuales más inherentes (y por eso tal vez no vista como tal) es la del androcentrismo. Al respecto voy a decir dos cosas. Primera: en la generación de la desigualdad y su (re)creación en la enseñanza del derecho, entre los cuerpos múltiples menos cotizados en el banquete de lo humano están las mujeres y las identificaciones sexo disidentes. Segunda: en la enseñanza de la jerarquía, cual sea el lugar en que se ubiquen las mujeres y las identificaciones sexo disidentes (incluso ocupando cargos de jerarquía como una presidencia), tan solo por estar en esa situación identitaria y cumplir con alguno de sus *requisitos* onto-logo-políticos, siempre va a haber alguna razón *a priori* no solo para sospechar acerca de sus capacidades, no solamente para impugnar su palabra, sino para ubicarlas por debajo de *engendro* del ideal normativo de lo humano, en otras palabras: de los derechos del *hombre y del ciudadano*¹⁹.

Esto no es una desgracia, es una oportunidad política que se actualiza en cada experiencia jurídica, es una posibilidad que se abre para seguir moviendo con insistencia los sintagmas y fundamentos que componen el derecho al privilegio y su enseñanza legal.

¹⁸ Spade, D. y Willse, C., «Norms and Normalization», *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (Oxford Handbooks on line), 2014, pp. 1-15.

¹⁹ de Gouges, O., «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana», 1791, disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx//catedra/catedra/materiales/ul_cuaderno2_trabajo.pdf.

III. Experiencia

Un modo desde donde pulsar en concreto hacia otros horizontes que puedan desactivar ese orden de la enseñanza del derecho al privilegio, lo encuentro en la recuperación de la idea de experiencia situada²⁰. Se trata de una joya muchas veces olvidada o no valorada como tal que encontramos tanto en las escrituras feministas como en otras perspectivas críticas del derecho.

En términos generales, hay quienes en la recuperación de la experiencia en la enseñanza sugieren diversas estrategias que van desde la elaboración de doctrina educativa²¹, el abordaje de problemas en lugar del dictado de materias²², hasta las clínicas jurídicas de inspiración estadounidense en la singularidad de cada lugar²³. También hay propuestas de modificación de contenidos y de programas que estén *al orden del día*; propuestas metodológicas en las pedagogías generales y particulares de la enseñanza del derecho y sus *ramas*. Hay otras propuestas de *mainstream* o transversalización de perspectivas que presuponen la introducción de razonamientos situados en tiempo, espacio y valoraciones (de las leyes, de las sentencias judiciales, de la doctrina y la dogmática y también de sus actores y actrices), análisis críticos e involucramiento de las subjetividades (incluida la afectividad). Un ejemplo notable en este sentido es el de algunas feministas jurídicas que han siste-

²⁰ Haraway, D., «Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial», en Haraway, D., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 313-346.

²¹ Abramovich, V., «La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática», 2007, disponible en: [https://www.palermo.edu/der_echo/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico\(2\).pdf](https://www.palermo.edu/der_echo/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico(2).pdf)

²² Böhmer, M., «Algunas sugerencias para escapar del silencio en el aula», 1997, disponible en: <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/Algunas-Sugerencias-para-Escapar-del-Silencio-del-Aula.pdf>

²³ Referencias situadas en Argentina además de las indicadas en notas previas, Courtis, C., *op. cit.*; Puga, M. «Los desafíos de las clínicas jurídicas en la Argentina», en González, F. (ed.), *Litigio y políticas públicas en Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Cuadernos de Análisis Jurídicos (UDP), 2002, pp. 41-93.

matizado y elaborado material sugerente y útil para la enseñanza en la relación entre teoría y práctica²⁴.

Lo que está detrás de estas iniciativas es que desplazan la enseñanza catedrática, vertical, tutorial y formalista, hacia la experiencia (con oscilaciones que pueden ser enormes, para el caso: sigamos); pero antes, hay una cierta asunción acerca de que el derecho es (también) experiencia *jurídica* situada. Dicho en otros términos: una protesta, un código de faltas, un semáforo en rojo, un programa de cátedra, un fallo, unas rejas, una coyuntura partidaria, un compromiso interpretativo, un estrado, la simbología de los edificios y vestimentas, una historia de vida (del o la estudiante, profesores, del posible cliente, del juez o jueza, de quienes ocupan cargos administrativos judiciales, etcéteras), *pueden contar* como parte del material en la enseñanza del derecho. Y esto tomado no solo en términos descriptivos o empíricos sino epistemológicos, es decir, en tanto que fuentes de conocimiento jurídico y por lo tanto, de argumentación en todas las áreas del hacer jurídico.

Ahora bien, la intuición me conduce a dos preguntas. La primera es si es posible la impugnación de la enseñanza del derecho al privilegio por esas vías. Está claro que no es lo mismo enseñar el principio de igualdad desde una concepción formal de la igualdad que hacerlo desde una concepción integral²⁵; o más aún, como un objetivo progresivo o, como un punto de partida²⁶. Lo que quiero decir es que siendo el contenido lo central, las semánticas de la pragmática son lo vital; en otras palabras: si el contenido es el cerebro, la pragmática es el corazón. Entonces parecería que la respuesta a esta primera pregunta es: *sí*. Las

²⁴ Ver por ejemplo Goldfarb, P., «Una espiral entre la teoría y la práctica. La ética del feminismo y la educación práctica», *Academia*, 6, 2005, pp. 67-156. Luego, vale destacar que la revista *Academia* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y dedicada a la enseñanza del derecho se sitúa en este aire que respiramos. En especial, el volumen de *Academia* citado supra está dedicado al género y a los feminismos en la enseñanza del derecho y es la primera sistematización en la Argentina en esta materia.

²⁵ Ronconi, L. y Vita, L., «El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional», *Academia*, 19, 2012, pp. 31-62.

²⁶ Benente, M., «Derecho y Derecha. Enseñanza del derecho y despolitización», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (DPyC), 1, 2017, pp. 181-190.

propuestas enunciadas *si pueden* ser una vía, en tanto que lo que ponen en juego desde la experiencia situada es precisamente la vida en la comunidad que es (también) la vida política y subjetiva del derecho: allí donde *laten* los privilegios en los sentidos y sintagmas ya indicados.

Sin embargo, la segunda pregunta que cierra de manera inconclusa este ensayo es la de si es posible *volver a fundar* un derecho ahora sin privilegios, y por lo tanto, la enseñanza del derecho en esos términos²⁷. Claro que no puedo (ni quiero) dar una respuesta al respecto, si es que la hubiere (las inspiraciones y los recursos bibliográficos de este ensayo quizás puedan orientarnos). De momento afirmo dos cosas que se siguen de lo dicho hasta ahora. En primer lugar, no hay un derecho por venir, es decir, el derecho se está haciendo y rehaciendo en las múltiples experiencias de la legalidad y en la vida doméstica de las facultades de derecho, sus aulas y quienes las habitan. Allí precisamente va (re)creándose eso que acontece y que retorna una y otra vez en los parlamentos, los tribunales, en la investigación, en lo que la gente hace con la norma y dentro de una comunidad que le da sentido. Entonces parecería que una posible apertura se instala en cada acción jurídica y en especial en la experiencia educativa del derecho. Parecería, en fin, que podemos (sí: podemos) provocar un desplazamiento singular (caso por caso) e impugnar la lógica del privilegio *cada vez*.

Quizás la vuelta a la experiencia situada como fuente de conocimiento en las aulas de derecho e impregnándolo todo, pueda ser una brújula no solamente empírica sino también, y sobretodo, en los compromisos teóricos e interpretativos (o teorías de la interpretación jurídica). Esta es una posibilidad concreta no para el futuro (del que no tenemos ni idea) sino para el presente de la enseñanza legal.

Con todo, el regreso a la experiencia situada como sustancia y forma inseparables en las aulas de derecho y en todas sus instituciones no necesariamente es una victoria *final*, si es que esto fuera deseable

²⁷ Ha sido inspiración para esta pregunta el texto de Lanusse, M. y Puga, M., «El regreso del búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras *otras* preguntas», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 2007, pp. 171-209. Allí se interrogan acerca de si es posible un derecho sin exclusiones, lo cual para nuestro asunto podría ser uno de los efectos del privilegio en la organización no sólo de la exclusión sino de la propia (in)existencia.

como esperanza, aunque podría celebrarse y lo hacemos. He aquí la tragedia del derecho y su enseñanza: en su botánica está implicada también la potencia de eso que (nos) rompe y (nos) junta, eso que hace el tajo para entrar, reunir, salir, sencillamente porque en la enseñanza del *nomos* se juegan sentidos de la vida y de la muerte.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V., «La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática», 2007, disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico\(2\).pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico(2).pdf)
- Aránguez Sánchez, T., «Esbozo de una estética del derecho, en Ruiz Resa, J. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y el aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 305-335.
- Barrera, L., *La Corte Suprema en escena*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- Benente, M., «Derecho y Derecha. Enseñanza del derecho y despolitización», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (DPyC), 1, 2017, pp. 181-190.
- Böhmer, M., «Algunas sugerencias para escapar del silencio en el aula», 1997, disponible en: <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/Algunas-Sugerencias-para-Escapar-del-Silencio-del-Aula.pdf>
- Butler, J., *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid, Síntesis, 2004.
- Butler, J., *Vidas precarias. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Costa, M., *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- Courtis, C., «La educación clínica como práctica transformadora», en Villareal, M. y Courtis C. (coords.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, México D.F., Sans Serif, 2007, pp. 9-24.
- Cover, R., *Derecho, narración y violencia*, Barcelona, Gedisa, 2002.

- Romina Lerussi Un ensayo feminista sobre la enseñanza del derecho (al privilegio)
- De Gouges, O., «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana», 1791, disponible en: https://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf
- De La Boétie, É., *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*, Buenos Aires, Libros de la Araucaria, 2016.
- Derrida, J., *Fuerza de ley. El fundamento mítico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.
- Goldfarb, P., «Una espiral entre la teoría y la práctica. La ética del feminismo y la educación práctica», *Academia*, 6, 2005, pp. 67-156.
- Haraway, D., «Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial», en Haraway, D., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 313-346.
- Itzcovich, G., «Pinocho y el Derecho» (trad. Arena, F.), *Iuris omnes*, XV, 2013, pp. 11-38.
- Kennedy, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política* (trad. Moro, G.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- Kennedy, D., «¿Son los abogados realmente necesarios? (trad. A. Eljattib), *Barrister*, 16, 1987, pp. 403-418.
- Kennedy, D., «La educación legal como preparación para la jerarquía» (trad. Piqué y Courtis), en Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 117-147.
- Lanusse, M. y Puga, M., «El regreso del búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras otras preguntas», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 2007, pp. 171-209.
- Lerussi, R., «Tomar el derecho», *Discusiones*, 19, 2017, pp. 7-13.
- Moro, G., «Desde el aula... no se ve», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 11, 2009, pp. 169-204.
- Oliart, C., *Siguiendo a Emily Dickinson*, Madrid, Sabina, 2015.
- Olsen, F., «El sexo del derecho», en Ruiz, A. (ed.), *Identidad femenina y*

- discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 24-43.
- Puga, M., «Los desafíos de las clínicas jurídicas en la Argentina», en González, F. (ed.), *Litigio y políticas públicas en Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Cuadernos de Análisis Jurídicos (UDP), 2002, pp. 41-93.
- Rancière, J., *El maestro ignorante. Cinco lecciones sobre la emancipación intelectual*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2016.
- Rinesi, E., *Política y tragedia*, Buenos Aires, Colihue, 2005.
- Ronconi, L. y Vita, L., «El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional», *Academia*, 19, 2012, pp. 31-62.
- Ruiz, A. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- Spade, D. y Willse, C., «Norms and Normalization», *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (Oxford Handbooks on line), 2014, pp. 1-15.
- Vituro, P., «Constancias», *Academia*, 6, 2005, pp. 295-300.
- Vituro, P., «Por un derecho torcido», *La Ventana*, 2002, pp. 385- 394.
- Voltaire, F.A. de, *Cándido, o el optimismo*, Madrid, EDAF, 1994.
- Wittig, M., «El caballo de Troya», en Wittig, M., *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid, Egales, 1992, pp. 59- 71.
- Wollstonecraft, M., *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, Madrid, Cátedra, 1996.

Incapacidad sobreviniente, sistemas de apoyo y autonomía

Supervening disability, support systems and autonomy

Por Belén Gulli*

Resumen: La incapacidad sobreviniente, como instituto del derecho procesal penal, no ha sufrido modificaciones de relevancia en los códigos de rito. Esto supone, entre otras cosas, que no ha tomado en cuenta el esquema normativo imperante en materia de capacidad y de salud mental: ya sea el paradigma social de la discapacidad, los lineamientos de la Ley Nacional de Salud Mental y la noción de capacidad restringida y sistemas de apoyo que regula el Código Civil y Comercial. En consecuencia, el proceso penal mantiene una posición inflexible en torno a la capacidad procesal. Este trabajo propone un sistema de capacidad procesal gradual, en el que, mediante el uso de sistemas de apoyo, se reconozca la autonomía del sujeto con una enfermedad mental o con una discapacidad, a los fines de darle continuidad al proceso penal.

Palabras clave: paradigma social de la discapacidad, salud mental, capacidad restringida, autonomía, sistemas de apoyo.

* Abogada (UNC). Maestranda en «Global Rule of Law and Constitutional Democracy» (UniGe). Docente de Introducción al Derecho (UES21). Agradezco a los directores del equipo de investigación Hernán Bouvier y Federico Arena, así como a sus integrantes Daniela Domeniconi, Sofía Pezzano, Florencia Pasquale, Romina Lerussi, Samanta Funes, Valentina Rizzo y Magalí Vereda por prestar el oído para esta idea y brindar sus críticas y observaciones. Asimismo, agradezco a Natalia Monasterolo, quien me brindó su importante visión sobre la idea que aquí se presenta.

Abstract: The supervening disability, as an institute of criminal procedure law, has not gone through significant changes in the procedure codes. This entails, among other things, that it has not taken into account the prevailing normative framework in terms of capacity and mental health: the social paradigm of disability, the guidelines of the National Mental Health Law and the notion of restricted capacity and support systems that the Civil Code regulates. Consequently, the criminal procedure keeps a rigid position regarding the procedural capacity. This work proposes a system of gradual procedural capacity, in which, through the use of support systems, the autonomy of the subject with a mental illness, or with a disability, is recognized in order to give continuity to the criminal process.

Keywords: social paradigm of disability, mental health, restricted capacity, autonomy, support systems.

I. Introducción

La incapacidad sobreviniente procede siempre que, durante la sustanciación del proceso penal, el imputado se encontrase afectado por una enfermedad mental¹ que excluya su capacidad de entender o de querer, lo que acarrea como consecuencia la inmediata suspensión del proceso y la internación de aquél. Históricamente, este instituto se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal de la Nación (en adelante CPPN) y ha sido replicado por los códigos de rito provinciales sin modificaciones sustanciales de relevancia.

Sin embargo, desde el año 2008 nuestro país adhirió a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la ley 26.378 (en adelante CDPD), lo que generó nuevos impactos en

¹El uso de la expresión «enfermedad mental» es una cuestión que a la fecha se encuentra ampliamente debatida en tanto responde a un modelo biologicista, ya en la búsqueda del desuso. En ese sentido, algunos autores hablan de «padecimiento subjetivo» (al respecto, véase Rossi, A. y Bustos, M., «De la enfermedad mental al padecimiento subjetivo», *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología*, Vol. 3, N°3, 2018, pp. 491-496). Sin embargo, a los fines del presente trabajo mantendré el uso de «enfermedad mental» en tanto son los términos del art. 84 CPP.

materias afines, entre ellas, la salud mental. La CDPD impulsó un replanteamiento del ordenamiento jurídico en el marco del llamado paradigma social de la discapacidad. En esta línea, en el año 2010 se dictó la ley nacional 26.657, de Salud Mental (en adelante LNSM). Su regulación implicó una revolucionaria visión del concepto de enfermedad mental, la que ahora debe ser entendida como «un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona»². A la par, la nueva regulación dispone que se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas³.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) no fue ajeno a estos cambios, y la reforma del año 2015 trajo aparejada una concepción de la capacidad en consonancia con las normativas mencionadas. En ese sentido, el CCCN también impone la capacidad como regla, incorpora la noción de «capacidad restringida» y regula un nuevo instituto denominado «sistema de apoyos» que viene a desplazar a la curatela que reconocía el código velezano. Este sistema busca promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Estas importantes modificaciones legislativas no se han visto reflejadas en el ámbito del proceso penal. La visión empobrecida de la autonomía de la persona con una enfermedad mental o con una discapacidad⁴, así como la idea binaria de capacidad, se encuentran petrificadas en un código que ha sido modificado en reiteradas oportunidades sin acusar recibo de lo que impera a la fecha en la materia que nos ocupa. En ese sentido, en este trabajo pretendo presentar de manera

²Art. 3, LNSM. —

³Véase art. 3, LNSM.

⁴Debe tenerse en cuenta que la discapacidad y la salud mental son materias afines pero no idénticas (al respecto véase: Monopoli, V. y Arriagada, M., «Discapacidad psicosocial, salud mental y no discriminación. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental como herramientas para la igualdad. Algunos avances del Estado argentino», en Rosales, Pablo (dir.), *Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, Buenos Aires, INFOJUS, 2013, pp. 123-138.

muy acotada algunas ideas que nacen, por un lado, de un interés mucho más grande acerca de lo que a mi juicio es una noción estática de la capacidad para estar en el proceso penal; y, de la mano, de lo que entiendo es una parálisis a la autonomía del sujeto con una enfermedad mental o con una discapacidad. Estas cuestiones, hoy, deben ser revisadas a la luz del paradigma social de la discapacidad, de los estándares normativos que imprime la LNSM y de la nueva concepción de capacidad contenida en el CCCN. Expondré entonces una breve reseña de la legislación vigente junto con algunos interrogantes e ideas que, entiendo, pueden colaborar con una reflexión sobre el problema aquí presentado.

II. Modelo social de la discapacidad y su recepción legislativa

A modo de introducción a este apartado, haré una breve mención a aquellos modelos en materia de salud mental que han imperado con anterioridad al modelo social de la discapacidad. Siguiendo a Palacios, podemos hablar primeramente de un modelo de *prescindencia*, en el cual se cree que «las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones»⁵, entre ellas porque se piensa que en nada contribuyen a la comunidad, o bien que son el resultado del enojo de los dioses. La consecuencia relevante de este modelo es la de prescindir de las personas que padecen discapacidad «ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, en el que asimismo son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia»⁶.

El segundo modelo es el denominado *rehabilitador*. Aquí, el origen de la discapacidad es científico: «las personas ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean reha-

⁵Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, p. 26.

⁶*Idem.*

bilitadas»⁷. Esto tiene como desenlace la búsqueda de la normalización del sujeto lo que acarrea «la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa»⁸.

Finalmente, arribamos al modelo *social* en virtud del cual «se entiende que las barreras que deben afrontar las personas, lejos de estar centradas en una deficiencia individual, se encuentran en el seno de una sociedad»⁹. Este paradigma basado en la interacción supone que las barreras «son creadas, construidas, toleradas, aceptadas y perpetuadas por ella, evitándose así la promoción de los servicios adecuados para que las personas con discapacidad se encuentren en igualdad de condiciones que los demás»¹⁰. Lo relevante aquí es que se trata de un modelo fundado en un enfoque de derechos lo que implica que el rol estatal, mediante políticas e instituciones, debe garantizar derechos sociales basándose de manera explícita en normas y en principios que hayan sido establecidos por el derecho internacional en materia de derechos humanos¹¹. En igual sentido, Palacios afirma:

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros (···) **apunta a**

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ Bersanelli, S., «Prácticas discriminatorias y estereotipos en la educación de las personas con discapacidad» *Discapacidad y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, INFOJUS, Buenos Aires, 2013, p. 149. En igual sentido, véase Palacios, A., *op. cit.*

¹⁰ Duizeide, S., «El nuevo paradigma social de la discapacidad», *La Ley on line*, 2015.

¹¹ Ase, I. y Buriyovich, J., «Capacidades estatales y nuevos derechos: El caso de los nuevos marcos normativos en salud mental» en Rosetti, A. y Monasterolo, N. (coord.) *Salud Mental y Derecho. Reflexiones en torno a un nuevo paradigma*, Espartaco, Córdoba, 2016, pp. 41-63. Véase también: Giavarino, M. «La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial» en Wüst, G. (dir.) *Estudios de Derecho Privado*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades¹² (la negrita me pertenece).

Retomaremos los principales postulados del modelo, especialmente en lo que a la autonomía respecta, en el punto V. Por lo pronto, es conveniente concentrarnos en la recepción normativa del modelo que acabamos de describir. Si bien en materia de discapacidad y de salud mental pueden ser mencionados varios instrumentos internacionales (entre los cuales encontramos los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Principios Rectores para el desarrollo de la atención en Salud Mental en las Américas – Principios de Brasilia – ; Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros), en lo que a este trabajo respecta, en materia de discapacidad, nos ocuparemos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

En primer lugar, la CDPD define a las personas con discapacidad como «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»¹³. En ese sentido, desde el Preámbulo, la CDPD remarca que se debe reconocer «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones». Esto se ve replicado entre los principios generales de la CDPD y en lo concreto, en cuanto a la autonomía, dispone que «Los principios

¹² *Ibidem*, p. 27.

¹³ Véase art. 1, CDPD.

de la presente Convención serán (...) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas»¹⁴.

Por otro lado, este instrumento establece una serie de obligaciones para los Estados partes en relación con dar cumplimiento a los preceptos que contiene, entre ellos, la obligación de reconocer el derecho en igualdad de condiciones a todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad con opciones iguales a las de las demás¹⁵, a reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a igual protección legal sin discriminación alguna, razón por la cual «los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables» con miras a promover la igualdad y eliminar la discriminación¹⁶.

Además de la CDPD, el ordenamiento jurídico argentino cuenta con la Ley Nacional de Salud Mental y el Código Civil y Comercial:

Estas normas, desde su totalidad (como ocurre con la L.N.S.M.) o desde una de las tantas partes de su vastedad (como sucede con el Código), han dado tono local a lo que ya tenía forma en los mencionados Instrumentos Internacionales y cobraba vida en el espacio principista de la Constitución. Para ponerlo en términos más concretos; han bajado al terreno de las reglas lo que aún continuaba entendiéndose como una mera aspiración de buenas intenciones¹⁷.

Nos ocuparemos de estas normas en lo que sigue.

La Ley Nacional de Salud Mental

Como se adelantó en la introducción (y como se verá al tratar el CCCN) la capacidad de todas las personas debe presumirse¹⁸. La LNSM

¹⁴ Véase art. 3, inc. a, CDPD.

¹⁵ Véase art. 19, CDPD.

¹⁶ Véase art. 5, CDPD.

¹⁷ Monasterolo, N. «Salud mental y capacidad de los sujetos en el ordenamiento penal argentino. Analogía de una remodelación», *La Ley on line*, 2017.

¹⁸ Véase art. 3, LNSM.

tiene como objeto el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental¹⁹ y le reconoce, a tal fin, una serie de derechos, entre ellos, el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación²⁰.

Por otro lado, impone restricciones a las internaciones de estas personas. Me interesa detenerme en este último punto. Ya desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el fallo «R., M.J s/ insanía», que

(...) la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales (de por sí vulnerable a los abusos), crea verdaderos grupos de riesgo en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un 'hospitalismo' evitable. En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y

¹⁹ Véase art. 1, LNSM.

²⁰ Véase art. 7, LNSM.

tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional²¹.

Esa función preventiva y tuitiva que advertía el máximo tribunal, en la que puede evitarse el «hospitalismo», hoy encuentra su regulación la LNSM (y también en el CCCN). Así, la norma que nos ocupa dispone:

La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y **sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social**. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente²² (la negrita me pertenece).

En ese sentido, la doctrina sostiene que históricamente se ha equiparado al enfermo mental con la idea de encierro:

Está comprobado por la experiencia que luego de diez años de internación en una institución de salud mental, lo que pudo ser un estado mental enajenado de carácter transitorio se termina cronificando; y el hecho de permanecer en una institución termina estando vinculado más a cuestiones sociales, familiares, etc., que a cuestiones de diagnóstico y tratamiento²³.

La asociación entre enfermedad mental e internación aparece aun hoy en normas del proceso penal – como lo expondré en el punto VI – sin que a la actualidad se perciba la intención de dejar entrar estos

²¹ CSJN, R., M.J s/ insanía (19/02/2008)

²² Art. 14, LNSM.

²³ Duizeide, S., «La ley nacional de Salud Mental 26.657: del encierro a la inclusión comunitaria», *La Ley on line*, 2015.

nuevos lineamientos a ese universo normativo. Pero antes de ingresar a ver esta cuestión, observemos qué dispone el actual CCCN en materia de capacidad.

Código Civil y Comercial de la Nación

En lo que al CCCN respecta, me interesa particularmente centrarme en esta reforma – que operó en el año 2015 – puesto que es la que, estimo, completa la movilización normativa basada en un modelo de derechos. En primer lugar, quiero referirme al nuevo artículo 31 CCCN que establece una serie de reglas generales referidas a la restricción al ejercicio de la capacidad, a saber:

- a) **la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;**
- b) **las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;**
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) **deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades**²⁴ (la negrita me pertenece).

Todas estas reglas son de vital importancia en el marco de la restricción a la capacidad en el proceso civil, especialmente la primera: la capacidad de la persona debe presumirse. Esto implica un cambio de paradigma que va en consonancia con lo dispuesto por los instrumen-

²⁴ Art. 31, CCCN.

tos internacionales y con la LNSM. Este marco normativo, sitúa a la persona con una enfermedad mental en una nueva posición frente a la sociedad, incluso en los momentos en los que se halla internada. Al respecto, nos dice Fernández:

El hecho que la capacidad de ejercicio ‘se presuma’ exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad. En cuanto a la aclaración final que formula el inciso ‘aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial’, desde una primera y rápida mirada podría cuestionarse su incorporación por cuanto la internación de una persona en nada afecta su capacidad jurídica y su condición ante la ley – arts. 3° y 5° de la ley 26.657 – ; sin embargo, la historia pasada y presente que viven las personas en condición de internamiento y la severa afectación a sus derechos personálísimos – que, muchas veces, provoca una automática identificación por parte de los operadores (sanitarios, jurídicos, sociales, psiquiátricos, administrativos) entre ‘internación’ e ‘incapacidad’ – justifica la aclaración incorporada al enunciado, a fin de clarificar que la situación de internación jamás implica el cercenamiento de la capacidad de la persona, más allá de su situación de temporaria descompensación²⁵ (la negrita me pertenece).

Es decir, el legislador de manera acertada ha incluido específicamente una norma que, entiendo, constituye una fuerte herramienta legal que no puede ser desconocida por el magistrado al momento de decidir sobre la situación particular del sujeto. Del inc. b) de la norma citada, surge la excepcionalidad a la restricción de la capacidad. Y aquí, es preciso detenerse a fin de hacer una distinción importante que luego retomaré en el apartado VI. El CCCN distingue en el art. 32, entre persona con capacidad restringida y persona con incapacidad, es decir, dispone grados de capacidad: desde la capacidad plena que debe presu-

²⁵ Fernández, S., «Libro Primero. Parte General. Título I. Persona Humana. Capítulo 2. Capacidad.» en Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, p. 80.

mirse, hasta la incapacidad, pasando por la capacidad restringida. Este esquema viene a romper con la normativa anterior, a saber:

Se declaraban incapaces por demencia, las personas mayores de catorce años que por causa de enfermedades mentales no tuviesen aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. E inhabilitados quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estuviesen expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonios, y a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141, el juez estimase que del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultar presumiblemente un daño a su persona o a su patrimonio²⁶.

La cuestión aparecía más polarizada en términos de capacidad-incapacidad. El nuevo sistema que regula la normativa civil, dispone una gradualidad de la capacidad (en el que, como se expuso, la capacidad es siempre la regla) con consecuencias que distan del modelo anterior. Además, es importante resaltar que la introducción de la categoría de capacidad restringida al CCCN rige no sólo a nivel patrimonial sino también personal y además «evita para la inmensa mayoría de los casos los efectos gravosos y desproporcionados de la incapacitación»²⁷. Entonces, veamos qué regula el art. 32 CCCN:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y cir-

²⁶ Carranza Cáceres, C., «Libro I, título I, Sección 3: restricciones a la capacidad» en Bueres, A. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, Hammurabi, 2015, Buenos Aires, p. 87.

²⁷ Palacios, A. y Kraut, A., «Libro I, título I, Sección 3: restricciones a la capacidad» Lorenzetti, R. (dir.). en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 143.

constancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador²⁸.

Esta manda, en plena consonancia con el art. 31 inc. b), empuja a la incapacidad hacia la excepción. ¿Cuál es entonces el universo de casos que queda comprendido entre la plena capacidad y la incapacidad? El de la capacidad restringida; y excluye para estos casos al viejo instituto de la curatela para reemplazarlo por los sistemas de apoyo en virtud de los cuales la idea central, y que la norma contempla de manera específica, es la de promover la autonomía del sujeto, así como también la de favorecer las decisiones que estén ligadas a lo que el sujeto prefiera. Me referiré a esto en el apartado siguiente. Sólo quiero dejar asentado que, a los fines de este trabajo, me concentraré exclusivamente en los casos de capacidad restringida sin entrar a analizar los supuestos de incapacidad.

III. Sistemas de apoyo y autonomía

En concordancia con lo regulado por el art. 12, inc. 3 de la CPCD²⁹, nuestra normativa recepta como novedad los llamados sistemas de apoyo. Éstos han sido definidos por la propia norma como «cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general»³⁰. La fun-

²⁸ Véase art. 32, CCCN.

²⁹ «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12, inc. 3, CPCD).

³⁰ Art. 43, CCCN.

ción principal de los sistemas de apoyo, dicho explícitamente por la ley, es la de promover la autonomía del sujeto, así como también la de facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. La medida de apoyo es la de un asistente³¹, lo que dista de la función del curador que ha quedado reservada para los casos de declaración de incapacidad.

Al respecto, Fernández nos habla de distintos niveles de apoyo, a saber:

(...) un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones, como podrían serlo los relacionados con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación. Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia³².

Los sistemas de apoyo vienen a reemplazar un sistema basado en la sustitución para la toma de decisiones a uno que se asienta en el apoyo para tomarlas³³. Esto nos muestra una especificidad en los grados de capacidad restringida que repercute directamente en la autonomía del sujeto. El plexo normativo descrito al comienzo del trabajo, en conjunción con la norma civil, da cuenta de una clara tendencia al respeto por la autonomía del sujeto. Esto supone despegarse de ciertos patrones de comportamiento respecto de la persona con una afección mental, tales como el asistencialismo, y busca, por el contrario, abrir el camino para que tome las decisiones que le resulten más convenientes, no sólo en su vida personal sino también en su tránsito judicial.

³¹ Giavarino, M., *op. cit.*

³² Fernández, S., *op. cit.*, p. 112.

³³ Carranza Cáceres, C., *op. cit.*

El caso claro que puede observarse en la norma es aquel en virtud del cual es el propio interesado quien se encuentra legitimado para solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida³⁴. Por otro lado, el Código dispone que también puede proponerle al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo³⁵. Es decir, se respeta su autonomía incluso para solicitar su propia declaración de incapacidad y elegir sus sistemas de apoyo. Finalmente, me atrevo a decir que el CCCN contempla dos posibilidades respecto de la autonomía del sujeto: la toma de decisiones de manera individual, siempre que ello sea posible; y la toma de decisiones en conjunto, cuando el sistema de apoyos ya ha sido determinado por sentencia judicial. La autonomía aquí es un verdadero reconocimiento de la persona como sujeto de derechos.

IV. Incapacidad sobreviniente en el proceso penal. Capacidad procesal

Dejemos a un lado lo expuesto hasta el momento para concentrarnos en cómo opera el sistema procesal penal en materia de incapacidad. Si bien sólo voy a concentrarme en la incapacidad sobreviniente, soy consciente de que lo que aquí formularé es, en parte, una exposición del (a mi juicio, errado) sistema binario de capacidad que contempla el Código Penal.

Ahora bien, como explican Tarditti y Cafferata Nores, en relación a la particular situación de los inimputables en razón de patologías psiquiátricas, podemos hablar de aquellas «existentes al momento del hecho, tornándolos irresponsables ante la ley penal; o sobrevinientes a ese momento, lo que elimina su capacidad procesal, o sea la de obrar por sí en el proceso»³⁶. Como anuncié al comienzo, pretendo ocuparme del segundo caso, esto es, del instituto de la incapacidad

³⁴ Véase art. 33, CCCN.

³⁵ Véase art. 43, CCCN.

³⁶ Tarditti, A. y Cafferata Nores, J., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentario*, Mediterránea, Córdoba, 2013, p. 285.

sobreviniente. Se trata de un supuesto que se presenta luego de acaecido el hecho por el cual la persona es imputada, pero antes de que la sentencia quede firme. En ese sentido, es mi intención en este apartado sembrar algunos interrogantes que giran en torno a la temática, especialmente aquellos referidos a la determinación de la incapacidad y las consecuencias que esto acarrea en el marco del problema que esboqué en la introducción.

Como se adelantó, el instituto se encuentra regulado por el CPPN³⁷ y se replica, con sus variantes, en otros ordenamientos procedimentales de las provincias. Aquí, solo me ocuparé de lo normado en la provincia de Córdoba. En ese sentido, el código de rito de esta provincia dispone, en el art. 84, lo siguiente:

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y el juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados. También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. Cuando procediere la investigación fiscal preparatoria, el Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz³⁸.

³⁷ El CPPN en el art. 77 dispone: «Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados.»

³⁸ Véase art. 84, CPPC.

Como hemos mencionado precedentemente, la norma regula el supuesto en virtud del cual el imputado, durante el tránsito del proceso penal, comienza a padecer de una enfermedad mental. La ley es clara en cuanto a que esta enfermedad debe ser capaz de excluir su capacidad de entender o de querer, esto es, su capacidad procesal. Pero ¿qué significa esto? Siguiendo a Hegglin, la doctrina moderna, acuerda en que la capacidad para estar en juicio supone «la capacidad para responder a la acusación, de comprender los detalles de evidencia en su contra y de poder seguir el curso del proceso entablado en su contra con la posibilidad de instruir debidamente a sus letrados defensores y de enfrentar sólidamente al fiscal»³⁹. Asimismo, debe tenerse presente que el defensor del imputado – como defensa técnica – puede intervenir en el proceso a excepción de aquellos actos que se consideran personales, tales como la declaración indagatoria y la oportunidad de declarar en la audiencia de debate⁴⁰.

Por otro lado, existen decisiones que el imputado debe tomar durante el proceso en las que la defensa sólo actúa como mera asesoría, tales como la aceptación de la realización de un juicio abreviado⁴¹. En resumen, la capacidad procesal del imputado deviene necesaria a estos fines, dado que el derecho de defensa en el proceso penal requiere de mayores exigencias para el enjuiciamiento que las involucradas en otros procesos⁴².

Pero retomemos el caso del sujeto que se torna incapaz durante el proceso. Ha quedado claro que para la ley actual esto significa que pierde su capacidad procesal, pero, ¿cómo se determina esto? La normativa procesal impone la realización de una pericia, la que, interpretada a la luz de la ley vigente en materia de salud mental, ha de ser interdisciplinaria. No existe, en ese sentido, una instancia en el proceso penal que le permita conocer al juez si lo que presenta el sujeto es real-

³⁹ Hegglin, M., «La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad» en *Derecho Penal*, INFOJUS, 5, Buenos Aires, 2013, p. 198.

⁴⁰ Hegglin, M., *op. cit.* En igual sentido, véase Maier, J., «Fundamentos constitucionales del procedimiento» En Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

⁴¹ Hegglin, M., *op. cit.*

⁴² Maier, J., *op. cit.*

mente un caso de incapacidad, o bien, de capacidad restringida, y dentro de este último, qué grado de capacidad presenta. Esta cuestión no es menor puesto que la determinación de la incapacidad acarrea, a mi entender, dos problemas: no existe un procedimiento acorde a los estándares de salud mental para la determinación de la incapacidad (o capacidad restringida), a excepción de la interdisciplinariedad de la pericia que se practica sobre la persona del imputado (la que resulta determinante); y por otro, como consecuencia, no puede conocerse a ciencia cierta cuáles son las verdaderas limitaciones de las que padece el sujeto, las que si se hicieran obligatoriamente explícitas podrían ser complementadas con el sistema de apoyos que regula el CCCN. Veamos esto en el siguiente punto.

V. Propuesta: hacia una nueva idea de incapacidad sobreviniente

Hemos dicho que la capacidad jurídica del sujeto se presume incluso cuando se encuentra internado, la limitación a la capacidad debe ser excepcional y establecida por sentencia judicial. Se sostiene que la presunción de capacidad ha de ser garantizada en cualquier circunstancia y a cualquier persona sin importar sus particulares características o el diagnóstico médico con el que cuenta⁴³, en concordancia con lo dispuesto por el art. 5 de la LNSM⁴⁴.

Así, en primer lugar, he procurado brindar un panorama acotado pero comprensible acerca del modelo social de la discapacidad receptado por la CDPD y de la LNSM. Finalmente, he explicado la nueva noción de capacidad que admite nuestra normativa civil. Este marco, entiendo, no debe quedar restringido a cuestiones únicamente civiles, sino que debe ser extendido a todas las áreas del derecho, lo que incluye al complejo universo penal. En ese sentido soy consciente de que las opciones con las que cuenta el magistrado en el proceso penal

⁴³ Palacios, A. y Kraut, A., *op. cit.*

⁴⁴ «La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.» (art. 5, LNSM).

son escuetas dada la normativa explicada en el apartado IV del trabajo, y que la tarea de suspender el proceso frente a la incapacidad sobreviniente puede simplemente quedar reducida a una reinterpretación de la normativa vigente a la luz de la CDPD, la LNSM y el CCCN.

Pero entiendo que esto no resulta suficiente por las siguientes razones:

- (i) La realidad es que el juez penal no está habilitado, dada la configuración actual de la norma, para determinar la capacidad de la persona mediando el sistema gradual que dispone el CCCN. Es decir, la capacidad procesal es un estado de «todo o nada», no admite grados: se está en condiciones de enfrentar un proceso penal – con un juicio y posible condena – o se es incapaz de ello, al menos temporalmente. Esto, limita su intervención a una decisión basada en una simple pericia interdisciplinaria (que es replicada semestralmente a los fines de evaluar si el imputado recuperó la capacidad procesal). La interdisciplinarietà da cumplimiento a lo pautado por los estándares normativos en materia de salud mental pero nada dice sobre grados de capacidad que puedan ser pasibles de la mediación de correctos sistemas de apoyo. La pregunta es entonces, ¿por qué la capacidad procesal no puede de admitir grados? Es posible pensar, a mi juicio, en un proceso penal más respetuoso con el plexo normativo detallado en los primeros apartados de este escrito, en los que se disponga de un verdadero sistema gradual de capacidad que distinga con precisión la particular situación del imputado.
- (ii) Del punto anterior surge, por ende, que el magistrado no encuentra en la normativa procesal penal, la regla en virtud de la cual pueda darle uso a los sistemas de apoyo que permitan la continuidad del proceso si se efectúa la debida indagación sobre la capacidad del sujeto. Su utilización, como la norma civil dispone, contribuiría con el reconocimiento de la autonomía de la persona con discapacidad en el proceso mediante la asistencia de un correcto sistema de apoyo que puede conformarse con sus vínculos familiares, laborales, sociales, e incluso con

su propia defensa ya que nada obsta a que el juez disponga de más de un apoyo.

- (iii) Actualmente, con la normativa procesal penal imperante, se restringe la autonomía de la persona con discapacidad o con un padecimiento mental. La suspensión del proceso y la internación del imputado no parecen ser, a primera vista, la opción más compatible con el ejercicio de la autonomía individual del sujeto que profesa la CDPD y las normas ya analizadas. Todo ello en el escenario de una capacidad restringida pasible de acoplarse a los sistemas de apoyo. En ese sentido, es preciso recordar que la CDPD dispone que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»⁴⁵.
- (iv) La suspensión del proceso e internación consecuente (cuando la hay) no tiene un lapso definido. Si bien nada obsta a que la persona espere la reanudación del proceso en libertad – por ejemplo, bajo un tratamiento ambulatorio –, la norma ordena «hasta que desaparezca la incapacidad»; esto, entiendo resulta incompatible con el reconocimiento del sujeto a tomar sus propias decisiones en base a la asistencia del sistema de apoyos cuando corresponda.

VI. Palabras finales

He intentado en este corto escrito mostrar algunas desconexiones que existen entre el universo normativo en materia de capacidad y salud mental, y el instituto de la incapacidad sobreviniente regulado por el Código Procesal Penal de Córdoba, así como también he buscado asentarme en la autonomía de los sujetos como un principio rector que debería atravesar futuras regulaciones del proceso penal. Entiendo que se trata de una serie de ideas que implican revisar de manera mucho más profunda el proceso penal y repensarlo en nuevos términos, es

⁴⁵ Art. 12, inc. 2, CDPD.

decir: esto no agota la discusión, sino simplemente abre a la posibilidad de pensar en un futuro proceso penal que, en materia de capacidad y autonomía, se adecue a los estándares normativos en materia de salud mental y de discapacidad.

Referencias Bibliográficas

- Ase, I. y Buriyovich, J., «Capacidades estatales y nuevos derechos: El caso de los nuevos marcos normativos en salud mental» en Rossetti, A. y Monasterolo, N. (coord.), *Salud Mental y Derecho. Reflexiones en torno a un nuevo paradigma*, Córdoba, Espartaco, 2016, pp. 41-63.
- Bersanelli, S., «Prácticas discriminatorias y estereotipos en la educación de las personas con discapacidad» *Discapacidad y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, Buenos Aires, INFOJUS, 2013, pp. 149-160.
- Carranza Cáceres, C. «Libro I, título I, Sección 3: restricciones a la capacidad» en Bueres, A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- Duizeide, S., «El nuevo paradigma social de la discapacidad», *La Ley on line*, 2015.
- Duizeide, S., «La ley nacional de Salud Mental 26.657: del encierro a la inclusión comunitaria», *La Ley on line*, 2015.
- Fernández, S., «Libro Primero. Parte General. Título I. Persona Humana. Capítulo 2. Capacidad.» en Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, INFOJUS, Buenos Aires, 2015.
- Giavarino, M., «La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código Civil y Comercial» en Wüst, G. (dir.), *Estudios de Derecho Privado*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.
- Heggin, M., «La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad» en *Derecho Penal*, Nº 5, Buenos Aires, 2013, pp. 191-216

- Maier, J. «Fundamentos constitucionales del procedimiento» En Maier, J. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Monasterolo, N. «Salud mental y capacidad de los sujetos en el ordenamiento penal argentino. Analogía de una remodelación», *La Ley on line*, 2017.
- Monopoli, V. y Arriagada, M., «Discapacidad psicosocial, salud mental y no discriminación. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental como herramientas para la igualdad. Algunos avances del Estado argentino.» en Rosales, Pablo (dir.), *Discapacidad y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, INFOJUS, Buenos Aires, 2013, pp. 123-138.
- Palacios, A. y Kraut, A., «Libro I, título I, Sección 3: restricciones a la capacidad» Lorenzetti, R. (dir.) en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014.
- Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid 2008.
- Rossi, A. y Bustos, M., «De la enfermedad mental al padecimiento subjetivo», *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología*, 3 (3), 2018, pp. 491-496.
- Tarditti, A. y Cafferata Nores, J., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, Mediterránea, Córdoba, 2013.

Legislación

- Congreso de la Nación Argentina (06 de junio de 2008). Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad [Ley 26.378, 2008]
- Congreso de la Nación Argentina (02 de diciembre de 2010). Ley Nacional de Salud Mental [Ley 26.657, 2010]
- Congreso de la Nación Argentina (01 de agosto de 2015) Código Civil y Comercial de la Nación [Ley 26.994, 2015]

Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Código Penal Argentino. [Ley 11.179, 1921, t.o. 1984].

Congreso de la Nación Argentina (10 de diciembre de 2014). Código Procesal Penal Federal. [Ley 27.063, 2014].

Legislatura de la Provincia de Córdoba (5 de diciembre de 1991). Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. [Ley 8.123, 1991].

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *R., M.J s/insanía*, 19/02/2008, Expte. C.1195.XLII.

Lógicas de indagación judicial y juridificación de conflictos: análisis de un caso de toma de tierras en Córdoba

Logics of judicial investigation and juridification of conflicts: analysis of a case of land seizure in Cordoba

Por Sofía Pezzano, Florencia Pasquale y Magalí Vereda*

Resumen: Este trabajo aborda un proceso de judicialización de un conflicto por la tierra, a partir del análisis del cuerpo documental del expediente judicial. El eje de la indagación gira en torno a una observación inicial de resoluciones judiciales que podrían interpretarse en principio como «favorables» a las familias poseedoras; a pesar de ello, las familias igualmente fueron excluidas del territorio, incluso antes de que se dicten las

* Las autoras de este trabajo son abogadas (UNC), de la ciudad de Córdoba (Argentina) y miembros del grupo de investigación «Derecho y Control. Problemáticas específicas», radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

E-mail de contacto: pezzanosofia@gmail.com; flopasquale@hotmail.com y maguivereda@gmail.com.

La discusión de este trabajo se dio en el marco del referido equipo dirigido por Hernán G. Bouvier, y codirigido por Federico J. Arena. Agradecemos por las observaciones y sugerencias especialmente a nuestras compañeras y compañeros, como así también a Guillermo Moro y a participantes del IV Seminario realizado en Río Ceballos, en el marco del programa de investigación «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales». Por último, nuestro agradecimiento a Juan Martín Hissa y colegas abogadas/os del Espacio Jurídico Deodoro Roca por las críticas realizadas, el acceso al cuerpo del expediente y, su admirable compromiso social y profesional.

referidas medidas. El análisis del conflicto de tierra en estudio, busca estructurar una comprensión del proceso judicial como un campo de lucha entre dos lógicas de indagación judicial: las lógicas de indagación requeridas por la ley y lógicas de indagación que responden a una prueba de fuerza.

Palabras clave: toma de tierras - juridificación - lógicas de indagación judicial.

Abstract: this paper deals with a process of judicialization of a land conflict, based on the analysis of the documentary corpus of the judicial file. The focus of the investigation centres on an initial observation that there were judicial decisions that could be interpreted in principle as «favourable» to the families in possession, but the families were still excluded from the territory, even before the mentioned measures were dictated. The analysis of this case seeks to structure an understanding of this judicial process as a field of conflict between two logics of judicial investigation: the logics of law and the other one as a proof of strength.

Keywords: land seizures - juridification - logics of judicial investigation.

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar el proceso de judicialización de un conflicto de tierras en la comunidad de «Piedra Blanca» ubicada al sur de la ciudad de Córdoba, a partir del análisis del cuerpo documental del expediente¹. Se consideran referentes los estudios de antropología jurídica que analizan la práctica judicial con énfasis en la

¹ El acceso al material de investigación ha sido facilitado por uno de los abogados que intervino en la defensa de las personas imputadas. A los fines de tener acceso al expediente y pesar de haber realizado una solicitud formal ante la secretaría correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba y fundamentada en el presente trabajo de investigación, a la fecha no se ha tenido respuesta.

materialidad del procedimiento judicial. En este sentido, no se considerará el aspecto material solo en su parte instrumental, sino fundamentalmente como «campo donde se establecen relaciones de conocimiento»². Los expedientes reflejan las características de las rutinas y los procedimientos burocráticos de la institución judicial, entendiendo que es la forma en que se comunican y se expresan lo/as operadores/as de justicia. Casi todo lo que sucede en una causa judicial, queda plasmado en el expediente, en ese sentido, obran como *fronteras* físicas de la actividad judicial³.

Recurriremos a los aportes de los estudios socio-jurídicos contemporáneos en materia de conflictos urbanos. Se partirá de los conceptos de *productividad social*, *traducción* y *juridificación* de Bruno Latour y Antonio Azuela⁴, para enfocarnos en el conflicto desde el momento que entra al campo jurídico y específicamente, cuando se convierte en una causa judicial.

Asimismo, recurriremos a las nociones de *campo jurídico* y *habitus* de Pierre Bourdieu⁵, a fin de dar cuenta de las particulares prácticas mediante las cuales el procesamiento judicial define, en los hechos, la resolución del conflicto. Por último, emplearemos la noción de *heterarquía*, utilizando el concepto que recupera Salo Coslovsky⁶, a fin de caracterizar el tipo de burocracia judicial estructurada bajo dos lógicas diversas de indagación judicial: las lógicas de indagación requeridas por la ley y lógicas de indagación que responden a una prueba de fuer-

² Barrera, L., *La corte Suprema en escena: Una etnografía del mundo judicial*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 32.

³ Barrera, L., «La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema Argentina», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 2009, pp. 221-240, Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica09.pdf, p. 224.

⁴ Azuela, A., «Introducción», en Azuela, A. y Cancino, M.A. (coord.), *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*, México, INK, 2014, pp. 7-25.

⁵ Bourdieu, P., «Elementos para una sociología del campo jurídico», en Bourdieu, P., *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá, 2005.

⁶ Coslovsky, S., «La resolución de conflictos por el uso del suelo en Sao Paulo», Working Paper, Institute Lincoln of Land Policy, marzo 2015, Disponible en: https://www.lincolnst.edu/sites/default/files/pubfiles/2531_1871_Coslovsky%20WP15SC1SP.pdf

za. El conflicto de disputa por la tierra que abordaremos se enmarca dentro de los denominados «conflictos de exclusión», siguiendo la caracterización de Antonio Azuela⁷.

Al momento de realizar el análisis documental presentaremos rasgos que buscan dar cuenta de la productividad social del conflicto, mediado por las dos lógicas de indagación nombradas. La etapa de análisis propiamente se estructurará del siguiente modo: en primer lugar, realizaremos una cronología de la causa, identificando los actores y el diligenciamiento propuesto por cada una de las partes. Luego, analizaremos el expediente distinguiendo determinadas categorías que permitirán sostener que los actos procesales o bien se aproximan a la indagación de la existencia del delito, o bien a una mera prueba de fuerza.

II. Conflictos por la tierra judicializados en Córdoba

Los conflictos territoriales en la provincia de Córdoba se han incrementado y judicializado los últimos años⁸. Según datos aportados por el cuerpo de abogados y abogadas del Espacio Jurídico Deodoro Roca, quienes hace ocho años litigan colectivamente causas de toma de tierras en la provincia de Córdoba⁹, las causas de usurpación o tomas de tierra organizadas y judicializadas en la provincia de Córdoba son alrededor de veinte¹⁰.

⁷ Azuela, A., «Conflictos urbano-ambientales en América Latina», *América Latina en Movimiento*, 497, 2014, Disponible en: <https://www.alainet.org/es/active/75657>

⁸ Según Informe del colectivo de investigación *Llano en Llamas*, realizado en junio de 2014, se contabilizaron 319 casos de detenidos y/o judicializados por conflictos por tierra en la provincia de Córdoba entre abril de 2013 y junio de 2014. Si bien el dato es desactualizado, brinda un panorama del conflicto.

⁹ El concepto de «Toma» se utiliza para hacer referencia a los procesos colectivos de varias familias que se organizan a partir de la necesidad y escasez de políticas públicas y/o privadas destinadas a atender la problemática de la tierra y la vivienda. Véase *Llano en Llamas*, «Tomas de tierras en la Provincia de Córdoba», 2013, Informe Preliminar, p. 2. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B3q1pGtgs3UDLUhhNHVINIY2VWs/view>

¹⁰ Las mencionadas son «Piedra Blanca», «Parque Esperanza» (Juárez Celman), «Cuesta Blanca» (Punilla), «El Amanecer», «17 de Noviembre» (Malagueño), «Santillán»

La sociología del conflicto parte de asumir el *desfasaje* entre el mundo del conflicto y el mundo del litigio. En términos sencillos, el optimismo que suele mover al discurso que reivindica el rol de los/as jueces/zas ante el cambio social, es contrastado por un análisis que confronta, o por lo menos problematiza, dicho punto de partida. Tal como afirma Azuela¹¹, el carácter inconmensurable de ambos mundos es destacado, desde la tradición de Max Weber, como la distancia entre el orden social y el orden jurídico.

Pueden observarse cotidianos ejemplos judiciales de la *no correspondencia* entre conflicto y litigio. En un trabajo previo, analizamos la resolución «Álvarez» del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba¹², donde se discutía la procedencia de la medida cautelar del desalojo en una toma de tierras. La misma se resolvió «en abstracto» agravando las condiciones en que se ejecutan los desalojos en la ciudad de Córdoba, revirtiendo así el precedente «Gualda»¹³. El denominado *obiter dictum* (dicho sea de paso), representó allí el dispositivo o aparato utilizado para *desfasar o desencajar* lo que en principio no hubiera sido más que un fallo que debió limitarse a declarar abstracta (e improcedente) la casación interpuesta en contra de una resolución que deniega el desalojo, por haber finalizado la etapa de investigación y haber sido la causa elevada a juicio.

En el presente artículo abordaremos un caso clave para entender la *no correspondencia* entre conflicto y litigio, la cual se evidencia de modo contrario al anterior («Álvarez»): se trata del caso «Piedra Blanca», donde se observa ahora un conflicto judicializado que se resuelve por fuera de la arena judicial. En este caso se contará con una resolu-

(Villa Libertador), «Solares» (Punilla), «Ñu Porá» (Río Ceballos), «Barrio Cabildo», «5 de Noviembre» (barrio Angelelli), «12 de Julio» (Arguello), «El Amanecer Joven», «San Alberto», «Villa Río» (Anisacate), «Chañaritos» (Anisacate) «8 de Agosto» (Alta Gracia), «Las Cascadas» (barrio Los Boulevares), «Parque Las Rosas», «Toma de La Cruz» (La Calera) y «El Bordo».

¹¹ Azuela, A., «Introducción», *op. cit.*, p. 17.

¹² Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia N° 17, *Álvarez, Marcos Martín y otros p.ss.aa. Usurpación – Recurso de Casación-*, 15/02/2017, Expte. N° 2181627.

¹³ Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. N° 238, *Gualda, Jorge Alberto p.s.a. usurpación, etc.*, 26/08/2008, Expte. G-18/07.

ción en principio «favorable» a las familias ocupantes del predio, pero el conflicto se resuelve con su exclusión del predio ocupado. Cabe aclarar que haber sido sobreseídos frente a la imputación del delito de usurpación¹⁴, hubiese habilitado a que las familias permanezcan en el territorio, sin embargo, la ocupación del terreno fue completamente disuelta.

III. Traducción del conflicto al campo jurídico: conceptos de juridificación y productividad social

Pese a que no es posible negar que la lógica propia del campo jurídico deja su huella en el conflicto social, tampoco podemos aceptar que una vez que un conflicto entra al mundo del derecho las relaciones entre sus partes quedan en suspenso. La forma en que el orden jurídico define la situación conflictiva, se sobrepone a la forma en que los actores la viven. Se vuelve relevante comprender que aun cuando los actores se hayan puesto (o hayan sido colocados, como sucedió en el caso en estudio) en manos del sistema judicial, ellos podrán seguir experimentando el conflicto, contando con una variedad de recursos y representaciones que no siempre son las del derecho¹⁵. Esto supone ir más allá de la idea tradicional proveniente de la pregunta por los efectos sociales de las sentencias que dictan los jueces, y pasar a una mirada que nos permita ubicar esta pregunta en el contexto más general de la *productividad social* del conflicto mismo¹⁶.

¹⁴ Según Cafferata Nores el sobreseimiento es la «decisión jurisdiccional que cierra el proceso en forma definitiva e irrevocable a favor del imputado, por no tener fundamento (para continuar con la investigación) o por haberse extinguido la pretensión penal que se hacía valer». Las causales del sobreseimiento se encuentran legisladas en el art. 350 del Código Procesal Penal de Córdoba, de todas ellas, la *duda* es la causal aplicable al caso, ya que las pruebas no son suficientes para generar la probabilidad requerida para atribuir responsabilidad penal. Véase Cafferata Nores, J.I. (et. al.), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Advocatus, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 475.

¹⁵ Aquí utilizamos derecho en sentido estricto, es decir, haciendo referencia a la norma escrita.

¹⁶ Azuela, A., «Introducción», *op. cit.*

Azuela recupera el concepto de *traducción* de Bruno Latour, para comprender el modo en que un conflicto social es redefinido cuando entra al mundo del derecho. Cuando un conflicto entra en el campo jurídico aparecen relaciones de poder propias de ese campo y, en ese sentido, opera una *traducción*¹⁷. Este (doble) acontecimiento puede afectar al resultado del conflicto, pero no queda absorbido en lo jurídico: se redefine, pero puede conservar características y representaciones propias del campo en que se origina. Nunca una situación es completamente regulada por el derecho¹⁸.

A su vez, resulta de gran utilidad el concepto de *juridificación*, definido como el proceso social mediante el cual el conflicto es resignificado al ingresar a la esfera del derecho¹⁹. El discurso jurídico se presenta como una nueva manera de representar el conflicto social.

Para evaluar la productividad social de un determinado conflicto, es necesario mirar al derecho desde afuera y examinar los usos sociales y políticos del mismo destacando su *carácter comunicativo*. Así, el derecho como *discurso* construye, cambia y constituye las relaciones sociales, marca el límite de lo permitido y lo prohibido, a su vez que es condicionado por las estructuras sociales vigentes, «el discurso del derecho no es meramente constataativo, descriptivo o valorativo, sino también un discurso operativo, un discurso-acción. En el plano del derecho decir es siempre hacer, y solo lo explícitamente dicho adquiere estatuto de existente»²⁰.

¹⁷ Una traducción en los términos del discurso jurídico que reorganiza el conflicto bajo sus propias reglas, que pueden acentuar o disolver las reglas de la juridicidad del conflicto inicial. En esas reglas hay una organización jerarquizada y desigual de componentes que establecen (sea para legitimar, sea para reproducir, sea para crear) relaciones de poder (que ya estaban, que son creadas, que son reproducidas).

¹⁸ Azuela, A., «Introducción», *op. cit.*

¹⁹ Azuela, A. y Mussetta, P., «Quelque chose de plus que l' environnement. Conflits sociaux dans trois aires naturelles protégées du Mexique». *Problèmes d'Amérique latine*, 70 (4), 2008, pp. 13-39. doi:10.3917/pal.070.0013.

²⁰ Banderas Martínez, C., «Pragmática del discurso jurídico. Análisis de la estructura argumentativa en un texto de los papeles del derecho de la Real Audiencia de la Nueva Galicia», *Sincronía* [en línea], 2012, Disponible en: <https://www.redalyc.org/html/5138/513851805009/>, p. 9.

El derecho en su dimensión discursiva, performativa, es relevante para entender la clave de lectura del texto. En este sentido, Foucault sostiene que el discurso «no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse»²¹. Se torna de importancia esta dimensión si reconocemos una característica de las causas judiciales: los hechos que se investigan o juzgan son construcciones discursivas, es decir, los/as operadores/as jurídicos/as no estuvieron presentes en los hechos, éstos se reconstruyen en el discurso, se materializan a través de la práctica discursiva dentro del expediente.

Atento a ello, es necesario destacar la importancia política y social del *antecedente* jurisprudencial o de los *criterios* que se establecen en las resoluciones, pues tienen efectos comunicativos que van más allá del caso concreto, más aún en casos de interés y relevancia pública como nuestro caso en estudio²².

Luego, es posible preguntarse aquello que el derecho *permite* canalizar en términos de demandas y deseos como aspiraciones legítimas, y si ese uso del derecho es accesible a toda la comunidad. Esta pregunta cobra relevancia cuando estamos frente a derechos que establecen categorías *rígidas* o *planas*, como el derecho penal, donde las normas muchas veces son impermeables a la variabilidad de las circunstancias fácticas²³.

²¹ Foucault, M, *El orden del discurso*, La Piqueta, Madrid, 1996, p. 15.

²² Azuela, A. y Cozacov, N., «Transformaciones urbanas y reivindicaciones ambientales. En torno a la productividad social del conflicto por la construcción de edificios en la ciudad de Buenos Aires.», *Eure*, 39 (118), 2013, pp. 149-172.

²³ Cravino, haciendo referencia al delito de usurpación, sostiene que las categorías jurídicas no distinguen entre situaciones de hecho que merecen ser tenidas en cuenta. Esto «refuerza la historicidad del derecho (…). La indicación de «límite» en relación a la legalidad, expresa claramente que, aún en caso de necesidad extrema, ésta no puede ser puesta en cuestión. El derecho no puede ser contaminado por el contexto. Atentaría, si no, al andamiaje jurídico consolidado y casi inmodificable y, por lo tanto, al orden social, legal y urbano.» Véase Cravino, C., «Poder judicial y ocupaciones de suelo en Buenos Aires», *Direito e Práxis*, 7 (14), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2016, p. 483.

Para ver el derecho desde esta perspectiva, entonces, es preciso tomar distancia de sus categorías e identificar el rumbo que toma el conflicto cuando ingresa al campo jurídico. Esta es la única forma de registrar el sesgo específico que la juridificación imprime al conflicto²⁴. Cuando un conflicto se juridifica, cobran relevancia nuevos actores (jueces/zas, fiscales/as, abogados/as) y es importante identificar qué es lo que está en juego para ellos. Sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho de que los actores iniciales del conflicto siguen formando parte e influyen en el devenir del mismo.

Azuela distingue tres tipos de conflictos urbano-ambientales²⁵, definidos como aquellos conflictos sociales en torno al control del territorio y que tienen un carácter multidimensional y distributivo²⁶, según lo que *está en juego* en cada uno de ellos y que, por lo tanto, necesitan categorías analíticas diferentes. Estos son los conflictos por la *transformación del entorno*, los de *exclusión social* y los de *expropiación*. En el primero, lo que está en juego es el tipo de ciudad que deseamos; en el segundo, la situación de determinados grupos respecto a los bienes públicos de las ciudades; y en los últimos, el poder del Estado frente al de los/as propietarios/as.

El caso que analizaremos se enmarca en los denominados conflictos *de exclusión*. Aquí se impone la pregunta sobre su productividad social que es una pregunta acerca de si ese conflicto es *socialmente productivo*, en tanto pone en entredicho el orden social desigual que fomenta tal exclusión o, por el contrario, lo refuerza.

IV. El aporte de Pierre Bourdieu

Se presentarán las nociones de *campo* y *habitus*, como elementos que serán utilizados en el análisis de las categorías construidas en este trabajo a fin de analizar el expediente judicial.

²⁴ Azuela, A., «Introducción», *op. cit.*, p. 20.

²⁵ Azuela, A., «Conflictos urbano-ambientales en América Latina», *op. cit.*

²⁶ Sabatini, F., «Conflictos ambientales y desarrollo sustentable de las regiones urbanas», *Eure*, 22 (68), Santiago de Chile, 1997, pp. 77-91.

En «Elementos para una sociología del campo jurídico»²⁷, Bourdieu realiza una crítica que rechaza tanto lo que él denomina *perspectiva interna* del derecho, así como la *perspectiva externa* o estructuralista. Identifica a la primera como una perspectiva objetivista que ve al derecho como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal. La perspectiva estructuralista externa, por su lado, vería al derecho como un subproducto, como algo total o casi totalmente determinado por condiciones externas, condiciones de poder económico, elites o cualquier otro factor²⁸. El método de análisis social de Bourdieu niega tanto el formalismo como la determinación mediante la afirmación de la autonomía relativa del campo jurídico.

La perspectiva de Pierre Bourdieu se posiciona en un intento de mediación entre la independencia y dependencia del derecho. La noción de *campo* define un espacio de juego en el que se establecen relaciones entre los/as participantes. Estas relaciones van a ser siempre de lucha, es decir siempre habrá puja de intereses. Enfatizando la distancia entre el concepto de *campo* y los conceptos de *sistema* o *aparato*, Bourdieu afirma que:

En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas de juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito²⁹.

Por otro lado, la noción de *habitus*, hace referencia a los

sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predisuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organiza-

²⁷ Bourdieu, P., *op. cit.*

²⁸ Morales de Setién Ravina, C., «Estudio preliminar» en Bourdieu, P., *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá, 2005, p. 60.

²⁹ Wacquant, L. y Bourdieu, P., *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo XXI, Argentina, 2014, p. 140.

dores de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente «reguladas» y «regulares» sin ser para nada el producto de la obediencia a determinadas reglas, y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta³⁰.

Aplicando los conceptos de su teoría general, Bourdieu destaca el modo en que la evolución del derecho está ligada no sólo a factores externos sino a las propias reglas de competencia entre cuerpos profesionales que se dan al interior del derecho. En este sentido realiza una crítica al formalismo jurídico en tanto su utilidad última es el mantenimiento de las estructuras que permiten la creación y acumulación de capital jurídico³¹. El doble rechazo tanto de la perspectiva interna como de la perspectiva externa coinciden con el interés de indagar dimensiones que se entrecruzan en el proceso judicial, evidenciándose en el estudio de caso.

V. Concepto de heterarquía: las distintas lógicas de indagación

La noción de *heterarquía* es recuperada por Salo Coslovsky al caracterizar el funcionamiento de determinado tipo de burocracias que se distancian de ser monolíticas o internamente homogéneas³². Según un análisis de instituciones de organizaciones públicas responsables de hacer cumplir las leyes sobre el uso del suelo en São Paulo, realizado por Coslovsky «...las agencias gubernamentales no son actores unificados caracterizados por estructuras jerárquicas, líneas claras de autoridad y otras características weberianas que sugieren una unidad de propósito»³³. En vez, se asemejan más a lo que David Stark denomina

³⁰ Bourdieu, P., *El sentido práctico*, Siglo XXI, Argentina, 2007, p. 86.

³¹ Morales de Setién Ravina, C., *op. cit.*, p. 61.

³² Coslovsky, S., *op. cit.*

³³ *Ibidem*, p. 8.

heterarquías, esto es, «sitios de sistemas de valores en competencia y coexistentes»³⁴. En la práctica, las organizaciones públicas pueden albergar no sólo a campos o facciones contrapuestas, sino también lógicas y marcos de acción coexistentes³⁵.

El concepto de *heterarquía* colabora en ilustrar el modo en que la burocracia judicial funciona y los resultados variados que puede producir. Coslovsky, recuperando a Stark, define una heterarquía como «una forma organizacional emergente con propiedades de red distintivas, ambigüedad de activos, jerarquía mínima y múltiples principios organizativos»³⁶.

Se considera que la noción de *heterarquía* es relevante a fin de caracterizar el tipo de burocracia judicial dominada por lógicas de indagación judicial distintas y superpuestas en un mismo proceso.

VI. Etnografía del expediente: conflicto «Piedra Blanca»

VI. 1. Interés en el estudio y cronología de la causa

En el mes de marzo del año 2013 un grupo de familias, en su mayoría de nacionalidad boliviana, tomaron posesión de cuatro hectáreas de terreno que se encuentran alrededor de 30 km. al Sur de la ciudad de Córdoba. En el mes de abril del mismo año, un supuesto poseedor anterior realizó la denuncia en sede penal, constituyéndose en querellante particular³⁷ y ofreciendo prueba, la cual fue inmediatamente diligenciada³⁸ durante la Investigación Penal Preparatoria (en

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 11.

³⁷ El querellante particular, es «la persona víctima o damnificada de un delito, que interviene facultativamente en un proceso penal, para acreditar la existencia del hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado y lograr la condena penal de los partícipes». Véase Cafferata Nores, *op. cit.*, p. 249.

³⁸ El Ministerio Público Fiscal tiene la atribución, entre otras, de dirigir la investigación (véase art. 75 del CPP), practicar y hacer practicar todos los actos necesarios (véase art. 329 del CPP), etc. Diligenciar la prueba es realizar o llevar a cabo las

adelante IPP)³⁹. A su vez, otra persona, aduciendo ser titular de los mismos terrenos, realizó denuncia penal y también se constituyó en querellante y ofreció prueba.

El interés en esta causa surge al leer las principales resoluciones. Se pudo identificar que en un Auto Interlocutorio del Juzgado de Control interviniente⁴⁰, se resolvió que, al no poder probarse ninguno de los modos comisivos del delito de usurpación⁴¹, no había mérito para sobreseer ni para elevar la causa a juicio, que es lo que había solicitado el Fiscal⁴², por lo que el juez no hizo lugar a la elevación a juicio, ya que no estaba debidamente acreditado el modo comisivo de la violencia. Es así que la causa volvió a la Fiscalía a los fines de continuar con la investigación. En los tres meses posteriores al auto mencionado, le fue imposible al Fiscal acreditar el modo comisivo, por lo que el mismo Juzgado de Control, a requerimiento del Fiscal, dictó el sobreseimiento⁴³ de los/as imputados/as por caso de duda, según lo previsto en el art. 350 inc. 5 del CPP.

pruebas, sean decretadas por éste, o solicitadas por las partes (véase arts. 267 y 335 del CPP).

³⁹ El proceso penal se divide en dos etapas: la IPP y el debate oral y público. La primera es una etapa preparatoria que se practica ante la hipótesis de un delito, la lleva adelante un fiscal de instrucción, se realiza en forma escrita, limitadamente pública, tendiente a reunir los elementos de prueba útiles para fundamentar una acusación o determinar un sobreseimiento.

⁴⁰ Los Juzgados de Control, en términos generales, tienen por función controlar el respeto de las garantías constitucionales durante la IPP.

⁴¹ El delito de usurpación tiene dos modos comisivos: la violencia y la clandestinidad, es decir son las dos formas por la que los/as imputados/as pueden acceder a un terreno o inmueble, los mismos son parte de la prueba de la existencia del hecho. Es decir, que si no han sido debidamente acreditados, no puede atribuirse responsabilidad por ese hecho.

⁴² Luego de finalizado el plazo para realizar la IPP, el Fiscal decide si hay pruebas de cargo mayores a las de descargo (sobre la existencia del hecho y participación de los/as imputados/as), en caso afirmativo solicita la elevación de la causa a juicio, es decir, el cierre de la etapa de la IPP y la apertura de la próxima, el juicio, ante la Cámara del Crimen que por sorteo corresponda. En caso negativo, debe sobreseer a los/as imputados/as.

⁴³ Juzgado de Control y Faltas N° 4, A.I. N° 315, 13/11/2014, *Acuña, Paulina y otros p.ss.aa Usurpación*, Expte. N° 1393805.

Sin embargo, en esos tres meses entre la falta de mérito para elevar la causa a juicio y el dictado del sobreseimiento de los/as imputados/as, a causa de las negociaciones con el poder ejecutivo municipal (algunas propuestas tendieron a disolver la toma) y la constante presencia policial, es que la toma se organizó en la modalidad de turnos rotativos: había seis familias diferentes que se quedaban cada noche en la comunidad de Piedra Blanca. En el mes de octubre del año 2014, (entre el Auto que retornó la causa a Fiscalía para continuar con la IPP y la sentencia de sobreseimiento), compareció al terreno el abogado de uno de los querellantes particulares acompañado de un escribano, del comisario de la comisaría de Santa María y alrededor de veinte uniformados, a los fines de constatar si en el terreno en disputa (todavía) había poseedores. Al ver que solo permanecían seis familias es que las invitaron, con lo policías a sus espaldas, a retirarse en ese momento, luego de lo cual se labró el acta en la que constaba que ya no había moradores en el predio. En el mes de noviembre del mismo año, se dictó la sentencia de sobreseimiento.

En otras palabras, hubo una resolución en algún sentido «favorable» a los y las imputadas, pero la toma se disolvió, es decir, que la resolución no tuvo efectos en la realidad o fueron contrarios a lo esperado.

Nuestro análisis del caso se centrará en ponderar las cuestiones empíricas que llevaron a resultados distintos al que se evidencia en la resolución judicial. Además, nos interesa preguntarnos en qué medida estas cuestiones se vinculan con la judicialización del conflicto y con qué lógicas de indagación judicial se corresponden. Por su parte, buscaremos determinar si el documento del expediente da cuenta de las mismas. Para intentar responder estos cuestionamientos, decidimos ir más allá de las resoluciones y analizar en detalle el cuerpo del expediente.

Categorías de análisis

La distancia entre el proceso y su resolución judicial y entre el litigio y el conflicto en el territorio, se presentará a partir del análisis de categorías extraídas de la lectura de la causa: los sujetos legitimados, los

tiempos procesales, la participación de las partes en dicha temporalidad, la intervención de la fuerza policial, el objetivo y finalidad de la investigación, la visibilidad documental del conflicto y la impermeabilidad del impacto. Observamos que se presentan circunstancias que permiten divisar que, aun cumpliendo con el procedimiento legal, el procesamiento del conflicto se desplaza o bien hacia una mera lógica de fuerza, o bien fluctúa constantemente entre las dos lógicas de indagación mencionadas.

Sujetos legitimados e intereses que dirigen la causa

Las partes intervinientes en esta causa son, por un lado, el Fiscal de Instrucción, quien dirige la investigación, por otro lado los y las imputadas (con sus defensores), es decir, las personas que formaban parte de la toma de tierra, de quienes se sospecha la comisión del delito de usurpación, y por último, dos querellantes particulares (en adelante v1 y v2), que son supuestas víctimas y/o damnificados (con intereses contrapuestos ya que ambas aducen tener derechos de posesión sobre el mismo terreno) que se constituyen como partes del proceso. Esta es la estructura formal.

En la práctica, las familias imputadas tuvieron escasa participación en la investigación, puesto que se les tomó declaración (acto procesal a partir del cual tienen derecho a acceder al expediente, ofrecer prueba, y en general, ejercer su derecho de defensa) luego de que gran parte de la investigación ya había transcurrido⁴⁴.

Advertimos en la causa otros sujetos intervinientes, podríamos denominar actores secundarios, quienes o bien comparecen en interés legítimo o bien son llamados a acompañar alguna información concreta (encontrándose este requerimiento, en la mayoría de los casos, lejos de la objetividad de debería caracterizar al Ministerio Público Fiscal a la hora de recolectar prueba). Entre estos, encontramos la participa-

⁴⁴ Esto afecta al derecho de defensa atento a que los defensores de la parte imputada no pudieron tener control alguno (participación en los actos instructorios art. 308, 309, 310 y 335 del CPP) sobre el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas por el Fiscal y las ofrecidas por ambas partes querellantes.

ción del Ministerio de Desarrollo Social, de Ecogas, de diversos medios de comunicación, del Colegio de Abogados, de la Inspección de Personas Jurídicas, del Ministerio de Migraciones y de AFIP⁴⁵.

Puede observarse que la mayor parte de la prueba incorporada surge de las actuaciones de los querellantes particulares y de las actuaciones de la Fiscalía interviniente. Enunciamos brevemente las intervenciones de cada parte:

- V1: el 26/04/2013 formuló denuncia, manifestó que el terreno le pertenece debido a la cantidad de años que lleva poseyéndolo, aduce que tenía planeado un loteo allí, ofreció prueba. El 6/05/2013 se constituyó en querellante particular y solicitó el desalojo. El 16/05/2013 acompañó prueba documental y ofreció testigos que declararon en los días subsiguientes, quienes dijeron conocer (eran amigos o empleados) a v1, y que sabían que poseía el terreno.
- V2: el 5/05/2013 declaró y ofreció prueba, el 07/05/2013 ofreció prueba documental sobre la titularidad del terreno, el 09/05/2013 se constituyó en querellante particular y declaró un testigo ofrecido; el 12/06/2013 ofreció como prueba la imagen satelital del terreno donde está demarcada su parte y la de sus coherederos, solicitó el desalojo.
- Fiscalía: el 03/05/2013 se ofició a la comisaría solicitando intensificación de patrullaje de la zona, el 06/05/2013 declaró un comisionado la presencia de niños/as en el predio, que las personas son migrantes (de nacionalidad boliviana); informó que hay presencia de la infantería en el predio. Con la misma fecha la fiscalía ofició al equipo técnico para que realice un informe, del cual se leía que «probablemente va a corresponder dictar un desalojo preventivo». El 07/05/2013 se ofició a la comisaría nuevamente para que se intensifique el patrullaje. El 09/05/2013 cambió la fiscalía por apartamiento del Fiscal original por amistad con el abogado querellante. Intervino una nueva Fiscalía de Instrucción. El mismo día se ofició a medios de comunicación he-

⁴⁵ Siglas de Administración Federal de Ingresos Públicos.

gemónicos (Canal 10, Canal 12, Canal 8, La Voz del Interior y Cadena 3) solicitando envíe fotos de las marchas realizadas en virtud del conflicto a los fines de poder identificar a los/as participantes y se ofició a la comisaría para que mantengan libre de ocupantes la zona donde pasa un gasoducto de Ecogas. El mismo día, el Fiscal rechazó presentación de abogados de la ONG «Encuentro de organizaciones» (EO) por no pesar sobre ellos imputación alguna⁴⁶. En la misma fecha el Secretario de Políticas Sociales, Cooperativas y Mutuales del Ministerio de Desarrollo Social de Córdoba se presentó como tercero interesado. Además, se dispuso la intervención del equipo técnico del fuero penal a los fines de coordinar con el Ministerio de Desarrollo de la provincia, acciones conducentes a la reubicación de los grupos en condiciones dignas y legales. El 10/05/2013 se ofició a Ecogas para solicitar que se demarque el gasoducto de alta presión que se encuentra allí. El mismo día se ofició a la Inspección de Personas Jurídicas (IPJ), AFIP y a la Secretaría Provincial de políticas sociales, cooperativas y mutuales del Ministerio de Desarrollo Social para que informen si se encontraba inscripta la ONG «Encuentro de Organizaciones» (EO), e informen su objeto social (es la organización a la que pertenecen los/as abogados/as defensores). También el 10/05/2013 se ofició a la co-

⁴⁶ La presentación de los mismos estaba fundamentada en expresiones públicas realizadas desde el Ministerio de Desarrollo Social. De una entrevista realizada a uno de los abogados defensores, surgió que «(...) una de las estrategias fue acusarnos a nosotros, los abogados. Incluso con una denuncia que nunca prosperó... a través del propio ministro de Desarrollo Social, Passerini, denunciaba a los abogados por una posibilidad que exista un delito, no solo que no existía delito, sino que nunca fuimos llamados a declarar. Esa denuncia quedó archivada... no solo alcanzaba con denunciar y acusar a los que ocuparon por una necesidad grande, sino que parte de la estrategia era denunciar y acusar a quienes ejercemos el derecho a trabajar, que es ser defensores como abogados de estas personas que estaban siendo denunciadas y acusadas, y eso en ninguna parte después figuró, sólo quedó en la opinión pública que habían sido acusados los abogados (...)» Dassano, M. y Gómez Pascale, P. «Piedra Blanca por el derecho a la comunidad», ECOS Córdoba, Informe, 14 de octubre de 2014, Disponible en: <http://ecoscordoba.com.ar/piedra-blanca-por-el-derecho-a-la-comunidad/>.

misaría solicitando que se impida la realización de actividades de construcción, plantación y manipulación (medida de no innovar). El 12/05/2013 un comisionado declaró que fue a preguntar por integrantes del EO y los/as ocupantes informaron que dos de ellos son sus abogados, y que los/as ocupantes no responden a nadie. El 13/05/2013 declaró un comisionado que encontró una página de internet de la organización EO, que defienden a la gente de la toma y de otras tomas de la provincia. El 15/05/2013 se ofició al equipo técnico del fuero penal para que informe sobre medidas asistenciales y protectoras de los grupos vulnerables. El 16/05/2018 se oficia al Ministerio de Desarrollo Social para que informe las mismas medidas. El 17/05/2013 se decretó la prueba propuesta por v1 y citaron a los testigos propuestos por éste. El mismo día declaró un comisionado que las personas ocupantes respetan el radio demarcado por Eco-gas. El 27/05/2013 se incorporó un informe del Equipo Técnico del Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, en el cual se afirmaba que «se observaron 35 familias, 35 construcciones precarias, que hacen fogatas por bajas temperaturas, viven en malas condiciones y con imposibilidad de acceder por otra vía a terreno y casa para su familia, actuaron bajo la convicción de que no tenía dueño, que se organizan para facilitarse servicios indispensables, hay menores de edad escolarizados, son un grupo altamente vulnerable»; se individualizó a las familias y terrenos. El 29/05/2013 decretaron orden de allanamiento, sin especificar qué se debía buscar, solicitaron se identifique a los/as ocupantes del predio. El 03/06/2013 acta de allanamiento: un comisionado policial identificó ocupantes del predio y se secuestraron carteles. El 04/06/2013 decretaron la imputación a las personas mayores de edad identificadas. El 06/06/2013 primera acta de imputación, no notificaron el hecho, solo el tipo penal de usurpación, sin presencia del abogado defensor. El 19/06/2018 se propuso abogado defensor para los/as imputados/as, la defensa solicitó se fije fecha para la declaración de los/as mismos/as. El 28/06/2013 se incorporó un informe social del cuerpo técnico del Poder Judicial que establecía que había móviles

policiales rodeando la zona impidiendo la entrada y salida de los/as residentes, que no pudieron ir a trabajar ni ir a la escuela por ello. El 08/07/2013 Fiscalía hizo lugar *oportunamente* a la solicitud de la defensa; no fijó fecha de declaración de las personas imputadas. El 29/07/2013 no se hizo lugar al pedido de copias del expediente que realizó la defensa porque no habían declarado todas las personas imputadas.

El 20/11/2013 se dictó el desalojo en el plazo de 72 horas, bajo apercibimiento de lanzamiento. El 22/11/2013 se hizo lugar a la solicitud de copias del expediente por parte de la defensa.

En los meses subsiguientes, respecto del litigio, continuaron los oficios a la comisaría a los fines de asegurar la presencia policial en el terreno y dar cumplimiento a la medida cautelar de no innovar (no continuar construyendo, lo que en los hechos se traducía muchas veces en el impedimento de ingreso de alimento, agua, abrigo, etc.).

Con fecha 18/03/2014 la Fiscal consideró que la IPP estaba terminada, realizó la requisitoria fiscal a los fines de elevar la causa a juicio. Ante ello, la defensa se opuso junto a otras pretensiones: la de declarar la nulidad de la presencia de dos querellantes particulares aduciendo tener derechos sobre el terreno en disputa, la falta de participación de un Asesor Letrado que represente los 107 niños, niñas y adolescentes que vivían en la toma. Los planteamientos se resolvieron 5 meses después, con fecha 20/08/2014, cuando Juzgado de Control resolvió hacer lugar a la oposición de la defensa respecto de la elevación a juicio y reenviar la causa a fiscalía para proseguir con la investigación, pues los modos comisivos no se encontraban probados.

- Imputados/as - defensa: el 06/05/2013 se planteó un habeas corpus preventivo, manifestando hostigamiento de la policía sin directivas. La Fiscalía de Instrucción, ordenó intensificar patrullaje. El 10/05/2013 presentación de abogados del EO donde solicitaban entrevista con el Fiscal para comentar la situación de intento de desalojo sin orden judicial e informaban que habían concertado una futura reunión con el Ministerio de Desarrollo Social por la problemática habitacional. El 15/06/2013 propu-

sieron abogado defensor y solicitaron se fije fecha para declaración de los/as imputados/as; 15 miembros de la toma solicitaron ofrecer prueba; pusieron en conocimiento el impedimento de continuar la toma pacíficamente debido al impedimento de ingresar agua y alimentos y a la destrucción de viviendas por parte de la policía. El 29/07/2013 formularon oposición al decreto que omite fijar fecha para tomar declaración indagatoria. El mismo día declaró la primera imputada (se abstiene de prestar declaración hasta que se levante el secreto de sumario, solicitaron copias de la causa). Del 30/07/2013 al 01/08/2013 declararon cuatro imputados/as, nombraron testigos. El 01/08/2013 nuevamente, solicitaron copias de la causa (no hacen lugar). Del 02/08/2013 al 29/09/2013 declararon 19 imputados/as, todos/as niegan el hecho y se abstienen de prestar declaración atento a que no tenían acceso al expediente. El 22/11/2018 reiteraron solicitud de copias (la Fiscalía hace lugar y autoriza las copias).

Cabe aclarar que, si bien en sede penal no se discute sobre la titularidad de los bienes inmuebles, en el caso en estudio no está claro de quién es el terreno. Para que se justifique la intervención del derecho penal (según el principio de *última ratio*) debió probarse alguno de los modos comisivos tipificados en el Código Penal, y, en caso de no existir, al tratarse de un mero conflicto de posesiones, debió acudir a sede civil. Observamos que en el expediente hay escasa prueba vinculada a acreditar el modo comisivo exigido por el tipo penal de usurpación, lo que debió ser el punto central de la IPP. Existe prueba en el expediente que evidencia unclaro desvío de los fines de la IPP (como los oficios a la IPJ), que se basa en los prejuicios de los operadores jurídicos que dirigen la investigación. Los y las imputadas tuvieron acceso a la causa más de siete meses después de su inicio, solicitaron copias del expediente en reiteradas oportunidades, se las negaron aduciendo cuestiones formales de procedimiento, afectando el derecho de defensa en el diligenciamiento de la prueba e impidiendo ingresar prueba de descargo; la presencia policial en el terreno fue considerablemente anterior a que las familias ocupantes supiesen qué es lo que se estaba investigando (destacamos la cantidad de oficios diligenciados a la comisaría solici-

tando presencia policial en el predio, previo a citar a los/as ocupantes). Por otra parte, observamos una persecución a la organización que nuclea a los abogados y abogadas defensoras. En todos estos aspectos se observan las lógicas de indagación atravesadas por la prueba de fuerza. Estos indicios nos hacen sospechar que se está utilizando al derecho penal como una herramienta para construir fortalezas y defender privilegios.

Temporalidad

En este punto, advertimos que los tiempos de la IPP junto con los tiempos de las dos supuestas víctimas constituidas en querellantes particulares, y los tiempos de las personas ocupantes, luego imputadas, van por cuerdas separadas. Así, la IPP comenzó sin anunciar a los/as imputados/as sobre el hecho por el que se los/as investigaba, con notas en los medios de comunicación acerca de posibles imputaciones a los abogados defensores, en virtud de una denuncia penal realizada por parte desde el Ministerio de Desarrollo Social. La presencia policial en el terreno en conflicto fue permanente, existieron hostigamientos por parte del cuerpo de seguridad, lo que dio lugar a la presentación de un *habeas corpus* preventivo, el cual fue desestimado por no encontrarse imputados/as en aquel momento las personas de la toma. Esto permite sostener que la prueba fue diligenciada sin control alguno por parte de la defensa. En Piedra Blanca, en ese periodo, se recibían de manera permanente a policías comisionados por la Fiscalía a los fines de averiguar la identidad de los/as sospechados/as, la situación de la toma, se entrevistaba a sus vecinos/as, sin que su defensa pudiera conocer el cuerpo del expediente y menos aún solicitar medidas probatorias de descargo.

Las declaraciones de las personas imputadas comenzaron casi cuatro meses después de la denuncia⁴⁷, incluso se dictaron medidas cautelares antes de que éstas pudieran acceder al expediente⁴⁸. Esto significa que luego de que la IPP estuviera casi completa (con fecha 18/

⁴⁷ El 29/07/2013 declaró la primer imputada, y la IPP comenzó el 06/04/2013.

⁴⁸ El 06/05/2013 se solicitó patrullaje y presencia policial permanente en la toma, el 10/05/2013 se decretó una medida de no innovar que impedía ingresar materiales

03/2014 la Fiscal solicitó la elevación de la causa a juicio, luego desestimada por el Juzgado de Control), es que las personas imputadas y sus abogados tuvieron acceso a la causa (con fecha 22/11/2013), a pesar de haberlo solicitado en reiteradas oportunidades.

Según la prueba detallada en el punto anterior, el desalojo se dictó con anterioridad (20/11/2013) a la fecha en que se otorga por primera vez acceso a copias del expediente a la defensa (22/11/2013) que fue siete meses después del inicio de la investigación, y con la toma concluida *en la práctica*, debido al hostigamiento policial y a la imposibilidad de seguir habitando el predio por condiciones máximas de vulnerabilidad social; lo que entendemos constituyó una clara violación del derecho de defensa. Los plazos transcurrieron de formas distintas para las partes del proceso, y la más perjudicada resultó ser la parte más vulnerable que no cuenta con los medios ni los recursos con que contaba el Estado para llevar a cabo la IPP.

En análisis de lo anterior, la noción de *habitus* resulta relevante, en tanto permite observar prácticas dentro del procedimiento judicial que no son el producto de la obediencia a reglas, a fin de caracterizar las lógicas del proceso judicial. La noción de *habitus* refleja prácticas que, en este caso, si bien están regladas por normas de procedimiento y plazos, toman una fisonomía particular dentro de la reglamentación, por ejemplo, el ejercicio de defensa a la luz de una extrema dilación temporal.

Objetivo de la investigación

El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (en adelante CPP) establece que el objeto de la IPP es el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva⁴⁹. En la causa en análisis se advierte el desvío de este fin, con la clara intención de *excluir* a las personas de la toma y la persecución a organizaciones sociales y abogados. Cuenta de ello dan las manifestaciones públicas del Ministerio de

y realizar construcciones en la zona, el 03/06/2013 se ordenó allanamiento sin especificar lo que se buscaba, el 06/06/2013 se efectuó el allanamiento, se identificaron ocupantes y secuestraron carteles.

⁴⁹ Véase art. 303, CPP.

Desarrollo Social y los oficios a la IPJ, al Colegio de Abogados, y a los medios de comunicación solicitando imágenes de las marchas realizadas por las personas ocupantes.

La IPP, cuya lógica de indagación debe centrarse en la determinación de si existe o no delito (investigar acerca de los elementos constitutivos del tipo de la usurpación) y en la participación de las personas sospechadas; sin embargo, observamos en la práctica, que la investigación evidenció ser una mera prueba de fuerza, una indagación administrativa sobre la persona jurídica de la organización que nuclea a los abogados defensores, y sobre la persona de los/as imputados/as.

En este sentido, el Secretario de Políticas Sociales, Cooperativas y Mutuales del Ministerio de Desarrollo Social, fue llamado a intervenir en el proceso para ofrecer soluciones alternativas para la problemática habitacional de las personas que habitaban la toma, expresó (fs. 358 a 360), luego de hacer juicios respecto al accionar violento e intimidatorio de las personas ocupantes, que

Las acciones llevadas a cabo por las familias ocupantes están bajo el asesoramiento de la entidad autodenominada 'Encuentro de Organizaciones', y dos supuestos letrados... La actitud asumida por esta organización, implica la utilización de grupos vulnerables que, llevando a los mismos a la ilegalidad, usurpando o poseyendo tierras no aptas para su urbanización, conforman un tenso clima social.

Luego, el Secretario manifestó que el Ministerio tiene programas de acceso al suelo urbano dentro del marco legal, y que no avala ni acepta acciones fuera del marco de la legalidad, «máxime cuando éstas son fomentadas por supuestos abogados, mal informando, utilizando las necesidades de las familias usurpadoras, y dando falsas soluciones sociales sobre la base de la intimidación (...)». Finalizó solicitando que se investiguen los hechos.

Destacamos que la intervención y el diálogo con otros poderes del Estado en una causa judicial no es común. En este caso, debido a los informes de trabajadores/as sociales, se constató la vulnerabilidad extrema de las personas sometidas a proceso, y se ofició al Ministerio de Desarrollo para que ofrezca medidas alternativas. Nada de esto suce-

dió, sino que la presentación del Secretario de Políticas Sociales se limitó a una intervención formal, donde nombró genéricamente la existencia de programas de acceso al suelo para personas vulnerables, no ofreció alternativas concretas ni inició trámites para garantizar el acceso efectivo. Por si fuera poco, contribuyó al hostigamiento y a la persecución de los abogados y a reforzar los prejuicios respecto de las personas ocupantes y de las organizaciones sociales. Una vez más, se presenta una lógica de indagación como prueba de fuerza, a través de una investigación guiada por los prejuicios de los/as funcionarios/as encargados de dirigirla.

Impermeabilidad

El concepto de impermeabilidad refleja la manera en que distintas medidas tomadas en la causa y directivas dadas, no se hacen evidentes en el expediente, o no lo hacen de manera expresa. Si bien del cuerpo del expediente surge la incorporación de documentos que dan cuenta de la conflictividad social de la toma, éstos no reflejan en su totalidad lo que sucede en el conflicto social, o no reflejan el impacto en el campo social del conflicto que tiene una medida tomada en el ámbito jurídico. Cuando se *traduce* el conflicto al campo jurídico, algo se pierde. Una clara representación de esto son aquellos casos en que se ordenan las distintas medidas cautelares. En el expediente observamos que en dos simples renglones de un decreto se dictan medidas tales como la prohibición de ingresar materiales de construcción o la permanente vigilancia policial del lugar, y lo que eso implica en el campo del conflicto es grave, ya que modifica significativamente la posición de los actores. Hay algo que se está omitiendo en lo que queda plasmado en el documento a la hora de dictar una medida: *el impacto*.

Con esto no queremos afirmar que esta omisión es necesariamente intencional, sino que más bien consideramos que se trata de burocracias judiciales automáticas, que se plasman en la utilización de una serie de procedimientos que reproducen el campo jurídico⁵⁰. Sin

⁵⁰Cravino, C., «Poder judicial y ocupaciones de suelo en Buenos Aires», *Revista Direito e Práxis*, 7 (14), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2016, p. 485.

embargo, nos resulta alarmante que de la revisión del expediente no surjan las consecuencias prácticas.

Presencia policial

Suele pensarse que, si existe una resolución favorable a una de las partes del conflicto, esta lo ha ganado. Incluso en casos como el que se analiza, en que las partes no se encuentran en paridad de condiciones, generalmente un fallo judicial a favor de la comunidad eleva considerablemente la fuerza y el poder de negociación de la parte más débil⁵¹. Pero en este caso hubo una sentencia que podría entenderse como favorable (una resolución que primero determina que no es delito lo que se investiga, y luego una sentencia de sobreseimiento). Sin embargo las familias fueron excluidas del territorio, incluso antes de que se dicte el sobreseimiento.

Consideramos que en el expediente hay evidencia documental de cuál fue ese punto de quiebre, y no fue un hecho aislado, sino una situación que se dio a lo largo de todo el desarrollo de la causa: la presencia/hostigamiento policial autorizado o requerido por oficios solicitantes de la Fiscalía. A continuación analizamos de dónde surge esta hipótesis, a saber:

- El 03/05/2013 (a menos de 10 días de formulada la denuncia) la Fiscalía ofició a la comisaría y ordenó intensificar patrullaje en la zona.
- El 06/05/ 2013 un comisionado informó que había presencia de Infantería en la zona.
- El 06/05/2013 la defensa presentó un *hábeas corpus* preventivo, solicitando el cese del hostigamiento policial que se ejercía sin directivas ni orden judicial que lo respalden. La Fiscalía lo denegó y solicitó intensificar el patrullaje.
- El 07/05/2013 volvió a solicitarse la intensificación del patrullaje en la zona.

⁵¹ Sabatini, F., *op. cit.*, p. 85.

- El 10/05/2013 la Fiscalía solicitó mantener la custodia policial evitando actividades de construcción, plantación y manipulación (medida de no innovar).
- El 27/05/2013 se incorporó un informe del equipo técnico de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, que expresaba que había personal policial apostado las 24 horas.
- El 13/06/2013 se incorporó una nota periodística, donde se entrevista a los abogados defensores, la cual da cuenta del asedio y amedrentamiento policial, afirmaba que se habían desmantelado viviendas sin orden de desalojo:

En el caso de la toma de tierra acaecida en Piedra Blanca, el Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, presentó el día de ayer, jueves 9 de mayo de 2013, en Tribunales Provinciales, una grave denuncia penal contra los abogados defensores de los ocupantes (...) se comunican los compañeros avisando que la policía les estaba pidiendo que se retiren, porque ellos tenían la orden de desalojar. Nos apersonamos acá (abogado defensor en la toma) le pedimos al comisario que nos muestre la orden (de desalojo) no tiene ninguna orden (...) se apersonaron en horas del mediodía efectivos de la policía provincial y guardias de infantería, y desalojaron a un tercio de las familias que allí se encontraban, sin presentar ninguna orden escrita de desalojo (...) Luego de la tensión vivida hasta cerca de las nueve de la noche intervino la comisaría de Alta Gracia que se comunicó con la Dirección provincial para calmar esta situación y convocar a una reunión a la que concurriríamos con referentes de la zona. La Unidad judicial, anunciada del accionar policial recomendó al cabo mayor XXX a cargo del operativo que no actúe más (...) en estos momentos se encuentra numeroso personal policial rodeando el predio (...)⁵².

⁵² Si bien en la causa figuran cuatro notas de Indymedia, en internet solo se encuentra disponible la siguiente: <http://archivo.argentina.indymedia.org/print.php?id=837928>. Sin embargo, estos hechos son de público conocimiento, cualquier búsqueda rápida en internet ofrece numerosos resultados de artículos periodísticos relacionados al conflicto.

- El 28/06/2013 se incorporó un informe social del cuerpo técnico del poder judicial del cual surgía que la zona se encuentra con presencia de móviles y efectivos que rodean el predio e impiden la entrada y salida de las familias que residen allí, quienes debido a esta situación no pudieron cumplir sus obligaciones laborales y escolares.
- El 21/08/2013 se incorporó un informe de la policía de Despeñaderos que informaba que entraron al predio para hacer cumplir la medida de no innovar dictada.

A nuestro entender y observando la consecución de los hechos descriptos, las fuerzas policiales son una representación palpable del uso de la coacción estatal para la finalización de conflictos, generando una sensación de control permanente, disciplinamiento y temor a través del uso de la violencia física y simbólica. Entonces, que el accionar de la policía haya sido lo que determinó en gran medida el resultado del conflicto demuestra que su participación fue más allá de la indagación de la existencia del delito y la participación de las personas imputadas en la comisión del mismo. La participación policial descrita demuestra la fluctuación entre lógicas de indagación requeridas por la ley y lógicas de indagación que responden a una prueba de fuerza.

Visibilidad documental del conflicto social

El hecho de que el conflicto se encuentre manifiesto en el documento del expediente se encuentra en parte vinculado con lo expresado en el punto anterior. Es posible observar esta situación a través de la incorporación de notas periodísticas, de informes sociales y de los distintos oficios a los medios de comunicación. Es decir, de alguna manera, todas esas cuestiones que suelen considerarse exentas de lo estrictamente jurídico, sí surgen del expediente y sí es posible divisar, o aunque sea predecir, el devenir del conflicto en el campo socio-político. Estas cuestiones no forman parte de lo *no dicho o lo oculto* en el campo jurídico. Hay incluso delitos que se hacen explícitos por la incorporación de determinada documentación al expediente, por ejemplo, las

medidas persecutorias a los abogados defensores y a las organizaciones sociales y las medidas policiales represivas, hechos de los cuales no derivaron investigaciones (penales) posteriores. Tal como afirma Cravino,

pensando desde la productividad social del conflicto se observa una tendencia a la penalización de las ocupaciones con despliegues acusatorios propios del mundo del delito vinculado a la seguridad, negando la dimensión social y política de los hechos. El margen de tolerancia a las ocupaciones se estrecha, aun cuando no hay respuestas a las necesidades de hábitat de los grupos vulnerados⁵³.

Hay entonces visibilidad de la conflictividad social, aunque sea indiciaria u oculta en las burocracias judiciales automáticas. Sin embargo, es notable que de esta visibilidad no se da cuenta en las principales resoluciones de la causa, sino que solo puede observarse cuando se entra a analizar en profundidad el cuerpo completo del expediente.

VII. Conclusión

Del análisis del expediente pudimos extraer que la mayor parte de la prueba incorporada surge de las actuaciones de los querellantes particulares y de las directivas de la Fiscalía. A este hecho se suma que la participación de las personas imputadas fue dilatada en el tiempo por medio de las burocracias judiciales y acompañada de la sofocante presencia policial en el terreno en disputa. Sin embargo, el expediente y las resoluciones judiciales parecieron estar ajenas a la relevancia de esta presencia en el territorio, al no tomarse ninguna medida de protección sobre las personas ocupantes.

El Ministerio Público Fiscal puede incidir en los hechos que investiga, aunque en el derecho se alcance otra solución. Esta causa, a pesar de las resoluciones favorables del Juzgado de Control, se resolvió en la IPP, con una suerte de Fiscal - Juez, pues sus decretos determina-

⁵³ Cravino, C., *op. cit.*, p. 483.

ron en la práctica el resultado del conflicto, independientemente de lo que pueda haber sucedido como resultado jurídico de la controversia.

Consideramos que estos hechos contribuyen a comprender, en el caso bajo análisis, el desfase entre la sentencia favorable y la resolución de las familias de abandonar el predio (por exclusión). Se trata de circunstancias concretas, prácticas, que permiten observar que, aun cumpliendo con el procedimiento legal, el procesamiento del conflicto se desplaza hacia una mera lógica de prueba de fuerza, o fluctúa constantemente entre las dos lógicas de indagación. En última instancia, estas circunstancias ejemplifican la productividad social del conflicto y la distancia entre el mundo del litigio y el mundo del conflicto. El procesamiento del conflicto llevó a la finalización del mismo a través de la utilización de mecanismos que van más allá de los previstos por las normas escritas que regulan la IPP, sin que haya habido una composición de los intereses en juego, sino más bien una protección de privilegios previamente existentes, con un *valor discursivo* que se extiende más allá de este conflicto concreto.

En relación a la situación actual de las familias que formaron parte de la comunidad Piedra Blanca, algunas de ellas permanecen viviendo a unos pocos kilómetros de donde se encontraba la toma, sin que el Estado haya otorgado una solución integral a su problemática de vivienda. El terreno donde permanecieron durante el conflicto se encuentra desocupado. Fruto de la organización y unión que surgió en la comunidad de Piedra Blanca en los tiempos del conflicto, muchas de las mujeres de dichas familias, con apoyo de organizaciones sociales, formaron una cooperativa conocida como «Gallo Rojo», de cría de pollos agroecológicos, apostando a la autonomía económica y soberanía alimentaria. Es decir, frente a un Estado que decide no dar soluciones, han encontrado alternativas a su problemática socioeconómica a través de la autogestión y el cooperativismo.

Referencias bibliográficas

- Azuela, A., «Introducción», en Azuela, A. y Cancino, M.A. (coord.), *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*, México, INK, 2014, pp. 7-25.

- Azuela, A., «Conflictos urbano-ambientales en América Latina», *América Latina en Movimiento*, 497, 2014. Disponible en: <https://www.alainet.org/es/active/75657>
- Azuela, A. y Cozacov, N., «Transformaciones urbanas y reivindicaciones ambientales. En torno a la productividad social del conflicto por la construcción de edificios en la ciudad de Buenos Aires.», *Eure*, 39 (118), 2013, pp. 149-172.
- Azuela, A. y Mussetta, P., «Quelque chose de plus que l' environnement. Conflits sociaux dans trois aires naturelles protégées du Mexique». *Problèmes d'Amérique Latine*, 70 (4), 2008, pp. 13-39, doi:10.3917/pal.070.0013.
- Banderas Martínez, C., «Pragmática del discurso jurídico. Análisis de la estructura argumentativa en un texto de los papeles del derecho de la Real Audiencia de la Nueva Galicia», *Sincronía* [en línea], 2012. Disponible en: <https://www.redalyc.org/html/5138/513851805009/>
- Barrera, L., «La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 2009, pp. 221-240. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica09.pdf
- Barrera, L., *La corte Suprema en escena: Una etnografía del mundo judicial*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- Bourdieu, P., «Elementos para una sociología del campo jurídico» en Bourdieu, P., *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá, 2005, pp. 155-220.
- Bourdieu, P., *El sentido práctico*, Siglo XXI, Argentina, 2007.
- Cafferata Nores, J.I. (et. al.), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Advocatus, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012.
- Coslovsky, S., La resolución de conflictos por el uso del suelo en Sao Paulo, Working Paper, Institute Lincoln of Land Policy, 2015. Disponible en: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/2531_1871_Coslovsky%20WP15SC1SP.pdf

- S. Pezzano, F. Pasquale y M. Vereda Lógicas de indagación judicial y juridificación...
- Cravino, C., «Poder judicial y ocupaciones de suelo en Buenos Aires», *Direito e Práxis*, 7 (14), Universidade do Estado do Río de Janeiro, Brasil, 2016, pp. 454 - 491.
- El Llano en Llamas, «Tomas de tierras en la Provincia de Córdoba», Informe Preliminar, 2013. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B3q1pGtgs3UDLUhhNHVINIY2VWs/view>
- Foucault, M, *El orden del discurso*, La Piqueta, Madrid, 1996.
- Morales de Setién Ravina, C., «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Estudio preliminar» en Bourdieu, P., *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá, 2005, pp. 13-80.
- Sabatini, F., «Conflictos ambientales y desarrollo sustentable de las regiones urbanas», *Eure*, 22 (68), Santiago de Chile, 1997, pp. 77-91.
- Vereda, M., Pezzano, S. y Pasquale, M. F., «Derecho Penal y Crisis Habitacional en Córdoba: análisis de casos en la jurisprudencia local», *Crítica y resistencias*, 6, 2018, pp. 89-108. Disponible en: https://www.academia.edu/37640419/Derecho_y_Control_problema%20Altiticas_espec%20Adficas._An%20Alisis_jurisprudencial
- Wacquant, L. y Bourdieu, P., *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo XXI, Argentina, 2014.
- Dassano, M. y Gómez Pascale, P. «Piedra Blanca por el derecho a la comunidad», ECOS Córdoba, Informe, 2014. Disponible en: <http://ecoscordoba.com.ar/piedra-blanca-por-el-derecho-a-la-comunidad/>

Legislación

- Congreso de la Nación Argentina (29 de octubre de 1921). Código Penal Argentino. [Ley 11.179, 1921, t.o.1984].
- Legislatura de la Provincia de Córdoba (5 de diciembre de 1991). Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. [Ley 8.123, 1991].

Jurisprudencia

- Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. N° 238, *Gualda, Jorge Alberto p.s.a. usurpación, etc.*, 26/08/2008, Expte G-18/07.
- Juzgado de Control y Faltas N° 4, A. I. N° 190, *Acuña, Paulina y otros p.ss.aa Usurpación*, 20/08/2014, Expte. 1393805.
- Juzgado de Control y Faltas N° 4, A.I. N° 315, *Acuña, Paulina y otros p.ss.aa Usurpación*, 13/11/2014, Expte. 1393805.
- Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sent. N° 17, *Álvarez, Marcos Martín y otros p.ss.aa. Usurpación – Recurso de Casación*-, 15/02/2017, Expte. N° 2181627.

Labor realizada

I. Año 2016

Reunión Preliminar: 12/05.

Primera sesión: 19/05.

Expositor: Claudio Agüero (invitado).

Tema: Realización de entrevistas.

Segunda sesión: 31/05.

Expositor: Federico Arena.

Tema: Perfiles criminales.

Textos:

1. Schauer, Frederick; «Profiles, Probabilities and Stereotypes».
2. Centeno, Luis Fernando; «Manual de Perfiles».
3. Rudovsky, David; «Law enforcements by stereotypes and serendipity: racial profiling and stops and searches without cause».

Tercera sesión: 14/06:

Expositora: Valentina Risso.

Tema: Discusiones sobre la Pena de Prisión Perpetua.

Textos:

1. Juliano, Mario Alberto y Ávila, Fernando; «Contra la prisión perpetua: una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad».

Cuarta sesión: 28/06.

Expositor: Hernán Bouvier.

Tema: Derechos laborales y Sindicalización de la Policía.

Textos:

Derecho y Control (2)

1. Ferrer, Juan Ignacio; «La Ley 'Le Chapellier', con acento cordobés». Nota al Fallo Reartes.
2. Fallo «Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Apelación - Expte. N° 1321645/36»
3. Ley N° 10197. Control Ciudadano de la Policía de la Provincia de Córdoba.
4. Poema de Pier Paolo Pasolini «Estudiantes, los odio».

Quinta sesión: 12/07.

Expositora: Florencia Pasquale.

Tema: Conjuntos Inmobiliarios.

Textos:

1. Alterini, Jorge; «Nuevo Código Civil y Comercial Comentado»; Título VI «Conjuntos Inmobiliarios».
2. Harvey, David; «Ciudades Rebeldes: del Derecho a la Ciudad a la Revolución Urbana»; Cap. 3 «Bienes Comunes».

Sexta sesión: 9/08.

Expositora: Samanta Funes.

Tema: Género y Derecho.

Textos:

1. Vaggione, Juan Marco; «La Cultura de la Vida. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos».
2. Facio, Alda y Fries, Lorena; «Género y Derecho».

Séptima sesión: 23/08.

Expositora: Valeria Plaza.

Tema: Análisis de la Policía.

Textos:

1. Brodeur, Jean Paul; «Las caras de la policía».
2. Monjardet, Dominique; «Lo que hace la policía».

Octava sesión: 6/09.

Expositora: Belén Gulli.

Tema: Salud Mental y Derecho.

Textos:

1. Auto Cam. de Acus. de Cba., A.I. 295, 3/06/2016, «Castro, Guillermo Armando – Suplicatoria de internación provisional – Expte. N° 2667459».
2. Kemelmajer de Carlucci, Aída; «Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código».
3. Krauth, Alfredo; «El instituto de la internación como derecho en el Proyecto del Código Civil y Comercial».

Novena sesión: 20/09.

Expositora: Romina Lerussi.

Tema: Educación Legal.

Textos:

1. Benente, Mauro; «Derecho y Derecha. Notas sobre la enseñanza del derecho».

Décima sesión: 4/10.

Expositora: Sofía Pezzano.

Tema: Derecho a la Ciudad. Estrategias de las Empresas Inmobiliarias.
Textos:

1. Capdevielle, Julieta; «Los grupos desarrollistas y su incidencia en el espacio urbano de la ciudad de Córdoba, Argentina (1990-2013)».
2. Salguero Myers, Katrina; «Segregación urbana y reproducción del capital. El caso de la Ciudad de Córdoba (2003-2013), sus transformaciones físicas y las experiencias sociales posibles»

Undécima sesión: 18/10.

Expositora: Daniela Domeniconi.

Tema: Individualización de la Pena.

Textos:

1. Fallo Tribunal Oral en lo Criminal n°1 de la ciudad de La Plata «Córdoba, Luis Jaime p.s.a. comercialización de estupefacientes, Expte. n° 1961/5141, 10/052016».
2. Lista, Carlos; «La Individualización Judicial de la Pena».

Duodécima sesión: 1/11.

Expositora: Luciana Muñoz.

Tema: Código de Faltas de San Juan.

Textos:

1. De Giorgi, Alessandro; «El gobierno de la excedencia».
2. Tiscornia, Sofía; «Entre el Imperio del Estado de Policía y los límites del derecho».
3. Juliano; Mario Alberto; «Justicia de Faltas o Falta de Justicia».

Decimotercera sesión: 15/11.

Expositora: Magalí Vereda.

Tema: Tomas de tierras.

Textos:

1. Entrevista a Porto-Gonçalves, Carlos Walter; Geo Graffas.
2. Informe de Tomas de Tierras en la Provincia de Córdoba del Llano en Llamas.
3. Auto Juzgado de Control y Faltas N° 4; A. I. N° 190, 20/08/2014, «Acuña, Paulina y otros p.ss.aa Usurpación - Expte. N° 1393805».

Sesiones extraordinarias: 25/11 y 26/11.

Segundo encuentro de Grupos, Programa «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales», Río Ceballos, Córdoba, Argentina.

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).

Exposición del trabajo realizado durante el período 2016.

II. Año 2017

Reunión Preliminar: 7/03.

Primera sesión: 18/04.

Expositora: Melina Alzogaray (invitada).

Tema: metodología de la entrevista, experiencias en proyectos «Memo-

ria migrante: Sangre y Sol», «Las Patronas y las Monarcas», «Proyecto Museo Carrillo Gil», entre otros.

Segunda sesión: 9/05.

Expositor: Juan Martín Hissa (invitado)

Tema: Asentamientos, conflictos de tierras en la provincia de Córdoba, acciones posesorias y reivindicatorias.

Tercera sesión: 16/05

Expositora: Consuelo Beltrán (invitada).

Tema: Prisionización, impacto psicológico de los contextos de encierro, ejecución de pena privativa de libertad.

Cuarta sesión: 6/06.

Expositora: Lorena Sosa (invitada).

Tema: Género y derecho. Marcos normativos de género y desigualdad estructural.

Quinta sesión: 13/06.

Expositoras: Julieta Capdevielle y Mercedes Ferrero (invitadas).

Tema: Conflictos por el espacio urbano, estrategias de las empresas inmobiliarias, luchas por el control del espacio de las ciudades.

Sexta sesión: 27/06.

Expositora: Natalia Monasterolo (invitada).

Tema: Salud mental y derecho.

Séptima sesión: 29/07.

Encuentro de debate de textos de dogmática, Mendiolaza, Córdoba.

Sesión extraordinaria: 29/08.

Programación segundo semestre. Agenda de próximos eventos.

Sesiones extraordinarias: 14/09 y 15/09.

Workshop «Seguridad, policía y democracia desde las provincias: investigaciones y desafíos». En CIECS - CONICET.

Derecho y Control (2)

Expositores: Marcelo Saín y Mariana Galvani.

Sesión extraordinaria: 24/10

Planificación y cronograma.

Octava sesión: 31/10.

Expositora: Marissa Fassi (invitada).

Tema: Género y derecho.

Sesiones extraordinarias: 24/11 y 25/11

Tercer encuentro de Grupos, Programa «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales», Hotel Villa Los Altos, Río Ceballos, Córdoba, Argentina.

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).

Exposición del trabajo realizado durante el período 2017.

III. Año 2018

Reunión preliminar: 13/03

Primera sesión: 20/03

Expositora: Karin Arbach (invitada)

Tema: psicología criminal, valoración del riesgo, delincuencia juvenil.

Sesiones extraordinarias: 27/07 y 28/08.

Programa «Seminario sobre la forma del derecho de Fernando Atria», Hotel Villa Los Altos, Río Ceballos, Córdoba, Argentina.

Segunda sesión: 18/08.

Primera discusión de los textos del libro «Derecho y Control 2».

Sesión extraordinaria: 4/10.

Expositor: Pierluigi Chiassoni (invitado)

Tema: Tomando el contexto en serio.

Tercera sesión: 20/10.

Segunda discusión de los textos del libro «Derecho y Control 2».

Sesiones extraordinarias: 30/11 y 01/12

Cuarto encuentro de Grupos, Programa «Autonomía, Control y Derechos Fundamentales», Hotel Villa Los Altos, Río Ceballos, Córdoba, Argentina.

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).

Exposición del trabajo realizado durante el período 2018.

