ISSN 2718-6415



REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

AÑO 4 | NÚMERO 7 | DICIEMBRE 2023

SASJu
SOCIEDAD ARGENTINA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

RELADES
RED LATINOAMERICANA DE DERECHO Y SOCIEDAD

POLIEDRO EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

EQUIPO DE TRABAJO

Director Editorial

Germán Silva García

Universidad Católica de Colombia

Arte y Diseño

Soledad Lohlé

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Rector

Enrique Del Percio

Vicerrector de Investigación y Extensión

Jerónimo Biderman Núñez

Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración

Laura Ochoa

ISSN 2718-6415

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica es una publicación editada en forma conjunta por la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín" y la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU).

Dirección: Av. Del Libertador 17.175, Beccar, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Código Postal: 1642

Correo electrónico: relasocju@usi.edu.ar

Web: https://usi.edu.ar/publicaciones/revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/

Autorizada provisoriamente por Decreto PEN Nro. 1642/2012 conforme a lo establecido en el artículo 64 inciso "c" de la Ley 24521.

COMITÉ CIENTÍFICO

Rosembert Ariza Santamaría | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Iordan Gheorghe Bărbulescu | Școala Națională de Studii Politice și Administrative, Rumania

Dayana Lisbeth Becerra Alipio | Universidad Católica de Colombia, Colombia

María Inés Bergoglio | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Julio Bordas Martínez | Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, España

Kerry Lyn Carrington | Queensland University of Technology, Australia

Jorge Enrique Carvajal Martínez | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Ana Milena Coral Diaz | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Angélica Cuéllar Vázquez | Universidad Nacional Autónoma de México, México

Solange Delannoy | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Enrique Miguel Del Percio | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

Martha Díaz de Landa | Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Rubén Hector Donzis | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Julio Echeverría | Universidad Central, Ecuador

María José Fariñas Dulce | Universidad Carlos III, España

Vincenzo Ferrari | Università degli Studi di Milano, Italia

Edmundo Fuenzalida Faivovich | Universidad de Chile, Chile

Laura Cecilia Gamarra Amaya | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Valeria Giordano | Università degli Studi di Salerno, Italia

María Eugenia Gómez del Río | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Alejandro Gómez Jaramillo | Universidad Santo Tomás, Colombia

Manuela Graciela González | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

María José Jiménez Díaz | Universidad de Granada, España

Jairo Vladimir Llano Franco | Universidad Libre de Cali, Colombia

Laura Noemi Lora | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Adriana Mack | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Vera Malaguti de Sousa Weglinski Batista | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Letizia Mancini | Università degli Studi di Milano, Italia

Luis Eduardo Morás | Universidad de la República, Uruguay

Marco Tulio Navas Alvear | Universidad Andina, Ecuador

María Laura Ochoa | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

José Omar Orler | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

Néstor Iván Osuna Patiño | Universidad Externado de Colombia, Colombia

Juan Carlos Oyanedel Sepulveda | Universidad Andrés Bello, Chile

Bernardo Pérez Salazar Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Colombia

María Verónica Piccone | Universidad Nacional de Río Negro, Argentina

Cirus Rinaldi | Università degli Studi di Palermo, Italia

Fernando Rister de Sousa Lima | Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

David Rodríguez Goyes | Oslo University, Noruega

Rafael Rosell Aiquel | Universidad Pedro de Valdivia, Chile

Alejandro Rosillo Martínez | Universidad San Luis de Potosí, México

Olga Luisa Salanueva | Universidad Nacional de La Plata, Argentina

David Sánchez Rubio | Universidad de Sevilla, España

Fulvio German Santarelli | Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín", Argentina

Rene Van Swaaningen | Erasmus University, Países Bajos

Maria Dolores Suárez Larrabure | Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

Doris Jimena Sierra Camargo | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Antonio Tucci | Università degli Studi di Salerno, Italia

Víctor Manuel Uribe Urán | Florida International University, Estados Unidos

Franz Vanderschueren | Universidad Alberto Hurtado, Chile

Roberto Carlos Vidal López | Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

José Vicente Villalobos Antúnez | Universidad de Zulia, Venezuela

Antonio Carlos Wolkmer | Universidade de LaSalle, Brasil

Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo | Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

Daniela María José Zaikoski Biscay | Universidad Nacional de La Pampa, Argentina

ÍNDICE

5. Reflexiones sobre los fines de la pena y las salidas alternas al juicio oral

Bernal Castro, Carlos Andrés y Daza Gonzalez, Alfonso

28. Reflexiones sobre la violencia y el derecho moderno. Hacia un derecho crítico a partir de la exterioridad humana

Girón Mego, Frank David

62. Volver a la verdad procesal

Ara Aimar, Juan Cruz

93. Contrapunto interdisciplinar en la intervención psico-socio-jurídica

Krmpotic, Claudia Sandra y Degano, Jorge Alejandro

113. Innovaciones metodológicas en el estudio de los homicidios en ciudades latinoamericanas: el caso de Montevideo

Donnangelo, Javier

137. La circularidad de los derechos fundamentales: una observación autopoiética

Doederlein Schwartz, Germano André

158. El campo judicial penal y la reforma procesal

Castro de Achával, Matías

191. El Tribunal Constitucional y las Rondas Campesinas del Perú

Peña Jumpa, Antonio Alfonso

219. Políticas económicas de estado: el lugar del derecho en la reestructuración de la deuda subnacional argentina 2001-2010

Manzo, Alejandro Gabriel

263. Indiferenciación y segregación punitiva de la adolescencia en Uruguay: la ley de urgente consideración de 2020

Hernández Carballido, Marcos

297. La Muerte cruzada: ¿dispositivo de gobierno o anomalía institucional?

Echeverría, Julio

BASES Y NORMATIVAS

318. Convocatoria e instrucciones para la presentación de artículos

ANEXO

330. Acta Constitutiva de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)

REFLEXIONES SOBRE LOS FINES DE LA PENA Y LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL

Alfonso Daza González[1]
Código ORCID: 0000-0002-0501-2516
adaza@ucatolica.edu.co

Carlos Andrés Bernal Castro[2]
Código ORCID: 0000-0002-9026-1401
cabernal@ucatolica.edu.co

Resumen

Se analizan en este artículo las leyes y las interpretaciones jurisprudenciales que se han dado en Colombia en torno a los incrementos de penas y frente a las salidas alternas al juicio oral, mediante las cuales se fortalece la función retributiva de la pena y la prevención general negativa, y se afectan, al mismo tiempo, tanto la prevención especial y la solución del conflicto social que genera el delito. En cuanto al tipo de investigación, se trata de una básica jurídica porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica.

Palabras clave: Leyes, jurisprudencia, función de las penas, salidas alternas al juicio oral.

[1] Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Cuestiones actuales del Derecho Español e Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio (España), Especialista y Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre (Colombia), Abogado de la Universidad Libre (Colombia). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; este trabajo pertenece a su grupo de investigación en Conflicto y Criminalidad.

[2] Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás (Colombia) en convenio con la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Santo Tomás (Colombia). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; este trabajo pertenece a su grupo de investigación en Conflicto y Criminalidad. ORCID:

REFLEXÕES SOBRE O OBJETIVO DA SENTENÇA E RESULTADOS ALTERNATIVOS PARA O JULGAMENTO ORAL

Resumo

Este artigo analisa as leis e interpretações jurisprudenciais que ocorreram na Colômbia em relação ao aumento das penas e às soluções alternativas aos julgamentos orais, através das quais se fortalecem a função retributiva da pena e a prevenção negativa geral, e ao mesmo tempo, tanto a prevenção especial. e a solução do conflito social que gera o crime são afetados. Quanto ao tipo de pesquisa, é de base jurídica porque o objeto de estudo é a norma jurídica.

Palavras-chaves: Leis, jurisprudência, função das penas, soluções alternativas ao julgamento oral.

REFLECTIONS ON THE PURPOSE OF THE SENTENCE AND ALTERNATE OUTCOMES TO THE ORAL TRIAL

Abstract

This article analyzes legal and jurisprudential rules given in Colombia to increase punishment and limit alternative exits to trial, through which retribution and intimidation -negative general prevention- are strengthened, affecting resocialization processes -positive special prevention- and impeding solving crime generated social conflict at the same time. Is a basic legal type of research, because law constitutes the object of study.

Key Words: Law, jurisprudence, punishment goals, alternative exits to trial.

1. Introducción

En Colombia, en materia penal y procesal penal, en los últimos años se han realizado diferentes reformas legislativas. Las primeras, se han dirigido a incrementar las penas. Las segundas, lejos de desarrollar el pretendido sistema procesal de carácter acusatorio, se han centrado en limitar o prohibir las salidas alternas al juicio oral.

Al respecto, se debe señalar que el modelo de Estado adoptado por Colombia, como es el Social y Democrático de Derecho, más allá de preocuparse por el incremento de las penas, con un pensamiento centrado estrictamente en las funciones retributiva y preventiva general de la pena, debe centrarse en la protección de la dignidad humana y, con ella, en la resocialización (Silva, 2003). Así mismo, en lo que tiene que ver con el sistema procesal penal, debe centrarse en la solución del conflicto social generado por el delito (Moya, 2018), y por eso debe centrarse, no en limitar las salidas alternas al juicio oral, sino en desarrollarlas.

Con fundamento en lo anterior, el objetivo general de esta investigación es analizar las leyes que se han expedido en Colombia, en materia penal y procesal penal, dirigidas, por un lado a incrementar las penas, y por el otro, a limitar o prohibir las salidas alternas al juicio oral creadas por el sistema acusatorio.

Sobre estas últimas, también se han dado algunos pronunciamientos jurisprudenciales que las limitan o prohíben.

Como punto de partida es importante señalar que la política criminal, entendida como:

> “una de las expresiones de la política general del Estado, al lado de la política social, la política de seguridad y la política jurídica, sólo para nombrar algunas, todas ellas políticas públicas que coadyuvan como elementos constitutivos del proceso de gobernabilidad, se diferencia de las demás por el hecho de ser un acto de control social y de solución de conflictos, dirigido al tratamiento de las

> acciones humanas consideradas violentas o nocivas que entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un contexto determinado. (Fiscalía General de la Nación, 2012).

En tales condiciones, dependiendo del modelo de Estado que se adopte, se determina la política criminal y su función en la sociedad (Daza, 2011 y Gómez, 2016).

En el caso de Colombia, ésta acogió en la Carta Política el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (Constitución política, 1991), y en tales condiciones se comprometió a proteger, respetar y garantizar los derechos humanos (art. 2), a prohibir la pena de muerte (art. 11), así como las torturas, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12), a respetar el derecho a la igualdad, (Art. 13), el derecho a la intimidad (art. 15), el derecho a la libertad (art. 28), el debido proceso (art. 29), a prohibir la prisión perpetua (art. 34), y a respetar los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 93 y 94), entre otros aspectos (citado por Carvajal, 2008).

Adicionalmente, en armonía con los artículos 4º –según el cual la Constitución es norma de normas– y 93 y 94, referentes a la prevalencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el orden interno, dentro de lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*[3] Colombia, también se comprometió a respetar el *efecto irradiador* que ejercen los postulados de los derechos humanos sobre el conjunto de instituciones jurídicas (Alexy, 1993).

En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado que la cláusula del Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana constituye un eje definitorio de la Constitución de 1991 (Corte Constitucional, 2021, sentencia C-294)

[3] Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-578 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-400 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-588 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-1319 de 2001. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

De esta manera, la Corte Constitucional ha indicado que "uno de los ejes que materializa la dignidad humana dentro de la política criminal es el reconocimiento de la resocialización de la persona condenada como objetivo principal de la pena" (Corte Constitucional, 2021)

En la decisión en cita, la Corte Constitucional, luego de reiterar el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario que había declarado en las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2017, con base en esta última decisión, frente a la resocialización como objetivo primordial de la ejecución de la pena privativa de la libertad, señaló que "el esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo, se traduce en beneficios para la comunidad" (Corte Constitucional, 2021)

En síntesis, precisó que: "figuras como la redención de penas y los subrogados penales son mecanismos que incentivan a la persona condenada a realizar actividades de resocialización, situación que al final constituye una expresión del reconocimiento de su dignidad humana" (Corte Constitucional, 2021)

Esta interpretación jurisprudencial es armónica con lo establecido en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; así, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1968) establece: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados; por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículo 5.2 señala: Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y el 5.6 establece concretamente, 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Por su parte, el Código Penal de Colombia –Ley 599 de 2000– al tratar en el art. 4 las funciones de la pena, acoge las tres funciones actuales de la pena, a saber, retribución,

prevención general negativa y prevención especial, en esta última se ubica la reinserción social.

Estas tres funciones son las que el Prof. Roxin (1991) califica como el *resignado eclecticismo*. Al respecto, señala que hasta hoy no se han propuesto más que tres teorías, a saber: teoría de la retribución, teoría de prevención especial y teoría de la prevención general.

Al referirse a la teoría de la retribución indica que esta encuentra el sentido de la pena en la imposición de un mal merecido con el cual se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido (Roxin, 1977).

En lo que tiene que ver con la teoría de la prevención especial, indica que esta constituye la posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución. Para esta teoría la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. El fin de la pena es la prevención de delitos.

Y en lo referente con la teoría de la prevención general, indica que esta no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, mediante la amenaza de la sanción penal. Indica que esta teoría tiende a la prevención de delitos, no sobre el condenado, como lo hace la teoría de la prevención especial, sino sobre la comunidad.

De estas tres teorías, indica el Prof. Roxin (1977), que la teoría preventivo especial sigue el principio de la resocialización, y por esa razón esta es la que más se destaca, en cuanto cumple con el cometido del Derecho penal, en razón a que al tiempo que protege al individuo y a la sociedad, ayuda al autor a no expulsarlo ni marcarlo, sino a integrarlo, con lo que garantiza las exigencias del principio del Estado social.

Para alcanzar el principio de resocialización, señala el Prof. Roxin (1977), se debe realizar un programa de ejecución que se centra en el entrenamiento social y en un

tratamiento de ayuda, con el que se posibilitan reformas constructivas y se evita la esterilidad práctica del principio de retribución.

Por su parte el Prof. Mir Puig (1998), en lo que tiene que ver con la resocialización, indica que la existencia del principio de participación, que integra el modelo de Estado Social y Democratico de Derecho, conlleva a que se le pueda reclamar al Derecho penal que evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad.

En tales condiciones, advierte el Prof. Mir Puig, "el principio de resocialización en un Estado democrático debe entenderse, no como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de su participación en la vida social".

De esta manera, indica el Prof. Mir Puig, el recluso debe entender que no debe ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el que se dialoga (1998).

Esta postura del Prof. Mir Puig que compartimos en su integridad, nos permite entender que una pena alta o una cadena perpetua, no sólo afecta la dignidad humana del condenado, en los términos señalados por la Corte Constitucional de Colombia, sino que afecta el principio de participación, aspecto que resulta interesante, en razón a que este forma parte del Estado Social y Democrático de Derecho.

Sobre este principio, la Corte Constitucional ha señalado que "no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal, sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos" (Corte Constitucional, 2013) en tales condiciones, y al tenor de lo expuesto por el Prof. Mir Puig, entendemos que ese otro espacio al que hace referencia la Corte Constitucional, es el penal, aplicable de manera clara a la resocialización.

2. Reformas al sistema penal

En el caso de Colombia, en materia de penas, como lo vamos a ver a continuación, el país se ha encaminado en privilegiar la retribución y la prevención general negativa, dejando de lado la prevención especial y con ella la resocialización.

Así, en la Ley 95 del 24 de abril de 1936 "Por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código penal", se estableció una pena máxima en veinticuatro años, la cual consideramos suficiente para garantizar el cumplimiento de las funciones de la pena.

Posterior a esta ley, y ya en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 "Por la cual se expide el Código Penal", se dio un incremento de penas y pasamos así a una pena máxima de treinta años (art. 44), con lo cual, a partir de ese momento, se comenzó a fortalecer la retribución y la prevención general negativa.

Posterior a esta disposición, y ya en vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, se expidió la Ley 40 de 1993 "Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones", con la cual se incrementó la pena a sesenta años (art. 28); pena que se mantuvo en la siguiente reforma legislativa: Ley 365 de 1997 "Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones".

Posteriormente, la Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código penal", indicó que la pena tendría una duración máxima de cuarenta años (art. 37) y de cincuenta años tratándose de concurso de delitos (art. 31).

Por su parte, la Ley 890 de 2004 "Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal", una de las leyes más representativa de la retribución y de la prevención general negativa, al modificar el inciso 2º del artículo 31 del Código Penal, estableció que "en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años", a su vez, al modificar el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, determinó que "la pena

de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso".

No contenta esta ley con este último incremento, en los casos de concurso, incrementó la pena de prisión de cuarenta a cincuenta. Además, dispuso un incremento generalizado de penas, en los siguientes términos:

> "Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley. […]" (Ley 890, 2004, artículo 14).

A pesar de los incrementos de penas antes mencionados, el legislador procedió por vía de la Ley 1236 de 2008 "Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual", a incrementar las penas, esta vez frente a delitos sexuales, y en tales condiciones indicó que la pena máxima se aumenta de "12 a 20 años para el acceso carnal abusivo con menor de 14 años; de 7,5 a 13 años para el acto sexual con menor de edad. Cuando se presenta abuso sexual con acceso a una persona incapaz de resistir, o con trastorno mental, las penas se incrementan de 12 a 20 años; y si no hay acceso, de 7,5 a 16 años" (Tirado Acero, 2010)

Así mismo, el legislador en el ánimo de fortalecer la retribución y la prevención general negativa, según lo antes mencionado, procedió, nuevamente, con la Ley 1257 de 2008 "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones", a hacer nuevos incrementos puntivos (art. 27).

Posteriormente, se aprobó la Ley 1761 de 2015 "Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)", con la que se estableció un nuevo incremento de penas, esta vez cuando la víctima es un niño o una niña menores de catorce (14) años o una mujer por el hecho de ser mujer (art. 4), ley que carecía de justificación para su expedición y que, en consecuencia, violaba el principio de *última ratio* del Derecho penal (Velandia, 2017; pág. 27).

Igual valoración cabe hacer sobre la Ley 1773 de 2016, que creó un tipo penal independiente de lesiones personales cuando el mecanismo causal es una sustancia corrosiva o similar, ley que representó un aumento significativo en la pena imponible en dichos casos a pesar de que no existían motivos suficientes para su expedición (Velandia, 2017; pág. 27).

A lo anterior se agrega la gestión de las penas en el escenario de la administración de justicia, donde se ha cuestionado que los jueces no sólo obran de modo incoherente al graduar las sanciones (Silva y Velandia, 2003), sino que suelen aplicar criterios que por una vía u otra llevan a la prisionalización y a imponer las sanciones más altas (Silva García, 2010; Bahamon Jara, 2018).

De otro lado, en aras de alcanzar la tan anhelada paz, se han proferido dos leyes: i) 975 de 2005 "Ley de Justicia y Paz", y ii) "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", que establecen, para los delitos internacionales: lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra –no incluímos en el conflicto colombiano el crimen de agresión–, penas entre cinco (5) y ocho (8) años.

Si bien en este trabajo no nos vamos ocupar de estas leyes, en aras de no apartarnos del tema que estamos tratando, debemos señalar que no compartimos las penas mencionadas, aun en contra de quienes las defienden como una fórmula política para acabar un conflicto argumentando que el Estado no tendría el poder para resolverlo de otro modo (Silva, 2012; Tiradoy Ramírez, 2016; Gómez, 2016; Navarro, 2018).

De otra parte, en lo referente con los delitos de los que trata esta ley, los cometidos por los paramilitares, aunque no comporta una reforma legislativa, el cambio de orientación en la actuaciones de los funcionarios judiciales y gubernamentales de Estados Unidos en el manejo de los casos que conocen en razón de la extradición, ha llevado a que en aplicación de esta institución, que evita la realización de juicios en Colombia, sean impuestas penas bastante bajas dentro de negociaciones que se surten con los extraditados, a cambio de información sobre rutas para el envío de drogas y para la judicialización de otras personas (Perez, 2015; Tirado, 2016; Silva, 2018).

Luego de la expedición de estas normas, durante el gobierno de Ivan Duque se sancionó el Acto legislativo 01 de 2020 "por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable"

De conformidad con lo anterior, el artículo 34 de la Carta Política quedó así:

> "Se prohíben penas de destierro y confiscación; no obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social; de manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua; toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico; en todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado" (Constitución Política, 1991).

Con esta reforma, que era lógico que se diera, luego de que se expidiera la Ley 1098 de 2006, art. 199, Colombia se centró en la retribución de la pena y en la prevención general negativa, con lo cual se alejó de la prevención especial y con ello de la resocialización,

desconociendo así la protección de la dignidad humana y la participación, ejes del Estado Social y Democrático de Derecho.

Con este Acto legislativo, Colombia dejó la solución del conflicto social que genera el delito en manos del sistema penal: en la cárcel. Se considera contrario a lo esperado en materia de penas en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por fortuna, y así debemos decirlo, la (Corte Constitucional, 2021), declaró la inexequibilidad del Acto en mención, para el efecto, indicó:

> "[…] la Sala Plena corroboró que el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana es el eje definitorio de la Constitución. Con sustento en este eje definitorio se estableció que el derecho a la resocialización de la persona condenada es el fin primordial de la pena privativa de la libertad intramural. Este fin esencial de la pena de prisión es acorde con el principio de la dignidad humana, pues sólo si se reconoce que la persona condenada puede retomar su vida en sociedad, se comprende que es posible la modificación de su conducta y el desarrollo de su autonomía y su libre determinación. Conforme a lo anterior, la pena de prisión perpetua sin posibilidad de revisión puede constituir una pena cruel, inhumana y degradante, prohibida por los instrumentos internacionales, toda vez que se anula y se margina definitivamente al individuo de la sociedad" (Corte Constitucional, 2021)

Esta decisión que compartimos en su integridad, es clara al señalar que el Congreso de la República transgredió su poder de reforma, pues sustituyó un eje definitorio de la Carta Política como lo es el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana (López, 2019)

Posteriormente se expidió la Ley 2197 de 2022 "Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones"

Esta ley, entre otros, reformó el artículo 37 de la ley 599 de 2000, Código Penal, así: "Artículo 37. La prisión: Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 2197 de 2022 - corregido por el artículo 3 del Decreto 207 de 2022-. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1) La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de sesenta (60) años, excepto en los casos de concurso"

Salvo por la mención *en los casos de concurso* que copió textualmente del artículo original, esta Ley estableció que la pena en Colombia tendrá una duración de sesenta años, independientemente de que se presente un concurso de delitos.

Antes de esta ley, este artículo había sido modificado por el artículo 3º de la Ley 2098 de 2021, en los siguientes términos:

> Artículo 37. "La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1) Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso y de prisión perpetua revisable[4].

Está claro que, hasta ese momento, la pena máxima era de cincuenta años, salvo que se presentara un concurso de delitos, evento en el cual la pena se incrementará hasta 60 años.

Esa fórmula matemática se había conservado desde la Ley 890 de 2004, art. 37, num.1, indicaba lo siguiente:

[4]Nota: "En lo referente a la 'prisión perpetua revisable', aplica la INEXEQUIBILIDAD POR CONSECUENCIA al haber sido declarado INEXEQUIBLE el Acto Legislativo 1 de 2020 'por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable', por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-294-21 de 2 de septiembre de 2021".

Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: *"La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso"*

Es importante señalar que el texto original de la Ley 599 de 2000, señalaba lo siguiente: *"1) La pena de prisión tendrá una duración máxima de cuarenta (40) años"*

De esta manera, la pena establecida en el numeral 1º del artículo 37 de la Ley 599 de 2000, que tenía una duración de cuarenta años, salvo para los casos de concurso de delitos, que era de sesenta años, pasó con la ley 2197 de 2022 a sesenta años, independientemente de los concursos de delitos, con lo cual se puede demostrar que en materia de penas, en Colombia la constante es el incremento de penas.

De esta manera, igualmente, resulta claro que la discusión sobre los fines de la pena, en la que se señalan las limitaciones o el arcaísmo de varias de la finalidades adoptadas por la legislación colombiana, así como sus repercusiones sobre los derechos humanos, es una cuestión que esta planteada (Silva, 2011; Tirado, 2017, Latorre, 2018; Silva, 2018; Velandia, 2018).

3. Reformas al sistema procesal penal

En lo que tiene que ver con el derecho procesal penal, Colombia, con el fin de lograr el pretendido equilibrio entre el respeto a los derechos de los justiciables y la eficiencia del sistema penal, en el año 2002 el Fiscal General de la Nación presentó a consideración del Gobierno Nacional un proyecto de acto legislativo, publicado en el Decreto 1648, 2001 que luego de los trámites respectivos se convirtió en el Acto Legislativo 03, 2002, con el cual se implementó el sistema acusatorio (Damaska, 2004, citado por Bernal, 2013; Gómez, 2017; González, 2007).

La Ley 906 de 2004, al reglamentar el Acto legislativo, dio paso a las salidas alternas al juicio oral, como son el principio de oportunidad, las rebajas de penas por aceptación de

cargos y los preacuerdos y negociaciones; las cuales destacamos en razón a que le restan trascendencia a la *prevención general negativa* y privilegían la *solución del conflicto social que genera el delito,* entendido este como un objetivo ligado a los postulados del Estado social y democrático de derecho, que persigue la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Roxin, 2000).

En lo referente con el principio de oportunidad, se estableció que la Fiscalía General de la Nación puede suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal identificado en la Ley 906 de 2004 (Art.323), en los casos establecidos por la ley, dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, encontrado en el Acto legislativo 03 de 2002 (Art. 250).

En lo que tiene que ver con los preacuerdos y negociaciones, se estableció su necesidad a fin de humanizar la actuación procesal y la pena; la Ley 906 de 2004 en su artículo 348 habla de:

> "Obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso"

En tales condiciones, la Ley 906 de 2004 (Art. 350 y 352) describe que cuando se realizan desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado pueden llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, a fin de que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, o se tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena; pero cuando estos *preacuerdos son posteriores a la presentación de la acusación,* el fiscal y el acusado pueden realizar preacuerdos, caso en el cual la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Y en lo relacionado con la aceptación de cargos la Ley 906 de 2004 (Art.351) indica que cuando estos se aceptan en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible.

De esta manera, la creación de las salidas alternas al juicio oral le imprimen un cambio radical no sólo a la ritualidad procesal sino a la forma de entender y aplicar el derecho penal, ya que estas relativización el principio retributivo que durante siglos ha imperado en los sistemas penales occidentales (Daza, Álvarez y Suárez, 2010), en tanto encuentran respaldo en las teorías relativas o utilitarias respecto de la pena y, por ello, los motivos que sustentan estas figuras que integran dicha institución, se vinculan a la eficiencia del sistema de administración de justicia en materia penal (Bacigalupo, 1996).

Sin embargo, como se va a exponer a continuación, estas salidas alternas al juicio oral se han visto afectadas con el conjunto de leyes, que luego de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se han encaminado a prohibirlas o a limitarlas.

Así, la Ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", en su artículo 199, de tajo eliminó lo construido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y por la Ley 906 de 2004 "Código de Procedimiento Penal", frente a las salidas alternas al juicio oral, pues simplemente las prohibió, y con ellas se acabó el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito, para dejar como único fin del proceso penal, la decisión de la punibilidad del procesado (Daza, 2011).

Por su parte, la Ley 1121 de 2006 "Por la cual se dictan normas para la prevencion, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones", en su artículo 26 hizo lo mismo que la Ley 1098 de 2006.

En lo referente a la Ley 1453 de 2011, reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012 "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras

disposiciones en materia de seguridad", ésta determinó que en los casos de flagrancia, en los que el imputado acepte cargos en la audiencia de formulación de imputación, sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, la Ley 1773 de 2016 "Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004" (Natalia Ponce de León), es bastante tacaña en lo que tiene que ver con beneficios y subrogados, pues simplemente los niega (art.4), y con ello, al igual que con la Ley 1098 de 2006, se favorece la decisión de la punibilidad del imputado, y en consecuencia, se afecta la solución al conflicto social que genera el delito.

4. Posturas sobre los preacuerdos y las negociaciones

Para abordar este tema consideramos pertinente citar la sentencia, proferida por la Sala de Casación Penal en el radicado No. 39831, 2017 en razón a que en ella en lo referente al allanamiento a cargos, se indicó que se trata de una modalidad de los preacuerdos y negociaciones, y por eso, para su procedencia, debe cumplir los mismos requisitos de este, de manera particular, lo referente al reintegro, por lo menos del cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente (Ley 906, 2004; art. 349).

Al respecto, hemos indicado que no compartimos tal postura "en razón a que la Ley 906 de 2004, es clara al establecer los requisitos para que proceda la rebaja de pena por aceptación de cargos (art. 351) y para que procedan los preacuerdos y negociaciones (arts. 348 y 349) razón por la cual debemos indicar que al imputado por delitos en los cuales hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se le debe exigir, para que proceda la rebaja de penas por aceptación de cargos, el reintegro, por lo menos del cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y el aseguramiento del recaudo del remanente, pues tal exigencia está contemplada para la procedencia de acuerdos o negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, no para las aceptaciones de cargos" (Citado por Daza, 2020; pág. 130).

En estas condiciones, hemos señalado que "si hacemos una interpretación teleológica de las normas, es decir, dejamos el contenido de ellas para analizar sus fines, encontramos que se trata de dos institutos que si bien forman parte de lo que se denomina salidas alternas al juicio oral no son iguales, y por ello no se les pueden exigir, para que procedan, los mismos requisitos" (Daza, 2020: 131).

De esta manera, hemos concluido que:

> "Si bien, tanto los preacuerdos y negociaciones (plea bargaining), como la aceptación de cargos (guilty plea) o alegación de culpabilidad, tienen que ver con la renuncia al derecho a guardar silencio (Constitución política, 1991; art. 33), en el caso del primero se renuncia a este derecho en virtud de una negociación, en cuyo caso el legislador consideró que para que esta se diera, el imputado […] debía reintegrar, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegurar el recaudo del remanente. En cambio, como en la aceptación de cargos (guilty plea) o alegación de culpabilidad, no existe ninguna negociación, sino que se trata de una aceptación consciente y voluntaria de cargos, el legislador no incluyó ningún requisito que condicionara tal manifestación" (Citado por Daza, 2020: 131).

Ahora bien, en lo referente con los preacuerdos y negociaciones, es pertinente analizar sentencias como la proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado No. 52227, 2020, en la que, apartándose del esquema de partes que propone el sistema acusatorio, otorga amplias facultades al juez de conocimiento para que apruebe o impruebe el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la Defensa.

Al respecto, hemos señalado que los preacuerdos y negociaciones son una institución que no fue creada para desprestigiar a la administración de justicia, ni para generar cuestionamientos. Por el contrario busca cumplir con unos objetivos claros como son:

> "Los de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso (Ley 906, 2004; art. 348) Lo que sucede es que dada nuestra tradición jurídica sustentada en el principio de legalidad procesal y en los fines retributivos de la pena, nos genera desconfianza" (Daza, 2020:142).

Sin embargo, se considera que disminuye la desconfianza en la institución cuando el juez de conocimiento ejerce control[5], y eso, en principio, es cierto, cuando se trata de verificar si el preacuerdo cumplió con los fines para los que fue creado y, ante todo, si respetó el derecho y la ética (Ley 906, 2004; art. 447).

A ese respecto, el Prof. Chiesa ha indicado:

> "Al decidir sobre la aceptación de una alegación preacordada el Tribunal deberá cerciorarse de que ha sido hecha con pleno conocimiento, conformidad y voluntariedad del imputado; que es conveniente a una sana administración de justicia y que ha sido lograda conforme a derecho y a la ética" (Chiesa, 1993: 587).

Hasta ahí, todo va muy bien. El problema se presenta, en nuestra consideración, por dos situaciones, una, por el hecho de que el juez de conocimiento, intervenga, pues al hacerlo, afecta la naturaleza del sistema acusatorio, como es es ser un sistema de partes; y la otra, cuando en tal intervención, privilegia el principio de legalidad procesal y la retribución de la pena, pues al hacerlo, imprueba el preacuerdo.

[5] Modificado.L.1395/2010, art. 100. Nota: El artículo 100 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el presente artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-250 de abril 6 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo en el entendido que las víctimas y/o sus representantes en el proceso penal, podrán ser oídos en la etapa de individualización de la pena y sentencia"

Sobre el sistema de partes, y el esquema sobre el cual debe basarse el sistema procesal penal, el cual no incumbe sólo al debate que se realiza en el juicio oral, sino a los preacuerdos y negociaciones, es importante destacar lo expuesto por Teresa Arment Deu, quien indica:

> "Que los sistemas del common law tienden a desplazar las cargas y responsabilidades en las partes más que en el juez a la hora de buscar, identificar y probar los hechos, tendiendo así a dibujar el proceso penal como una confrontación bipolar, un sistema de la dispuesta frente a un sistema de investigación oficial" (Armenta Deu, 2012).

Además de esta afirmación, relacionada con el sistema de partes y con el consecuente acercamiento o alejamiento del sistema acusatorio, debe considerarse el hecho de que tratándose del ente acusador, a partir del Acto legislativo 03 de 2002, debe respetarse su discrecionalidad frente al ejercicio de la acción penal tanto en la aplicación del principio de oportunidad como en la negociación que realiza con la defensa.

5. Conclusiones

Colombia, como Estado Social y Democrático de Derecho que es, no puede seguir incrementando las penas, ni puede volver a plantear una reforma constitucional para implementar la cadena perpetua.

Así mismo, en los términos de la Corte Constitucional, debe respetar y proteger la dignidad humana, y con fundamento en ella fortalecer la redención de penas y los subrogados penales como mecanismos que incentiven a la persona condenada a realizar actividades de resocialización.

De esta manera, debe centrarse en la prevención especial de la pena, como quiera que esta se destaca por cumplir con el cometido del derecho penal, en tanto protege al individuo y a la sociedad.

Igualmente, como Estado Social y Demcorático de Derecho que es, debe centrarse en el fortalecimiento del principio de participación, a fin de que el condenado entienda que frente a la acción resocializadora él es un sujeto no privado de su dignidad con el que se dialoga.

En lo referente con el sistema procesal penal, Colombia debe trabajar en función del fortalecimiento de las salidas alternas al juicio oral, no de su prohibición y limitación, sino de su desarrollo, a fin de que estas alcancen el fin del proceso penal: la solución del conflicto social que genera el delito.

En lo que tiene que ver con los controles judiciales que se han dispuesto para la procedencia de las salidas alternas al juicio oral, no se puede pasar por alto el hecho de que el sistema procesal penal que impera en Colombia es el acusatorio, el de partes, y en tales condiciones los controles los deben ejercer las partes, no los jueces.

Sin embargo, en aras de que se pueda avanzar en la materia, tales controles judiciales se deben realizar para verificar si el mecanismo empleado cumplió con los fines para los que fue creado y, ante todo, si se respetó el derecho y la ética.

Referencias bibliográficas

Acto Legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. 19 de diciembre de 2002 DO: 45.040

Armenta Deu, María Teresa. (2012) Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.

Bacigalupo, Enrique. (1996). Manual de Derecho Penal, Parte general, 3ª ed. Bogotá, Temis.

Bahamon Jara, Martha Lucía. (2018). Elementos y presupuestos de la Contratación Estatal. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.

Bernal Castro, Carlos Andrés. (2013). "Las Garantías Penales: Una visión material desde el actual Modelo de Estado". Reflexiones de Derecho Penal y Procesal Penal. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Bernal Castro, Carlos Andrés. (2015). La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.

Carvajal, Jorge. (2008). La seguridad dentro del Estado de garantías. Bogotá, Editorial ILSA

Chiesa Aponte, Ernesto. (1993) Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Bogotá, Tercer Mundo Editores, Vol. III.

Damaska, Mirjan. (2004). "Aspectos globales de la reforma del proceso penal". Sistema Acusatorio y Juicio Oral. Bogotá: Editorial Jurídica de Colombia.

Daza González, Alfonso. (2001). La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá, Universidad Libre.

Daza González, Alfonso. (2020) Discusiones actuales en el derecho penal y procesal penal colombiano. Bogotá, Grupo Editorial Ibañéz.

Daza González, Alfonso; Álvarez, José. (2010). "¿Por qué y para qué se castiga? Reflexión sobre las funciones de la pena y su relación con las salidas alternas al juicio oral". Verba Iuris. 23, pp. 65-96.

Fiscalía General de la Nación (2012). Nociones básicas sobre política criminal, documento parte de la estrategia para la socialización de información en materia de Política Criminal desde la óptica de la Dirección Nacional de Fiscalías, sección de publicaciones. Página web oficial http://www.fiscalia.gov.co

Gómez Jaramillo, Alejandro; Bayona Aristizábal, Diana; Ospina Vargas, Victor Hugo; Mejía Gallego, Mateo. (2017). "Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia". Revista Acta Sociológica, 72, pp. 71-94. DOI: 10.1016/j.acso.2016.11.002

Gómez Jaramillo, Alejandro; Velandia Montes, Rafael; Bayona Aristizábal, Diana. (2016). "La política criminal en el marco del conflicto armado en Colombia". Procesos legislativos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos. Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos - CAEL, Senado de la República de Colombia.

González Mongui, Pablo Elias. (2007). La policía judicial en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley.

Herran Pinzon, Omar Antonio. (2013). "El alcance de los principios de la Administración de Justicia frente a la descongestión judicial en Colombia". Prolegómenos Derechos y Valores. XVl (32), pp.105- 122.

Latorre Iglesias, Edimer Leonardo; Tirado Acero, Misael; Ardila Mora, Julián Alberto. (2018). Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente en una sociedad transicional: una mirada interdisciplinaria al caso colombiano. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda.

López, Oscar.; Bocanegra, Henry.; Mazuera, Paula.; Daza, Alfonso.; Forero, Rory. (2019) La representación del servidor público en Colombia. Perspectivas interdisciplinares en el derecho. Bogotá: Universidad Libre.

Mir Puig, Santiago. (1998). Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Barcelona, Reppertor.

Mir Puig, Santiago. (2006). Estado, Pena y Delito. Buenos Aires, Editorial B de F.

Moya Vargas, Manuel. (2018). "Sentido de Justicia y Proceso Penal". Utopía y Praxis Latinoamericana. (1), pp.50-63. Maracaibo, Editorial Interlocuciones.

Navarro Muñoz, Marco; Tirado Acero, Misael; Bedoya Chavarriaga, Juan Camilo. (2018). "Incidencia de la reforma tributaria en la materialización del derecho a la existencia de la persona jurídica". Derecho y Empresa. pp.239-272 . Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters

Roxin, Claus. (1991). Sentido y límites de la pena estatal. Problemas básicos del Derecho penal. Madrid, Reus.

Roxin, Claus. (2000). Derecho procesal penal. 25ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto.

Silva García, Germán. (1996). "La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica". Memorias congreso internacional: Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.

Silva García, Germán. (2001). "La administración de justicia". T. III. El mundo real de los abogados y de la justicia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA.

Silva García, Germán. (2003). “La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena”. XXV jornadas internacionales de derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán. (2010). “Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces”. Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas. 1(1), pp. 59-86.

Silva García, Germán. (2012). “¿La décima es la vencida? El nuevo proceso de paz con las FARC”. Nueva Época. (39), pp. 69-82.

Silva García, Germán. (2018). “Criminología”. Teoría sociológica del delito. Milano: Mimesis.

Silva García, Germán. y Velandia Montes, Rafael. (2003). “Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas”. Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Silva García, Germán.; Rinaldi, Cirus.; Pérez-Salazar, Bernardo. (2018). “Expansion of Global Rule by Law Enforcement: Colombia´s Extradition Experience, 1999–2017”. Contemporary Readings in Law and Social Justice. 10(1), pp. 104–129.

Tirado Acero, Misael. (2010). Comercio Sexual. Una mirada desde la Sociología Jurídica. Lima, Editorial IIDS.

Tirado Acero, Misael. (2017). “La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la legitimidad del Estado”, Justicia Constitucional. Tomo II. pp. 63-80. Bogotá, Editorial Ibañez, Universidad Santo Tomas.

Tirado Acero, Misael.; Ramirez Huertas, Gilberto. (2016). Reflexiones en torno a la justicia transicional y sus implicaciones frente a los Niños, Niñas y Adolescentes en el Posconflicto. Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia. pp. 99-120. Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia.

Tirado Acero, Misael.; Vizcaino Solano, Angélica.; Pérez Salazar, Bernardo. (2016). La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.

Velandia Montes, Rafael. (2015). La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas. Bogotá, T. I. ILAE.

Velandia Montes, Rafael. (2017). Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Bogotá, Universidad Católica de Colombia.

Velandia Montes, Rafael; Gómez Jaramillo, Alejandro; Solarte Cucanchón, Ana María; Jaramillo Gabanzo, Nicolás Javier. (2018). Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE https://www.ilae.edu.co/files/book-pdf/20181206095155171300571.pdf

Normativa consultada

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969) Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 y aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA] Ley 1098 de 1996. 8 de noviembre de 2006 (Colombia).

Código Penal [CP] Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia)

Código Penal [CP] Ley 890 de 2004. 7 de julio de 2004 (Colombia)

Código de Procedimiento Penal. [CPP] Ley 600 de 2000. (24 de julio de 2000). 24 de julio de 2000 (Colombia)

Código de Procedimiento Penal. [CPP] Ley 906 de 2004. 1 de septiembre de 2004. (Colombia)

Ley 1121 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevencion, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. 29 de diciembre de 2006. DO: 46497.

Ley 1236 de 2008. Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. 23 de julio de 2008. DO: 47.059

Ley 1257 de 2008. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los

Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. 4 de diciembre de 2008. DO: No. 47193.

Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012. 24 de junio de 2011. DO: 48110.

Ley 1761 de 2015. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. 6 de julio de 2015. DO: 49565.

Ley 1773 de 2016. Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. 6 de enero de 2016. DO: 49747.

Ley 365 de 1997. Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. 21 de febrero de 1997. DO: 42987.

Ley 40 de 1993. Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones. 20 de enero de 1993. DO: 40726.

Ley 74 de 1968. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1996

Ley 95 de 1936. Sobre el Código Penal. Diario Oficial. 24 de abril de 1936. DO: 23316.

Ley 975 de 2005. Ley de Justicia y Paz. 25 de julio de 2005. DO: 45980.

Decreto 1648 de 2002. Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo, por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. 6 de agosto de 2001. DO: 44.516.

Decreto Ley 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. 20 de febrero de 1980. DO: 35.461.

Jurisprudencia consultada

Corte Constitucional. Sentencia C-294. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger). 2 de septiembre de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia C-351. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). 19 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 39831, (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya). 27 de septiembre de 2017. Aprobado Acta No. 319.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 52227, (M.P. Patricia Salazar Cuellar). 24 de junio de 2020. Aprobado Acta No. 130.

REFLEXIONES SOBRE LA VIOLENCIA Y EL DERECHO MODERNO. HACIA UN DERECHO CRÍTICO A PARTIR DE LA EXTERIORIDAD HUMANA

Frank David Girón Mego[1]
ORCID: 0009-0009-3235-6670
Correo electrónico: fdgironm@unc.edu.pe

Resumen

El ensayo hace una aproximación crítica a la modernidad como edad del mundo, no una revisión de la bibliografía dominante acerca del derecho moderno o de la filosofía que lo sustenta. Esta redacción crítica de la historia moderna y su violencia tiene el objeto de plantear un marco para pensar una categoría históricamente excluida de la reflexión filosófica y, en consecuencia, también del Derecho Moderno: la exterioridad. Ya con esta categoría y una vez desarrollado el entendimiento de este derecho en el marco de una crítica de la violencia con la que se ha indiferenciado, se apunta a realizar unos prolegómenos para pasar de la crítica del Derecho a un derecho crítico.

Palabras clave: Derecho, Modernidad, violencia, exterioridad, crítica.

REFLEXÕES SOBRE VIOLÊNCIA E DIREITO MODERNO. RUMO A UM DIREITO CRÍTICO DA EXTERIORIDADE HUMANA

Resumo

O ensaio faz uma abordagem crítica da modernidade como uma era do mundo, não uma revisão da bibliografia dominante sobre o direito moderno ou da filosofia que o sustenta. Esta escrita crítica da história moderna e da sua violencia pretende propor um enquadramento para

[1] Abogado (Universidad Nacional de Cajamarca, Perú). Estudios de Maestría en Filosofía (Universidad Iberoamericana, CDMX) y de Maestría en Criminología Crítica y Estudios sobre las Violencias (Colegio Michel Foucault, CDMX). Miembro de la Asociación de Filosofía y Liberación (AFyL) - Perú.

pensar uma categoria historicamente excluída da reflexão filosófica e, consequentemente, também do Direito Moderno: a exterioridade. Já com esta categoria e uma vez desenvolvida a compreensão deste direito no quadro de uma crítica à violência com a qual foi diferenciado, pretendemos dar alguns passos preliminares para passar da crítica do Direito a um direito crítico.

Palavras-chave: Direito, Modernidade, violência, exterioridade, crítica.

REFLECTIONS ON VIOLENCE AND MODERN LAW. TOWARDS A CRITICAL RIGHT FROM HUMAN EXTERIORITY

Abstract

The essay makes a critical approach to modernity as the age of the world. It isn't a review of the dominant bibliography on modern law or the philosophy that supports it. This critical writing of modern history and its violence aims to propose a framework to think about a category historically excluded from philosophical reflection and, consequently, also of Modern Law: exteriority. Already with this category and once the understanding of this law has been developed within the framework of a critique of violence with which it has been undifferentiated, it aims to carry out some prolegomena to move from the critique of Law to a critical law.

Keywords: Law, Modernity, violence, exteriority, critic.

Sabemos decisivamente que ese viejo mundo,
esa llamada civilización de que con tanta
arrogancia se jactan los hombres impíos, no es
tal, sino un mentiroso simulacro.
Juan Larrea en César Vallejo, España Aparta
de mí este cáliz

1. Introducción

La edad antigua, edad media y edad moderna puestas geopolíticamente de este-oeste no existen. Europa se empodera económico y militarmente invadiendo América. Ilustración francesa, romanticismo alemán o revolución industrial inglesa, incluso renacimiento italiano, no pueden ser comprendidos sin el marco sistema-mundo (Wallerstein). Europa, aún con las secuelas de su edad media, sale al Atlántico en el siglo XV. La edad media es únicamente europea. En otras latitudes geopolíticas, la ciencia, la filosofía, el saber y el comercio florecían. El Mediterráneo disminuyó en importancia frente al océano del nuevo sistema, el que, con diplomacia y esencialmente con violencia, se irá globalizando. América es la primera identidad sobre la que se constituye la Europa moderna.

Con el encubrimiento de América (1492) y el saqueo de oro y plata se afianza el dominio económico europeo. Devalúa las formas de intercambio. El poderío militar, naval y terrestre, se manifiesta contra árabes (califatos de África y Europa actuales Portugal y España entre los 600' y los 1500') y turco-otomanos (Guerras Habsburgo-Otomanas duran 300 años 1526 y 1791). Revolución industrial, ilustración, romanticismo, abrevan de este proceso inicial de colonización. Esta estructuración (Dussel, 2007) de la *modernidad temprana* (dos etapas: 1492-1630 y 1631-1789) como *colonización* sentó las bases de la *colonialidad* posterior durante la *modernidad madura*.

Hegel dice que la historia transcurre de este a oeste. Pero, es desde África donde la humanidad va poblando el mundo hacia el este. Unos van a Europa, la mayoría continúa a Oriente, Asia, Oceanía y, a través del Estrecho de Bering (o en embarcaciones el Pacífico),

llegan a ‘América’. Ésta no es occidental, es el *extremo oriente de oriente*. El descubrimiento humano de América sucede hace treinta mil años. La época errante dará paso a asentamientos. Los principales centros urbanos florecieron: Sumeria, Fenicia, Mesopotamia, Egipto y también Caral (Perú) y Olmeca (México) en América con similar antigüedad.

Para el romanticismo europeo los indoamericanos son la prehistoria. No producen cultura y la cultura de pueblos asiáticos, africanos, oceánicos, es atrasada o inmadura. Para Hegel (2004), América “se trataba de una cultura natural, que había de perecer tan pronto como el espíritu se acercara a ella. América se ha revelado siempre y sigue revelándose impotente en lo físico como en lo espiritual." (p.160). Weber pregunta: ¿qué características excepcionales internas permiten el salto civilizatorio europeo hacia la ‘modernidad’ y hacen de esta una ‘dirección evolutiva de significación y validez universales’? El romanticismo no es un referente importante para la reconstrucción crítica de la historia. La historia universal rescataría las víctimas en las que Benjamin (2008) pensaba: historias, cuerpos y territorios.

Aunque toda cultura sea etnocéntrica, el eurocentrismo moderno es el único que pretende "universalidad-mundialidad".

> [...] Su superioridad será, en buena parte, fruto de la acumulación de riqueza, experiencia, conocimientos, etc., que acopiará desde la conquista de Latinoamérica.
>
> La Modernidad, como nuevo "paradigma" de vida cotidiana, de comprensión de la historia, de la ciencia, de la religión, surge al final del siglo XV y con el dominio del Atlántico. El siglo XVII es fruto del siglo XVI; Holanda, Francia, Inglaterra, son desarrollo posterior en el horizonte abierto por Portugal y España. América Latina entra en la Modernidad (mucho antes que Norte América) como la "otra cara" dominada, explotada, encubierta. (Dussel, 2000: 29)

El mito de la *modernidad* como *sacrificialidad* sobre cuerpos y territorios inmolados al oro y plata (de las minas Potosí –Bolivia– y Zacatecas –México, etc.) denuncia los fetiches nacidos con la invasión americana. El capitalismo mercantilista pasa a capitalismo industrial.

Ninguno es innovación europea. Valga de ejemplo, la tecnología inglesa empleada para tal fin la tenía ya China, pero su racionalidad no se lo permitió.

La "segunda modernidad", después de España y Portugal y la *colonización imperial*, será la simplificación y radicalización del espíritu capitalista en cuanto dominio del comercio con racionalidad y lógica imperialista sobre las colonias. Flandes, Francia, Alemania, Inglaterra, etc. conquistan puertos y fundan ciudades capitales periféricas *ad hoc*.

> Sólo cuando se niega el mito civilizatorio y […] la inocencia de la violencia moderna, se reconoce la injusticia de la praxis sacrificial fuera de Europa [y aún en Europa misma], y entonces se puede igualmente superar la limitación esencial de la "razón emancipadora". Se supera la razón emancipadora como "razón liberadora" cuando se descubre el "eurocentrismo" de la razón ilustrada, cuando se define la "falacia desarrollista" del proceso de modernización hegemónico.
>
> […]
>
> no se trata de un proyecto pre-moderno, como afirmación folklórica del pasado; ni un proyecto anti-moderno de grupos conservadores, de derecha, de grupos nazis o fascistas o populistas; ni un proyecto postmoderno como negación de la Modernidad como crítica de toda razón, para caer en un irracionalismo nihilista. Debe ser un proyecto "trans-moderno" (y sería entonces una "Trans-Modernidad") por subsunción real del carácter emancipador racional de la Modernidad y de su Alteridad negada ("el Otro" de la Modernidad), por negación de su *carácter mítico* (que justifica la inocencia de la Modernidad sobre sus víctimas y por ello se torna contradictoriamente irracional). En ciertas ciudades de la Europa medieval, en las renacentistas del *Quatrocento*, creció formalmente la cultura que producirá la Modernidad. Pero, la Modernidad realmente pudo nacer cuando se dan las condiciones históricas de su origen efectivo: el 1492 -su empírica mundialización, la organización de un mundo colonial, y el usufructo de la vida de sus víctimas, en un nivel pragmático y económico. *La Modernidad nace realmente en el 1492* [*letra cursiva agregada*]: esa es nuestra tesis. Su real superación […] es subsunción de su carácter emancipador racional europeo trascendido como proyecto mundial de liberación de su Alteridad negada: la "Trans-Modernidad" ([…] liberación

> político, económico, ecológico, erótico, pedagógico, religioso, etcétera). (Dussel, 2000: 30)

El argumento weberiano es falso. Las circunstancias que anidaron la *modernidad* corresponden a la sobredeterminación de múltiples factores, principalmente la invasión y dominación de América (África y Asia), en donde inicia el *sistema-mundial* y su *estructuración colonial*. Se impone la descolonización teórico-práctica y la construcción de procesos de liberación como el mayor reto actual. En ese contexto geopolítico de producción del *ser*, del *saber*, del *poder*, de la economía y de determinada racionalidad y subjetividad, se inscribe el origen y desarrollo del *Derecho moderno*, al que dirigimos las reflexiones sobre la *violencia*. *Violencia* afincada en el seno de esta etapa histórica.

2. Reflexiones filosófico-histórico-político-éticas sobre la violencia y el Derecho en la modernidad

La *modernidad* asume presupuestos, propios también del Derecho, que hacen considerar humanistas a Locke, Stuart Mill o Weber. No obstante, el humanista es Karl Marx (Hinkelammert, 2018). Su crítica de la *modernidad capitalista* se presenta como *crítica de la religión* en que se ha convertido la *mítica modernidad*. El núcleo de su *crítica*, antes que solo económico, es *ético*. Desarrolla categorías para pensar el proceso económico y la *totalidad moderna*. Es decir, denuncia éticamente la producción capitalista. El *ser* de la *modernidad* eurocentrada es *capitalista* y el *no-ser* es lo que está más allá de ese relato, lo que no quiere o puede pensar.

> De la lógica actual del sistema dominante se sigue la eliminación absoluta del ser humano, como sujeto, que hoy en día se implementa en las ciencias económicas [sociales y humanas]. Esta eliminación [...] es tan cínica como toda la teoría económica dominante: se reduce al ser humano a ser capital humano. (Hinkelammert, 2018: 98)

La *modernidad* periférica se constituye por subsunción (negación y encubrimiento) del *otro* y de lo otro. *El Capital* ofrece herramientas críticas (éticas) para denunciar tal producción de injusticia. Marx presupuestó su obra mayor en seis tomos. Además del capital

los cinco adicionales desarrollarían temas como el salario, la renta (o capital propietario de la tierra), la relación entre los Estados y el mercado mundial. En el sexto tomo hubiera introducido el análisis *centro-periferia*. Es decir, la *colonialidad*[2] como la otra cara de la *modernidad*. Problemática acuñada por los marxismos negros (Grosfoguel, 2018: 14) no reconocidos por Aníbal Quijano (2014), "creador" de este neologismo , intuida por Marx, pero no desarrollada.

El macro-proceso de la *modernidad* está plagado de procesos revolucionarios, de liberación y resistencia. ¿Desde dónde se puede juzgar esos procesos político-económico-jurídicos?, ¿cómo valorar sus fracasos?, ¿qué categorías usar? La *exterioridad absoluta* para Marx es el *pobre*, no como miseria, sino como desposeído de *medios* para procurar la *producción y reproducción de su vida*. El pobre solo puede ofrecer su propia *actividad o capacidad para trabajar*. Está a merced, es la exterioridad del capital (es la negación que este hace para afirmarse a sí mismo valorizándose) excluida, en tanto pobreza, y oprimida, en tanto explotación. Por esto, el criterio para evaluar la descomunal injusticia moderna contra la humanidad es la *vida*. Y, para empezar la vida del dominado. La liberación de los dominados significa la abolición de las estructuras de dominación, no necesariamente la negación de la vida del opresor. Esta categoría puede ser la *fuente* de un *humanismo real y analógico* según la especificidad cultural de cada pueblo.

Los procesos críticos van de la apariencia a la esencia. Eso pretendemos con el Derecho. Con Freud supimos del *inconsciente*; con Marx, a través de los ojos del *valor*, denunciamos el *capital*; con Dussel, de la *totalidad* pasamos a la *exterioridad*. La *crítica antropológica* de Marx en tanto *ética de la cotidianidad* nos conduce del signo a la realidad de las cosas. Las creaciones humanas (mercancías en un mercado o productos con un símbolo distintivo) son *objetivación* de la actividad *humana*. Así, la *fuente* de lo creado es la *vida humana*. En tanto *ser* construye su mundo (cultural) en el cosmos (universo), esta *fuente*, en tanto dignidad, es valorizada por el capital que subsume *trabajo vivo* generando riqueza como

[2] La colonialidad hace referencias a la prolongación de las bases y estructuras coloniales como sustento del actual orden capitalista.

trabajo muerto (que deja de circular acumulado *irracionalmente*) sin volver hacia sus creadores (para subjetivarse).

La sospecha que la ley funda violencia o es su efecto estaba en Marx. Y la herencia crítica (*ética*) de la modernidad no se reduce a sus propios inicios. Viene, más bien, de tradiciones distintas a la helénica. La semita, por ejemplo, con Pablo de Tarso o Jeshúa de Nazaret. Este resiste la tentación de Satanás para dominar el mundo. No importa la tentación que para san Antonio significó el cuerpo de la mujer. La *modernidad* potenció esa condena de la corporalidad, la sensualidad (tradición replicada por san Agustín) y la mujer como entrada al infierno (Hinkelammert, 2018: 78). El capitalismo redujo la corporalidad a los puros fines del *capital humano*.

El *modo de apropiación* del *valor* (*trabajo humano objetivado*) compra la corporalidad del explotado con salario. Ya no es el *diezmo* del Medioevo (en donde el feudo posee la tierra sin venderla y al trabajador), sino la *invisibilización del plusvalor* (*trabajo humano objetivado* en *producto* no devuelto al trabajador al no poder ser objetivado en el *salario*) (Dussel, 2008: 105). La disolución y sometimiento de otros modos de trabajo y apropiación de la naturaleza sientan una de las bases capitalistas: trabajadores "libres" y acumulación de dinero. Los *pobres*, *excluidos* de los medios, son obligados a dejar su comunidad y no pueden re-producir su vida. Tienen que vender su corporalidad.

La instalación "de un capitalismo periférico europeo no pudo ser lo que fue sin la instalación de un sistema mundial" (Dussel, 2008: 106). En la *acumulación originaria* del capitalismo aparece la problemática de la periferia. El *dinero originario* no es todavía capital. Al comprar trabajo, medios de producción y llegar al producto y este a mercancía y esta sea vendida como dinero está hecho el primer proceso del capital. Completada la primera espiral podemos hablar de capital originario. Ahora bien, para el segundo momento del capital como *plusvalor*, tras muchas rotaciones el primero deviene *puramente plusvalor* (Dussel, 2008). El dinero inicial no importa. Todo el *valor* del capital será *trabajo humano impago* (*robado*).

Esta es la *esencia* del capital que se acumula: "*vida humana objetivada*" (Dussel, 2008: 108). Por eso, a la circulación del capital Marx la llamará *circulación de sangre*[3].

> No es lo mismo decir *fundamento* que *fuente*. *Fundamento* es el *ser* [...]. En el tiempo necesario de trabajo yo produzco el *valor* de mi salario, y ese tiempo necesario está fundado en el *ser* del capital, porque me ha pagado un salario con el dinero del capital; pero cuando yo trabajo más allá del *valor* de mi salario, en el *plus-tiempo* del *plus-trabajo*, la producción de ese *valor* no está fundado en el capital, porque no me pagan, está fundado en la nada del capital, en mi propia *subjetividad* (*fuente* creadora del *valor* desde la *nada*). (Dussel, 2008; 84)

> El pobre como "trabajador es comprado y *subsumido* en el capital. ¿Cómo es subsumido en el capital?, como proceso de trabajo... "El proceso de trabajo... es inherente a todas las formas de producción"[...] el proceso del trabajo dentro del capital [...] constituye su *contenido*, Este *contenido* es el problema de Marx, este es su *materialismo* [...] ¿Quién hace el proceso de trabajo? Un ser corporal, que mueve sus manos y consume la energía de su cuerpo. Por eso se dice, uno está trabajando, está cansado, agotado, y tiene que irse a su casa para dormir y para comer, y para *reponer* aquello que ha gastado. ¿Dónde está aquello que ha gastado?: en el producto, como *valor de cambio*. *Yo objetivo en el producto mi propia vida*. Y lo que era mi vida, como contenido, ahora es *valor de uso.*" (Dussel, 2008: 87)

¿Por qué hacemos estas precisiones que parecen apartadas de los fines de este ensayo: *violencia* y *derecho*? Parecen apartadas porque hace falta una categoría para comprender cómo ese robo y muerte de vida mediante las representaciones del sistema moderno (entre ellas el *Derecho*) llega a concebirse legal, legítimo, justo y pacífico. Encubrir es presentar la vida robada por el capital como riqueza autoproducida y propia (creada de la *nada*). Leyes y normas regulan estas relaciones. Esta forma originaria de encubrimiento caracteriza al *Derecho moderno*. Reflexionar la violencia no se reducirá a una crítica del contractualismo (laboral) encubridor de esas relaciones de explotación y exclusión. Con paciencia e insistencia, se descubrirá aquella categoría crítica del siguiente apartado: la

[3] Metáfora semita. Estos pueblos, entre ellos el judío, identifican la vida con la sangre.

exterioridad. La cual, nótese ya, contiene una *materialidad* o *corporalidad viviente*: el ser humano (y la naturaleza). Continuemos.

Al tratar la *doctrina de la renta* (contra Smith, Ricardo y Malthus), Marx hace ver que el trabajo humano, la persona, crea *valor de cambio* y no la tierra por más fecunda que sea. La *fuente del valor* es siempre el *trabajo, trabajo humano*. Con la deuda externa de los países periféricos "nunca se ha pagado capital tan *puro* (*transferencia de valor*, no sólo de dinero), sin intercambio. Para Marx, el pago del interés se hace con vida humana [...] el pago de la deuda es disminución de vida." (Dussel, 2008: 109-110)

El problema de la *colonialidad*/*modernidad* es el encubrimiento de la vida del otro: la subsunción de la *exterioridad* en la *totalidad moderna*. La crítica de la *modernidad* desde la *exterioridad* como categoría de análisis histórico-filosófica exhibe ese encubrimiento o *negación* que la *colonialidad*, el fetichismo (del *mito sacrificial* moderno inaugurado en América), el capitalismo, han producido como colonialismo y, después, como dependencia estructurada en *colonialidad del ser*, del *saber* y del *poder*. Rebatir el sustancialismo (Dussel 2008, 28) que la Modernidad viene de Europa, es pensar la invasión (inclusión-exclusión) de la periferia latinoamericana. Primera identidad moderna (mundial) que genera la riqueza de la periférica Europa (del sistema interregional Afro-asiático-europeo). El problema de la *exclusión*, no solo la *lucha de clases* (Dussel 2008, 31), afecta nociones teóricas desde la *inclusión por exclusión* (agambiana), la *excepción* (Herbert Marcuse) y lo colonial (estudios subalternos y decoloniales). Evidencia la *excepción* en la *excepción*. Si se vive en un mundo colonial, los estados de excepción que mantiene este orden son una *excepción en la excepción*, injusticia multiplicada.

Marx critica a Hegel "porque […] no le interesa la realidad, sino, le interesa *el saber que yo tengo* de la realidad [...]. Es decir, Hegel es una *conciencia* que tiene un saber *autoconsciente* y que le interesa esa *conciencia*" (Dussel 2008, 39). Marx diferencia *material* (en cuanto *contenido*) y *materiell* (en cuanto cosa física). El materialismo dialéctico confundió ambos. En este sentido, opondrá el *cuerpo* y la *corporalidad* a las *ideas*. El ser humano antes que nada es un *ser corporal*:

> yo tengo un cerebro, el cerebro es un todo aún físico [...], son miles de millones de neuronas, que se transmiten una a la otra por sinapsis [...], si yo no como, mi cerebro languidece y, por último, se muere. Si yo fuera inmortal, si mi alma fuera inmortal, como la de Sócrates, estaría muy contento de morirme [...]: pero el fundador del cristianismo estaba muy triste de morirse, en el Getsemaní, y decía ¡ay!, porque si me muero me muero, y estaba el hombre sudando sangre […]. (Dussel 2008, 45).

La palabra *vida* es frecuente en Marx. La vida es necesitante, si no necesitara la economía no sería. En cuanto el ser humano es capaz de *reproducir su vida* a través de producir pan y también de excluir a unos y dárselo a otros, aparece la política, la cultura, la sociedad, la ética, la filosofía y, por supuesto, el derecho. "La teoría [...] es una astucia de la vida; pero esto no es Nietzsche, sino [...] un ataque a Nietzsche" (Dussel 2008, 45). El ser humano es un *ser necesitante* y en consecuencia *sufriente*. Esta necesidad se vuelve insaciable y el sufrimiento se crea debido a la *lógica* que gobierna el sistema moderno: la generación de riqueza antes que la necesidad humana. Y por esto, "[...] la modernidad es dualista, hasta Kant y Hegel. Y lo sigue siendo hasta hoy, porque mata los cuerpos, pero el capital está muy saludable. Eso es dualismo" (Dussel 2008, 41).

Esto es una cuestión *ética*, por tanto, *universal*. No en el sentido del "pensamiento formalista contemporáneo [que] dice que la ética material es particular, Marx dice que es *universal*" (Dussel 2008, 42).

> La universalidad del ser humano aparece en la praxis, justamente la universalidad que hace de la naturaleza su cuerpo inorgánico, tanto por ser un medio de subsistencia inmediato, como por ser la materia [ahora con *e*, *materiell*], el objeto y el instrumento de la actividad vital (Marx 2010, 39).

Es decir, la persona vive en y de la naturaleza: "la naturaleza es su corporalidad" (Dussel 2008, 43) inorgánica. Este proceso es continuo para no morir. La dialéctica real es *vida-muerte*. No es un biologismo o darwinismo encubiertos, es central en Marx: "El animal es inmediatamente uno con su actividad vital" (Marx 2010, 39). Solo la leve diferencia de la

actividad vital consciente diferencia al animal humano de la *actividad vital animal*. "[Entonces] para Marx, el ser humano es libre, autoconsciente y espiritual [por eso dice que] "hay necesidades del estómago y de la fantasía [(creatividad)]"" (Dussel 2008, 44). Marx incorpora la actividad y el goce social como vínculo con el otro en cuanto existencia para el otro.

> No solo el material (*materiell*) de mi existencia humana, de mi actividad, me es dado como producto social, sino que mi propia existencia es esa actividad social, porque lo que yo hago lo hago para la sociedad y con conciencia de ser un ente social. Mi conciencia general es sólo la forma teórica de aquella cuya forma viva es la comunidad real. (Marx en Dussel 2008, 45)

Esta esencial y descuidada reflexión anida la necesidad de pensar desde y para la *vida* asumiendo la *comunidad-de-vida* antes que la *comunidad de comunicación* (Appel y Habermas).

> hoy en día la conciencia general es una abstracción de la vida real […]. Es decir, una teoría del mercado como equilibrio [es] una falsa teoría, se enfrenta a la vida real […]. "La vida es un intercambio de vitalidad productiva. Cada persona individual se comporta [...] como una conciencia y un individuo práctico consciente en el ámbito del intercambio de la vida social. Ella se comporta con el cuerpo social como un miembro singular, ellas mueren cuando se aíslan unas de otras". (Marx en Dussel 2008, 46)

La *lógica de gratuidad* de la *re-producción de la vida* es doblegada por la *capitalista* moderna. Encubre su explotación. Esta es la substancia de la modernidad eurocéntrica heredada por el imperialismo estadounidense: la guerra de la OTAN en Ucrania es su manifestación. El derecho no puede permanecer ajeno. En el ámbito internacional se puede producir un consenso (disenso de lo dominante) contra la proliferación de la *guerra* como racionalidad. Este asunto concierne a la unidad que los débiles hacen frente a la dominación, como reflexionaban Einstein y Freud.

La vida teórica es expresión de la vida comunitaria del ser humano. La modernidad (capitalista, misógina, racista, homofóbica, etc.) destruye esta vida al robarle los medios para producir y reproducir comunidad/vida. «*I can't breathe*», decía George Floyd, asesinado arrestado en Estados Unidos. "No puedo respirar", dice parte de la humanidad debido a un sistema que permite la brutal mortalidad pandémica. "¡No puedo respirar, me muero!", gritan a la incompetencia e indiferencia de gobiernos y asesores que evalúan el costo-beneficio. En el *neoliberalismo* no ingresa la *vida* como prioridad y el *Derecho* se ha convertido en un campo de batalla para favorecer esa vida –recordemos a Marx polemizando el recojo de leña. La bolsa por encima de la *vida*. Esta es la *dialéctica vida-muerte*. La *modernidad* la ha agudizado con su política, economía, cultura y sociedad de *muerte*, *sacrificiales* y *fetichistas*.

Estos planteos críticos presentan al *Derecho* como crucial durante la *modernidad*. Con la *colonialidad/modernidad,* la *pedagógica* y el *Derecho* tiene un papel como sistema integrado de asimilación de lo *otro* y el *otro*: la *exterioridad*. Chakravorty Spivak (2003) señala que en el imperialismo británico:

> *La educación de sujetos coloniales complementa su producción dentro de la ley*. Un efecto de establecer una versión del sistema británico fue el desarrollo de una difícil separación entre formación disciplinaria en estudios sánscritos y la nativa, ahora alternativa, tradición de la "alta cultura" sánscrita. Dentro de la anterior, *las explicaciones culturales generadas por estudiosos autorizados correspondieron a la violencia epistémica del proyecto legal* [*letra cursiva agregada*]. (p. 319)

Los "pueblos naturales" no hacen historia (Hegel); tampoco, por lo tanto, harían Derecho. Esos pueblos, ahora bajo las imposiciones de la «comunidad internacional» y organismos multilaterales, según la academia occidentalocéntrica y las instituciones educativas dominantes, antes del ingreso en la historia con la conquista y la asimilación, con sus desarrollos teóricos y prácticas no hacían Derecho. Atraviesan la "prehistoria" como estadio atrasado. Las leyes de Indias y otras similares nos ingresan en la modernidad y en los anales del Derecho Moderno como derecho de conquista y aval de la acumulación originaria, la propiedad privada, la expropiación de territorios y las formas de explotación de la tierra y el hombre.

> En interés de mantener la circulación y el crecimiento del capital industrial –y de la tarea concomitante de administración dentro del imperialismo territorial del siglo veinte–, el transporte, la ley y los sistemas estandarizados de educación fueron desarrollados –lo mismo que las industrias locales fueron destruidas, la distribución de la tierra reconfigurada y la materia prima transferida al país colonizador–. (Spivak, 2003, p. 328)

El debate humanista del derecho debe incluir la *fuerza* deslindándola de la *violencia*. Benjamin aborda las violencias instauradora y mantenedora. Agamben le llama *estado de excepción* (violencia) fundador de derecho y garantizador. Violencia mítica (violencia) y divina (fuerza) sirven para diferenciar *fuerza* de *violencia* y *legitimidad* de *legalidad*. Una instaura y asegura *Derecho*, la otra lo destruye. Una cuestión es la *crítica del Derecho* (*moderno*) y su indiferenciación con la *violencia*; y, otra distinta, el *derecho* y su *fuerza*. Lo cual remite a Derrida y el problema fundacional del derecho reconociendo en la *justicia* (no en el Derecho) una "demanda infinita" de justicia:

> […] la justicia [es] irreductible al derecho, […] hay un exceso de la justicia en relación con el derecho, […] no obstante, la justicia exige, para ser concreta y efectiva, encarnarse en un derecho […]. Naturalmente, ningún derecho podrá resultar adecuado a la justicia y, por eso, hay una historia del derecho, […] por eso hay una determinación interminable y una perfectibilidad sin fin de lo jurídico, […] porque la llamada de la justicia es infinita. (Derrida, 2001, p. 55)

3. La violencia y la exterioridad como categorías críticas del Derecho moderno

¿De dónde viene esa demanda infinita de justicia? Superar el *esencialismo antropocéntrico* y *eurocéntrico* modernos, a partir de un *giro antropológico*, exige el rescate *humano* de todas aquellas relaciones en las que es un *ser* envilecido, torturado, violentado, explotado, asesinado. Marx escapa a la *totalidad* hegeliana cerrada. Al descubrir el *fetichismo* del capital comprende la *alteridad*, la *vida negada*, por fuera de la *totalidad* (capitalista) aunque esté subyugada a ésta. La *exterioridad* es el más allá *trans-ontológico*. Transcender la *Modernidad* es ir hacia una *transmodernidad* desde la *corporalidad viviente* como *fuente*

creativa liberadora. La *modernidad* fue promesa, pero redundó en malestar sacrificial con la mundialización del capital y el mercado a través del Derecho y la violencia. Como horizonte civilizatorio la *modernidad* se fundó en y generó desgracias: de 8 mil millones de habitantes la mitad está bajo el aura de pobreza.

El tren del progreso gira en una espiral suicida. Se niega otra vía civilizatoria que traiga consigo el *reino de los libres*. La *exterioridad* como *negatividad* es la victimización sistémica. Pero la *víctima*, agencia de demanda infinita de justicia, enseña *responsabilidad* desde la interpelación ética, ya que alberga el deseo de liberación. Al contrario de Nietzsche, reacio a la «moral de los esclavos» por su "resentimiento y envidia", busca liberar-se de dominar demoliendo las estructuras de la dominación elevando la *crítica* (*ética*) a premisa constructiva de la libertad. Esta labor geosituada, pero con pretensión de diálogo pluriversal, define lo que se diga y haga. El "*desde dónde*" se realiza es una proposición geopolítica, no geográfica. Dicho posicionamiento geopolítico capaz de pensar la exclusión y la opresión toma una dialéctica que, a partir de la *exterioridad*, deviene *ana-dialéctica*, *analéctica*.

Pensar desde la *exterioridad* para la *descolonialización* del *saber*, *poder* y *ser* todavía es tarea pendiente a pesar de los avances en la economía, política, pedagogía, ética, filosofía o derecho. Una teoría para y desde la *vida* nace en el núcleo de la *comunidad*. Esto involucra una radicalización de la participación democrática. Un protagonismo en nuestra historia. Se ha acusado al pensamiento de ser producido sin contenido real. Esto aqueja a buena parte del pensamiento dominante. La especialización de la *praxis* en el tren del progreso con *voluntad de poder* (*/saber*) diseña regímenes de verdad sin interpelación ética por el otro. De esto no es ajeno el Derecho, a pesar de sus aspiraciones constitucionalista e internacionalista. Raras son las constituciones, códigos y leyes de una nación producidas por consenso crítico (ético) de su comunidad. Usualmente son imposiciones, incluso foráneas, que reproducen categorías de otro tiempo y espacio. Además, el Derecho reproduce condiciones formales y materiales de la Modernidad que lo anidó sin preocuparse de las injusticias. Por ejemplo, el neoliberalismo y su impronta en las diferentes legislaciones

(desde su implementación en Chile[4] con el golpe militar fabricado por la inteligencia terrorista estadounidense) dejó una herencia legal que pone en vilo a los pueblos (no solo al chileno), que no superaran sus ordenamientos jurídicos opresores y de exclusión. *Derecho* y *violencia* caminan tan cerca que sus pasos parecen los mismos.

Este Derecho provoca crisis constantes y es parte de la crisis generalizada. Es el problema a resolver. Decreta excepciones para el ejercicio *legal* (no *legítimo*) de la *violencia* cuando los pueblos se rebelan. Esto lo acerca a su origen fundacional: la indiferenciación con la violencia. Naomi Klein (*La doctrina del shock*), decía que la crisis produce estados de shock en el sujeto y las comunidades haciendo más aceptables cambios que normalmente no serían bien recibidos. Presenta como ejemplos los gobiernos de seguridad nacional latinoamericanos y el neoliberalismo. Neoliberalismo y violencia implantaron su nuevo desde los 70'.

La producción de *pensamiento* la deben realizar quienes sufren la historia: ¡qué hable el *subalterno!* (Chakravorty Spivak, 2003): que narren su versión los *vencidos*. Por aquí empieza la subsunción de la *muerte* en la *vida*. Esta *lógica* demanda garantías para todos y todas, no para algunos. Al recuperar su memoria, las *víctimas* dejan atrás su velo e ingresan a la *historia* como agentes de *liberación*. La *negatividad* de las víctimas, asumidas ya como agentes históricos, exige una categoría para su comprensión. La *exterioridad*, introducida por Emmanuel Levinas en *Totalidad e infinito*[5], adolece del ejercicio crítico material que hicimos junto a Marx. Él llena de contenido esa reflexión casi metafísica del *otro*. Para una crítica al Derecho moderno es necesario acudir a los pormenores de esta categoría en el pensamiento latinoamericano. Una necesidad histórica de liberación condujo a retomar lo moderno y sus críticos para servir a los pueblos que buscan transformar su dependencia y colonialidad.

El otro, dice Levinas (2002), "detiene y paraliza mi violencia por su llamada que no hace violencia y que viene de lo alto." (p. 295). *Totalidad e infinito* están interrelacionadas

[4] Se acaban de cumplir 50 años del terrorismo internacional y la imposición del neoliberalismo. El 11S, no el del 2001 (torres gemelas e invasión militar en medio oriente), sino al 11S de 1973 es una coincidencia que da mucho qué hablar.
[5] Dussel desarrolla la *exterioridad* (Levinas) apoyado en Marx desde la materialidad de la vida.

dada la trascendencia de la apertura con que irrumpe la *exterioridad*. El Derecho es una *totalidad* que, tal como la sociología, la psicología, la fisiología, puede ser "sorda a la exterioridad" (Levinas, 2002: 295). Su totalización (fetichismo) obedece al cierre sobre la *exterioridad* como categoría que la hace trascender transformándola en respuesta a la injusticia. Delitos como la «apología al terrorismo» o el «entorpecimiento del funcionamiento de servicios públicos» redundan en la represión de luchadores sociales o en la sanción de la movilización social. ¿Qué Derecho impide a su propia comunidad manifestarse, exigir cambios?, ¿puede decirse democrático o constitucional?

La reflexión sobre la violencia no es solo epistémica o teórica, impregna todo campo práctico. La categoría *exterioridad* denuncia un lugar que todavía es común en la filosofía política moderna y en la filosofía del derecho de veta eurocéntrica, capitalista y heteropatriarcal: la subyugación de la vida a fetiches o dioses mundanos. La exaltación del racionalismo hace recordar el oscurantismo. Ya Marx veía el ateísmo como un problema fundamental. Mal leído por el marxismo ortodoxo, este ateísmo de Marx era contra el dios hegeliano que justifica un estado omnipotente, un leviatán. Dussel también señala que ni en Agustín ni en los padres de la Iglesia existe fundamentación para un "estado cristiano". Marx, como el ateísmo cristiano contra dioses romanos, es ateo de determinado teísmo moderno.

Para Freud 'el primer requisito de la civilización es la justicia'. ¿Qué pasa con la violencia en tanto abono civilizatorio gestionado por Estado y Mercado totalitarios?, Siendo el ser humano un sujeto de creencias, Althusser, le llama *homo ideologicus*, ¿cómo devenir ateos de la diosa *violencia* que demanda sacrificios? ¿Esto implica renunciar o denunciar todo tipo de fuerza?, ¿dónde quedaría la *fuerza del derecho*, porque éste la necesita para ser tal, no es cierto?

Benjamin diagnostica que «todo documento de cultura es a la vez uno de barbarie». ¿Es una sentencia a la creatividad humana o una apertura (exhortación a crear con violencia divina o fuerza liberadora)? ¿Guillotinamos esa razón (instrumental) que está detrás de las barbaries modernas o la salvamos en los términos metafóricos de Cantinflas en *El extra*: "¿esta *madame* no es mujer (una razón entre otras) antes que reina (razón instrumental)?"?

Según Jürgen Habermas, el «paladín de la modernidad», ésta y su razón instrumental apartan la violencia de su núcleo. Propone por problema crucial la realización de sus ideales. Invierte las cosas: los fines son incuestionables, el problema son los medios. Su propuesta de razón comunicativa es ultramoderna pues intenta llevar la modernidad a sus últimas consecuencias.

¿Qué hacemos con la violencia instrumental, medio y fin? ¿Sería posible, junto a Hannah Arendt (2006), afirmar que "siendo por su naturaleza un instrumento, […] la violencia seguirá siendo racional sólo mientras persiga fines a corto plazo" (p. 107)? El problema del «motor de la historia»: la violencia, ¿en qué términos pensarla?, ¿es necesario un enfoque ético? Para Benjamin la violencia (mítica) corre el riesgo de convertir la 'prehistoria' humana en su historia (final). Se requiere un salto civilizatorio, solo posible si el *continuum* histórico de la violencia se supera. ¿Se pretende descartar la fuerza como instrumento del *derecho*?, ¿es lo mismo *fuerza* que *violencia*? Volvemos al tema de la violencia y su instrumentación civilizatoria. Esa violencia instrumental, alineada con determinada racionalidad, ¿es actora de un proceso civilizatorio que inaugura el sistema-mundo y la globalización capitalista? Esa violencia civilizatoria es una *violencia total*, una red, una estructura, un instrumento y también un fin en sí[6]. La *negatividad* interpela y provoca la necesidad de una vasta reflexión sobre la *violencia*. En un mundo como este no es posible rehuirle teóricamente. Se disemina en las prácticas cotidianas y en las interminables guerras imperialistas[7]. Ocupa un lugar neurálgico y su regulación supera los límites del derecho. Es la forma en que este se instaura y la garantía que lo mantiene. La excepción que lo funda y conserva.

El Derecho no es *contrato social* (Rousseau), libertad (Kant), *norma* positiva (Kelsen) o derivación de una ley inmutable y universal. El paradigma pragmático del derecho integrador y deliberativo de Habermas tampoco es capaz de dar cuenta del *derecho* tras la

[6] El giro empresarial *violencia* se valora en las principales bolsas del mundo. La mayoría de recursos usados por las industrias legales o no provienen de una economía de guerra que expropia territorios y desplaza poblaciones. La violencia es un *fenómeno total*. Un *Ares moderno* mediatizando todo. Violencia durante las crisis y la plataforma cotidiana de la vida.

[7] La OTAN instrumentalizando a Ucrania contra Rusia. El imperio estadounidense y sus aliados promoviendo a ISIS en Siria, apoyando la colonización del Estado palestino, controlando los cárteles de la droga en México, Colombia, Perú y otros países y un largo etcétera de guerras convencionales y no convencionales.

avalancha de pensar la *violencia*. Es necesario asumir el *ejercicio del derecho* como un *ejercicio de la violencia* o de la *fuerza*. No se puede esto porque de ser así toda reivindicación o derecho (subjetivo) no podría ser. Aprobar el derecho como acuerdo y como negación de la fuerza es replegar la reflexión acerca de su *legitimidad* para un más acá de la violencia legal dejando para un más allá incierto su evaluación crítica. Mantiene una inercia que la historia nunca confirma, pues el derecho, ejercicio regulado de la fuerza, es cambiante, dinámico, una determinación determinada determinante. Esta concepción reafirma la *exterioridad* por entender el *poder* como *fuerza* y *obediencia crítica* al pueblo.

La modernidad contiene una racionalidad y una subjetividad propias encubiertas en el seno del Derecho que le hace objeto de un análisis crítico. Entiéndase por crítico ir a la raíz del problema. Y la raíz de los problemas societales está en su horizonte civilizatorio (de sentido) impreso por su pasado, historia y representación ideológica del mundo. Cuestión acumulada en el mythos más que en el *logos*, en la representación simbólica del mundo (que también el mismo *logos* es a pesar de los esfuerzos racionalistas por deslindar uno del otro). Esa re-presentación sobrepasa el *logos* y las aspiraciones de cientificidad y llama a reconocer nuestra limitación para explicar la realidad y aceptar la contingencia y finitud humanas.

Al Derecho, su contingencia histórica y el condicionamiento que da y recibe lo constituyen en un campo conflictivo. Europa produjo la mundialización de una inusual forma de racionalidad jurídica que se imperializó con la globalización junto a determinado sistema moderno político, económico, cultural, social, familiar, etc. Con Max Weber (s. XIX) se domesticó una versión de racionalidad cercana al positivismo y al neokantismo. La realidad como una maquinaria de la que se descubren leyes para dominarla. Se demandó también al derecho comportarse así estructurando, bajo principios formalizados, formales, y asegurando el nuevo orden imperial en expansión.

Un análisis que aborde la *violencia* sin estancarse en ella subsume la *muerte* en la *vida* con la *dialéctica positiva* (no *positivista*) que inaugura la *exterioridad*. Pensar críticamente es radical en tanto va a las raíces del problema e ir a las raíces es preguntar por lo que define la civilización. Un acercamiento filosófico (Sorel, Benjamin y Fanon) de la

violencia piensa que tiene "en las sociedades modernas […] un origen estructural [...] y normativo [...]". Una perspectiva sociológica (Durkheim y Weber) piensa la violencia "como un fenómeno ligado a las lógicas de la estructura social y sus normas" (Arteaga y Arzuaga 2017, p. 9). La ciencia obedece a un determinado horizonte civilizatorio, no es ni imparcial ni neutral. El investigador asume un lugar de enunciación cuando hace ciencia. La sinceridad del momento gnoseológico confronta o armoniza las visiones filosófica y sociológica, no entre sí, sino con su grado de compromiso con la realidad.

Pensar la violencia y su origen con el d*erecho*, desde las ciencias sociales o filosóficas, es preguntar: ¿cómo aproximarse a su contenido, a su significado? En términos geopolíticos de *colonialidad-modernidad* es un compromiso contra las injusticias. Un análisis estructural de la mundialidad producto de la descripción crítica de su situación. Nace de las luchas de descolonización y antiimperialismo. Rescata y propone la fuerza de proyectos civilizatorios alternativos.

Pensar la eticidad de la violencia es "establecer una distinción [que supere] la esfera de los medios mismos" (Benjamin, 2007: 183) y de los fines. Este acercamiento geopolítico al proyecto civilizatorio colonial/moderno nos lleva también a considerar que hay una corpopolítica en donde el Sur oprimido es el cuerpo frente al Norte dominador que es el alma del dualismo de la Cristiandad que la Edad Moderna hereda (Hinkelammert, 2018). La Cristiandad, perversión del cristianismo, es importante aquí por una cuestión crucial que la ciencia social moderna, con Max Weber, profundiza. Esta discusión, presentada escuetamente, repercute directamente sobre la reflexión de la violencia y conceptos aledaños como *poder*, *justicia* y *derecho*. Ciertamente, este tema puede ser considerado teológico y sin repercusiones para los fines de este escrito. Pero la comprensión de *religión* que presuponemos la aleja de ser un fenómeno del fuero interno. Se trata de una práctica diaria, de comportamientos, ritos y rituales que, bajo un manto de secularismo, presentan el contenido espiritual material del sistema civilizatorio moderno.

Weber (2002) señala que la ética moderno-capitalista no es propia, viene del espíritu protestante. No toma en cuenta que la *ética de mercado* (Weber, 2002: 494) es una *ética*

funcional que pone en marcha todo un sistema, no solo justificándolo, sino introduciéndose como práctica cotidiana. Impregna la ciencia en general y las ciencias sociales en particular de un aire aséptico. Benjamin (*Capitalismo como religión*) sostiene que el capitalismo no solo hereda determinada religiosidad, sino que estructuralmente la reemplaza, la fagocita y apropia de ella. Es decir, toma la estructura, cambia contenidos, su dios(es), sus sacramentos, sus ritos. Para Hinkelammert la modernidad capitalista hereda el *termidor* cristiano, que consiste en la fetichización del cristianismo en Cristiandad con la introducción del dualismo griego trayendo consigo la condena del cuerpo (especialmente del cuerpo «femenino»), la imperialización romana, la apertura sacrificial de la *modernidad* como *colonización*, primero, y después como *colonialidad* hacia el *sur global*.

Espada y cruz se despliegan en la *modernidad* del *sistema-mundial* y presenta la ecuación: *colonialidad-cristiandad-violencia*. No obstante, falta un elemento crucial para comprender cómo se estructura y qué significado tiene para América Latina la *violencia*. La "modernidad" que los europeos reconocen es la revolución francesa, la revolución industrial, la ilustración, el renacimiento o algún otro evento intrasistémico a su totalidad (Weber). Estas condiciones no le dan una escala global y menos se le puede atribuir las repercusiones que sus defensores pretenden (Habermas). Sin embargo, universalizaron relativamente la secularización-secularismo de la estructura de la Cristiandad como dualismo antropológico contrario a las raíces del cristianismo. Dualismo en donde el cuerpo es despreciado y oprimido.

A la secularización de la religión y la razón le siguió el fetichismo. La religión para entonces era una religión fetichista. No devino una época de las luces, sino una segunda edad oscura europea, que esta vez se encargaron de imperializar. Separaron las creencias de lo científico, filosófico. La cuestión *ética* se apartó del pensamiento y la práctica. De nodo reflexivo pasó a ocupar un lugar tangencial bajo el rótulo de lo "subjetivo", reducida a la esfera privada y opacada como deontología según cada especialidad. El secularismo, que simula alejarse de la cuestión religiosa, expropia a la religión su lugar soberano en la civilización occidental. No hay una nueva estructura que reemplace a siglos de dominación religiosa. La decapitan conservando su lógica. Lo divergente es excluido como en la

inquisición. Por ejemplo, si la ciencia concibió a la naturaleza como recursos naturales, toda otra versión es animista, pre-moderna, atrasada, cósmica. Esa ciencia, como emisaria de la diosa razón, domina y ata al ser humano a ser verdugo de sí mismo y de la naturaleza. La humanidad ha realizado logros científicos de liberación frente a la violencia, es cierto, pero la crítica epistémica y el genocidio de saberes conforma el contenido de la violencia histórica. Decía Benjamin, 'todo documento de cultura es un documento de barbarie' y 'cuando la derrota adviene, ni siquiera los huesos de los vencidos están a salvo', advirtiendo el peligro o barbarie sobre los pueblos del mundo debido a una dominación imperial que roba, extermina y recrea la historia universal[8].

La ecuación suma un factor más: *colonialidad-cristiandad-violencia-secularización* (secularismo). Sin embargo, esta última categoría parece inapropiada. Capitalismo no solo es un horizonte civilizatorio que se impone económica y políticamente, sino una religión en sentido secularizado que incluye creencias y prácticas personalísimas (religiosas propiamente), y de orden mundano. Una *religión total* con ritos propios, económica, política, derecho, etc. Fagocita el cristianismo invirtiéndolo en cristiandad y ahora emplea su estructura. Reemplaza su dios y va al rescate de Europa y el mundo de las tinieblas medievales. Su pretensión redentora del oscurantismo conduce un sistema de opresión y exclusión que empieza negando su condición esencialmente espiritual a pesar que introduce su influencia en la misma práctica cotidiana. Reformada, la ecuación queda así: *colonialidad-cristiandad-violencia-fetichismo*.

Nos devuelve a la argumentación inicial cuando referenciamos la inauguración sacrificial del mundo moderno. Se encubre las estructuras coloniales con discursos de democracia y libertad. Las 11 mayores industrias tienen a un dios común: la ley o la lógica de la ganancia. Drogas, guerra, petróleo, banca, alcohol, falsificaciones, trata de personas (prostitución, pornografía, explotación laboral-sexual, etc.), farmacéutica y otros se basan en someter al ser humano a relaciones en las que es un ser humillado (Marx, 1968: 15). El fetichismo ha corroído las estructuras de la modernidad en su inicio y núcleo (no-ético)

[8] La división mítica de la historia en tres etapas (antigua, media, moderna) es emblemática. Este mito dominador de los románticos alemanes se replica en todos los niveles educativos del mundo.

permitiendo el flujo de los males humanos en un océano de injusticias en donde 10 000 niñas y niños mueran cada día de hambre o desnutrición.

De Max Weber (2002) vino una concepción peculiar del *poder*: *dominación entre obedientes*. Esta concepción desampara al ser humano y reprime la discusión sobre la *legitimidad* del *poder*. Alienta la resignación a la *humillación*. Postulados recientes, en voz de los dominados (los zapatistas en México, la revolución ciudadana ecuatoriana, la revolución bolivariana y el plurinacionalismo boliviano) catalogan esta pretensión instrumental de antiética y encubridora de otras versiones posibles de *poder*. No parten de una antropología agonística o disputa del *poder* o de este como imposición sobre las "masas", sino de un *núcleo ético-mítico* que valora la cotidianidad del ser humano con sus semejantes: *ser* que necesita creer (sentir, pensar) su existencia, y, sobre todo, necesita creer en su comunidad (el apoyo que recibirá), en la naturaleza (la lluvia que vendrá).

La violencia puede ser legalizada o justificada. Hannah Arendt postuló la *banalidad del mal* como la forma cotidiana que los agentes violentos usan según una *ley* que dispone, disculpa y organiza su deber. La ley se cumple mediando el *deber kantiano* de su mera enunciación antes que por la bondad de su enunciado (contenido), como el caso nazi. Weber, sin embargo, no vio la violencia con ojos de moralidad, sino, desde una posición neutral. Un medio imparcial y objetivo, cuyo uso y 'legitimidad' depende del más fuerte, el más demagogo o el más carismático. Esta forma de abordarla conduce a considerarla elemento del poder o expresión de este o su esencia y no su perversión o inversión. ¿Es posible transponer la *fuerza* a la *violencia* y, en última instancia, evitar caer en la indiferenciación entre *derecho* y *violencia* a través de un posicionamiento *ético* sobre la *fuerza*?

Si, por una parte, establecíamos la relación *colonialidad-cristiandad-violencia-fetichismo*. Por otra, corresponde deslindar posiciones de la percepción de la violencia en el parto de la historia o de un nuevo horizonte(s) civilizatorio(s). Teniendo la revolución como paradigma, aquello que acerca la civilización a lo nuevo liberador y abandona lo viejo dominador en la pre-historia, se hace patente una responsabilidad con el presente. Con la *liberación* a través de la radicalización de las *fuerzas* que combaten la *violencia* cotidiana,

que de tanta repetición se normaliza como la 'justicia que merecen' los pueblos: una intervención militar autorizada por el Derecho Internacional disfrazada de humanitarismo, relaciones económicas coloniales acorde a Derecho arbitral que encubren sanciones, embargos y guerra económica. En "la revolución […] ningún lugar le está reservado a los sociólogos, a las gentes de mundo, amigas de las reformas sociales, a los intelectuales que han abrazado la *profesión de pensar para el proletariado[, para los pueblos excluidos y oprimidos del mundo, en su caso]* " (Sorel, 1978: 141), porque, si algo significa la radicalidad de la revolución, es ir a las raíces del problema para transformar la violencia que somos, esa que ha diseñado la historia de los últimos 500 años y que alimenta los fetiches a los que se sacrifica la vida humana y la naturaleza.

Un pensamiento crítico acerca de la *violencia* tiene por primera tarea transformar la concepción y el ejercicio del *poder* y el *derecho*. De 'dominación entre obedientes', ahora se debe apostar por un *poder* que no sea 'servirse de lxs otrxs', sino *servir a lxs otrxs*. La crítica de la religión como rescate del *cristianismo* de la Cristiandad ejemplifica que la crítica de la violencia es superar el horizonte sacrificial y suicida hacia un horizonte del despliegue de la vida. Esto se logrará en comunidad bajo la vocación del "*mandar obedeciendo*" que no fetichiza el *poder*. Un *poder* como *dominación* que indiferencia *violencia* de *justicia* es reemplazado por *poder* como *servicio*. Así, es posible un discernimiento crítico de los dioses mundanos que gobiernan este mundo. Un discernimiento del *derecho* para que responda a la demanda infinita de *justicia*. Una oportunidad para discutir la *legitimidad del derecho moderno*. Cuya racionalidad jurídica entra en crisis por la disputa del Estado, antes gendarme de una clase y sus intereses, ahora desregulado, privatizado y abandonado; y, por la vigencia de racionalidades jurídicas comunitarias alternativas (Hopkins Moreno, 2018: 93) que han sobrevivido y ahora toman mayor *poder*.

4. Prolegómenos para un derecho crítico

La violencia estructural, simbólica y subjetiva configura las periferias subjetivadas, estructuradas, determinadas por el *colonialismo* y la *colonialidad*. El mal llamado descubrimiento, fue un *encubrimiento* de América (Dussel, 1994) por su brutal incorporación

al nuevo orden mundial a partir de 1492. Desde entonces la *excepción* la ha definido. Las formas de control colectiva y subjetiva se han perfeccionado y ampliado en la profundización de la *excepción colonial* traducida multifactorialmente como exclusión y opresión de clase, raza, género, etc. Es decir, la explotación del *marxismo estándar* no es la forma exclusiva de dominación. Ésta se ha desplegado constituyendo subjetividades, estigmatizando corporalidades, lacerando territorios, desubjetivando (o basurizando), etc. De 1200 millones de americanos cerca de 200 millones viven en condiciones de extrema pobreza. En el mundo no menos de un tercio de la población vive debajo de los índices de pobreza. De los 23 países de violencia letal, 18 pertenecen a esta región. Las brechas de desigualdad en América Latina son las mayores del mundo y el número de mujeres asesinadas es alarmante. Numerosas campañas de exterminio sobre sus pueblos originarios y su gente en general también se reflejan en una historia plagada de golpes de Estado (200 aproximados). Las dictaduras militares de la época 'republicana' violaron derechos, cometieron genocidios y delitos de lesa humanidad. Ahora, durante la pandemia, la eugenesia definió una necropolítica con cientos de miles y hasta millones de muertos. Con los índices de mortalidad más altos: de seis millones de muertxs, América ostenta el 50%. El número oficial de muertes solo en Perú representa casi el total de África (aproximadamente 250 mil fallecidxs). No es un 'genocidio por goteo' (Zaffaroni), sino "genocidios a chorro". En más de 20 años de guerra interna en Perú durante los 80´ y 90´, según el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, fueron asesinados cerca de 70 mil personas. En menos de tres años de pandemia, la cifra oficial es tres veces mayor. Y la cifra real no se conoce y posiblemente triplique o cuadriplique las 221 mil muertes contadas. Hablamos de casi un millón de personas. Significa que, de cada 30 peruanos, uno murió. Esta nueva especie de *genocidio estructural* es consecuencia del horizonte civilizatorio moderno al que nos hemos aproximado con la *violencia*. La *excepción,* como se dijo, es la regla. Se indiferencia excepción y normalidad. ¿Volver a 'la normalidad' previa?, ¿volver a las condiciones, ahora peores, que determinaron un millón de muertos? ¿Qué normalidad se nos vende con la parafernalia mediática?, ¿no es acaso la *excepción* manufacturada *normalidad*?

La apertura sacrificial de la dominación colonial moderna colocó a inferiorizados, minorizados, excluidxs y oprimidxs en *estado de excepción* constante (Marcuse, 1965).

Estudiar esta *excepción cotidiana* es la apertura permitida por el *pensamiento crítico del derecho* desde la *criminología crítica*. Estudiar la *normalidad* de la *violencia* era la *excepción*, ahora, en cambio, se busca combatir esa especie de cotidiana *violencia mítica* (Benjamin) moderna que exige sacrificios de sangre. Se niega la *violencia*, pero hay que subrayar su diferencia de lo que se comprende por *fuerza*. Solo así se transitará de la *violencia* al *derecho* y del *derecho* a la *justicia*.

La *fuerza* hecha *derecho* permite decir que obedecer se basa en un mandato de *autonomía* y *servicio* y no en *violencia*. Esto nos acerca a ser pueblos libres superando las penurias normalizadas en la *modernidad* como fatalidad de sus dioses. La violencia determinada por política, economía, cultura, sanidad, educación, derecho a su vez determina estos campos. Múltiples factores diseñan las violencias que se normalizan, biologizan o naturalizan según el dispositivo que empleen los discursos mediáticos y seudocientíficos. El *complejo de inferioridad* (Grosfoguel, 2009) fue instaurado por una dominación de siglos e imprimió, en cuerpo y mente de las poblaciones periféricas, un auto-desprecio frente al dominador. La lógica de mirar afuera y decir de afuera es mejor. 'La *culpa* del *subdesarrollo* es la cruz de sociedades débiles y ociosas que determinan su propio atraso'. Esta *transferencia de culpa*, vista como síndrome de *malestar en la cultura* en nuestras gentes y pueblos, también es extensión de la *violencia fundacional*. La violencia informa el saber que empleamos para explicar nuestra dominación en base a epistemicidios, robo y fraude epistémico.

La violencia económica y política, relacionadas intrínsecamente desde la colonia persisten, persiste durante la vida republicana, especialmente en la configuración del nuevo ordenamiento jurídico. Latinoamérica sufrió 200 golpes de Estado en los que directa o indirectamente participa el imperio estadounidense. La última vuelta de tuerca que la modernidad capitalista dio al mundo, el neoliberalismo, fue también brutal. La *excepción neoliberal* se implantó en la *excepción colonial*. La emergencia global del neoliberalismo iniciada sacrificialmente con el golpe de estado a Allende en Chile, el 11 de setiembre de 1973 agrava la violencia generalizada reinante. La pos-soberanía estatal (Zaffaroni y Dias,

2019, p. 114) se subyuga a los intereses capitalistas imperiales y las corporaciones multinacionales.

La denuncia de la violación sistemática de derechos humanos en nuestra región no es un ejercicio enunciativo. Esta *violencia total* con microexpresiones hasta graves manifestaciones macrosociales, mantiene en vilo la pregunta por sus fuentes y ¿qué alternativas críticas puede proponer el *derecho*? En términos criminológicos y político-criminales (competencia del derecho también), el mayor esfuerzo de la sociedad debe dirigirse a la prevención del delito (Romagnosi citado en Baratta, 2004: 28). Prevención de la *violencia*. Esto quiero decir que hay una unidad práctica indisoluble entre *saber* (ética, filosofía, política, economía, derecho, criminología, etc.), *poder* (legislación, política criminal, horizonte civilizatorio que subsume el saber en sus campos prácticos diseñando un régimen de verdad) y *ser* (carácter social, pulsiones, sentido de mundo, *logos* y *mythos* concretos, etc.). Esta simbiosis *saber/poder/ser* determina y justifica un ejercicio punitivo redirigido a los mismos violentados sistémica y estructuralmente.

El *pensamiento crítico del derecho* abre campos prácticos antes no problematizados. La *cuestión criminal* obedece, por ejemplo, a estructuras de poder económico-político-cultural, con una crítica que trasciende la *ley* o lo meramente legal o ilícito. Una *cultura de la violencia* (Garland), una economía empobrecedora, una necropolítica de postcontrol (Deleuze, Mbembe), disciplina y vigilancia (Foucault), en general un horizonte civilizatorio tiene por lógica una que agravia a mayorías y minorías. El *análisis crítico del derecho* empieza cuestionando el juego constitutivo de su propio saber para transformar la teoría a favor de la liberación de los pueblos. La *demanda de escucha* (Luc-Nancy) de la realidad sufriente obliga a responder con responsabilidad ética. Por el bien de todos, primero los pobres, se dice hoy en México. Lo cual converge en políticas contra el malestar y a favor del bienestar en la cultura.

Fundar un pensamiento sobre la *violencia*, el *derecho* y la *fuerza* comprende la necesidad de ir a las raíces del problema civilizatorio: partir de un *saber/poder* al *servicio* de la *vida* (el *ser*); mutar la concepción de *poder* heredada de la inversión del cristianismo en

Cristiandad y de ontologías y antropologías que ven al 'hombre como lobo del hombre'; y, por lo tanto, del *poder* como *dominación*.

La prehistoria suele fijarse entre los momentos de piedra y fuego. Pero lo desarrollado hasta aquí permite decir que lo característico de esa prehistoria es la *violencia*. Violencia agudizada en *colonialidad/modernidad* y que determina un momento de inflexión en el que se decide el destino. Si «el primer requisito de la civilización es la justicia» (Freud) y si por *justicia* entendemos el remedio a la *violencia* que no descarta la *fuerza*, se puede decir que esa *prehistoria es la violencia* y que la superación de este horizonte mítico sacrificial moderno es el salto civilizatorio que la humanidad espera entre tantos dolores de parto.

Si la *justicia* es la respuesta al malestar actual, ¿qué *instrumento político* se tiene al alcance? Freud (1932) responde a Einstein

> Sabemos que […] un camino ha llevado de la violencia al derecho, ¿pero, cuál? No hay más que uno, a mi juicio, y es el que muestra que varios débiles unidos pueden hacer frente a uno más fuerte: "La unión hace la fuerza." Así, la unión socava la violencia; la fuerza de esos elementos reunidos representa el derecho, en oposición a la violencia de uno solo. (s. p.)

Esta unión de los débiles debe ser estable y duradera, debe organizarse y establecer instituciones que prevengan violencias con el riesgo que esa *fuerza* se convierta en *violencia* de la comunidad y volvamos al problema inicial. Para evitar esto, el criterio no es el establecimiento de la ley y su enunciado, sino que enunciado y cumplimiento de ley manifieste el contenido material de las aspiraciones de *justicia*.

La reflexión del *derecho* como análisis de la *violencia* informa sus orígenes y estructura. No se restringe a lo *legal*, lo trasciende como *legitimidad* en el ejercicio del *poder*. Por lo cual asume una postura ética, epistemológica y antropológica. El *locus de enunciación* expresa esa responsabilidad con *desde dónde, desde quienes* y *para quiénes* teorizar. Este

reto impuesto por el giro descolonial es la descolonización de las estructuras de *saber*, *poder* y *ser*, incluidas las que fundan *derecho* y las que funda el *derecho*.

La *violencia* vigente en las funciones de instaurar y mantener *derecho* no se justifica por el mero *deber*, sino por su *necesidad*. ¿Qué instaura la *necesidad del derecho*? "al ejercer […] poder sobre la vida y la muerte, el derecho se fortalece mucho más que con cualquier otra práctica." (Benjamin 2007, p. 192). ¿La *fuerza* justifica el *derecho* o más bien es su 'instrumento' en favor de los débiles o, tal vez, el *derecho* sea el ejercicio de esa unión de fuerza de los débiles?, ¿el *derecho* no es instrumento no es así, una astucia de la vida? Como sucede con los mecanismos de *policía* y el borramiento de la *política*, con el *derecho* la crítica denuncia la indiferenciación que conduce a su vigencia por la mera *violencia* de su *forma* y no por la *fuerza* de su *contenido* o su *justicia*. Urge diferenciar esta *fuerza* de la comunidad de la violencia del poderoso, que no puede fundar *derecho* en sentido crítico, aunque pueda llegar a tener vigencia, aplicación y hasta seudo-aceptación debido al *terror* (y *horror*) y la *culpa* que impone. La *legitimidad* le estará negada en tanto *violencia*. El *análisis de la violencia* es *crítica del poder* que permite diferenciar la *fuerza del derecho* de la *violencia legal*.

Indiferenciar poder, fuerza y violencia confunde la caída de una piedra con un asesinato, como le pasó al primer Wittgenstein. La *fuerza del derecho (de los débiles)* viene de las negatividades cohesionadas en la condición de *agente político*, de *pueblo*. Defendiendo lo sagrado, "la vida" (Benjamin 2007, p. 204), la estrategia es distinta a la de Agamben que desacraliza los dispositivos. Antes que hacer caer los dioses mundanos, o a la par, esencialmente se trata de elevar aquello que está por los pisos: la vida humana y natural. "Una nueva edad histórica se alza así sobre la quiebra de este ciclo" (Benjamin 2007, p. 205) de violencia en el que la mera vida da paso a la existencia plena con la implementación de un *derecho otro*, *débil derecho*: el *derecho de los débiles*. Un *derecho crítico* con las relaciones sociales, políticas, económicas que en un primer momento lo definían y reducen a ser su reflejo aparentemente neutro e indiferente a la *ética*: no crítico.

"Para ser lo que es, *la* ley necesita *de las leyes* que sin embargo la niegan, en todo caso la amenazan, a veces la corrompen o la pervierten." (Derrida, 2008, p. 83). ¿Es curioso como el derecho termina fundando derecho? El *derecho* que se propone como *otro derecho, derecho del otro,* fundamenta su legitimidad en la *fuerza de las víctimas* del Derecho vigente. El *derecho* necesita de la *fuerza legítima*, aunque amenace con pervertirlo cuando se inscribe en relaciones de poder que pueden indiferenciarlo de la *violencia* (*ilegítima)* del poderoso. "Toda violencia mantenedora del derecho indirectamente debilita a la violencia instauradora del derecho" (Benjamin, 2007: 205). Pretende mantenerse como mera *ley* (*legalidad*) y no como *derecho* (*legitimidad*). El *derecho* no es las leyes de ordenamiento, es la unión, la *fuerza* y perseverancia *en la justicia de los débiles*. La *fuerza* es una vocación de *justicia* en la medida que sirve a la *vida* de quienes violentan la *ley*. Si la *violencia* inaugura la *modernidad* como colonización y la mantiene como *colonialidad*, la *crítica de la violencia* será el salto civilizatorio que sustraiga de esa historia sacrificial nuestro destino y el *derecho a la justicia*.

La reflexión sobre la *violencia del Derecho* y su indiferenciación (aparente) con la *fuerza del derecho* dirige el rumbo hacia un *derecho crítico*. Si la *fuerza* es un instrumento del *derecho crítico*, la problemática de la *legalidad* práctica se redirige a algo más primordial y radical: la *legitimidad*. La superación del paradigma de la *legalidad* pasa por un debate sobre la *legitimidad del derecho*. Y esto no es cuestión de mayorías, sino de participación democrática en la vida de la comunidad. Involucra, por tanto, disputa, disenso (para de-construir lo dominador) y también consenso crítico para innovar lo liberador, organizar su factibilidad acercando la *justicia* y alejando el paradigma necropolítico del 'dejar morir, hacer morir': el neoliberalismo, expresión socio-económico-político-jurídica actual de la colonialidad moderno-capitalista.

Los "campos de concentración" (Agamben, 2016) están dentro de un marco más general: la *guerra* (histórica, cotidiana y ubicua). La reflexión sobre el *Derecho moderno* a partir de la transfiguración de la *violencia* en *fuerza* y el rescate de la *negatividad* que encubre la *exterioridad de la vida* nos lleva a un nuevo momento de la creación del *derecho*: un

derecho que ya podemos llamar *derecho crítico*. Una *totalidad* no cerrada sobre sí y con apertura al *derecho a la justicia* que necesitan los pueblos.

5. Conclusiones

La reflexión geopolítica demuestra que la violencia es el motor de la historia y que pensar el derecho en estos términos es una necesidad teórica para evitar la fetichización de cualquier sistema jurídico. La *exterioridad* hace referencia al materialismo de la corporalidad viviente en tanto *fuente* de la reflexión del saber, el poder y el ser que informan la creación del derecho y su ejercicio obediencial en favor de oprimidos y excluidos. Por tanto, desde la *negatividad sistémica* viene una interpelación ética infinita de justicia hacia el Derecho en tanto *totalidad totalizada*, cuya respuesta deviene en su transformación crítica.

La modernidad hereda una veta de dominación del dualismo de la Cristiandad en donde el cuerpo es subyugado y despreciado. El Derecho reproduce esta lógica en su formalismo exacerbado y alejamiento aséptico de los cuerpos y territorios supliciados por la modernidad. No se preocupa por la justicia, sino por ordenar y garantizar el orden vigente. Esta verdad de su ejercicio fue encubierta en términos racionalistas y seculares dejando en el entresijo de la crítica la posibilidad de denunciar el fetichismo que siguió reproduciendo.

El termidor cristiano, heredado y fagocitado por el capitalismo, consiste en la condena del cuerpo (especialmente de la mujer), la imperialización (romana) y la apertura sacrificial de la modernidad como colonización y colonialidad que determina la concepción y ejercicio del Derecho como ejercicio de violencia.

Un pensamiento crítico sobre la violencia tiene transforma la concepción y ejercicio del poder y el derecho. El poder es servicio a los otros, a la vida de los otros. Eso requiere un derecho que implemente la fuerza necesaria para asegurar y mantener los medios necesarios para la vida. Parafraseando Shakespeare citado por Marx, se quita la vida si se le quitan los medios necesarios para re-producirse. A esta labor de aseguramiento de la vida y sus medios está dirigido un derecho crítico, un derecho de la liberación de los medios de la vida.

A la par de desacralizar los dioses mundanos de la modernidad se debe elevar aquello que está por los suelos: la vida. Una nueva edad histórica quiebra el ciclo de la violencia en el que la mera vida da paso a la existencia plena con un derecho de los débiles. Derecho crítico con las relaciones sociales, políticas, económicas que en un primer momento lo definían y reducían a ser su reflejo indiferente a la ética.

Referencias bibliográficas

Agamben, G. (2016). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos.

Arendt, H. (1970/2006). *Sobre la violencia*. Alianza.

Arteaga N. y Arzuaga J. (2017). Violencia. *Estructuras, sujetos, interacciones y acción simbólica*. Flacso.

Baratta A. (2004) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.

Benjamin, W. (2008). Sobre el concepto de historia. En R. Tiedemann y H. Schweppenhäuser (Eds.), *Walter Benjamin. Obras*, libro I, vol. 2 (pp. 303-318). Abada.

Benjamin, W. (2007). Hacia la crítica de la violencia. En R. Tiedemann y H. Schweppenhäuser (Eds.), *Walter Benjamin. Obras*, libro II, vol. 1 (pp. 183-206). Abada.

Chakravorty Spivak, G. y Giraldo, S. (2003). ¿Puede hablar el subalterno? *Revista colombiana de antropología*, vol. 39, enero-diciembre, 2003, pp. 297-364.

Derrida, J. (2008). *Hospitalidad*. Ediciones de la Flor.

Derrida, J. (2001). *¡Palabra!* Trotta.

Dussel, E. (2011). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión.* Trotta.

Dussel, E. (2008). *Marx y la modernidad*. Abrelosojos.

Dussel, E. (2007). *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*. Vol. I. Trotta.

Dussel, E. (2000). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. CLACSO.

Dussel, E. (1994) *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del "mito de la modernidad".* Plural editores - UMSA.

Freud, S. (1932). *¿Por qué la guerra?* https://es.unesco.org/courier/marzo-1993/que-guerra-sigmund-freud-escribe-albert-einstein.

Grosfoguel, R. (2018). ¿Negros marxistas o marxismos negros?: una mirada descolonial. *Tabula Rasa*, (28), 11-22. Doi: https://doi.org/10.25058/20112742.n28.1

Grosfoguel, R. (2009). Apuntes hacia una metodología fanoniana para la descolonización de las ciencias sociales. En *Piel negra, máscaras blancas*. Fanon. F. pp. 261-284, Akal.

Hegel, G. W. F. (2004). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (edición virtual). Alianza. www.ebiblioteca.org

Hinkelammert, F. (2018). *Totalitarismo de mercado. El mercado capitalista como ser supremo*. Akal.

Hopkins Moreno, A. (2018). *Elementos para una Filosofía latinoamericana de la Justicia Comunitaria* [Tesis doctoral, UNAM]. Repositorio institucional de la UNAM: https://repositorio.unam.mx/contenidos/elementos-para-una-filosofia-latinoamericana-de-la-justicia-comunitaria-3458982?c=BOm0xQ&d=false&q=*:*&i=1&v=1&t=search_0&as=0

Levinas, E. (2002). *Totalidad e infinito*. Ediciones Sígueme.

Marx, K. (2010). *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844* (edición virtual). Biblioteca Virtual Universal. Disponible en www.biblioteca.org.ar

Marx, K. (1968). Introducción para la crítica del Filosofía del Derecho de Hegel. *Filosofía del Derecho*. Hegel, F. 5ta ed. Claridad.

Marcuse, H. (1965). Epílogo a *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Benjamin, Walter. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, pp. 99-106. https://artilleriainmanente.noblogs.org/?p=1359

Max, W. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. FCE.

Quijano, A. (2014). "Colonialidad del poder y clasificación social". En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, 285-327. CLACSO.

Sorel, G (1978). *Reflexiones sobre la violencia*. La pléyade.

Zaffaroni, R. E. y Dias dos Santos, I. (2019). *La nueva crítica criminológica*. *Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. El siglo.

VOLVER A LA VERDAD PROCESAL

Juan Cruz Ara Aimar[1]
Código ORCID: 0009-0007-0625-2507
juancruzaraaimar@gmail.com

"*No es cierto que el investigador busque la verdad; es la verdad la que le busca a él; él tiene sólo la pasión, la embriaguez en hechos que dibujan su carácter y nada le importa que de sus descubrimientos proceda un todo, algo humano, perfecto, o lo que sea. Es un ser contradictorio, enérgico y sufrido*".
Musil, El hombre sin atributos.

Resumen

El presente artículo intenta dar cuenta de las consecuencias sociales del abandono de la verdad procesal y la respuesta de la jurisprudencia y la doctrina ante esa situación. Luego, propone volver a la verdad desde la teoría de redes o dispositivos y el Nuevo Realismo, sin confundir los planos epistemológico y ontológico.

Palabras Claves: Verdad, proceso, Poder Judicial, Foucault

VOLTAR À VERDADE PROCESSUAL

Resumo

Este artigo tenta explicar as consequências sociais do abandono da verdade processual e a resposta da jurisprudência e da doutrina a essa situação. Em seguida, propõe retornar à verdade a partir da

[1] Juan Cruz Ara Aimar es Abogado, Doctor en Derecho (FDER-UNR) y Profesor Universitario (UCEL), Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho (UCEL) y Ayudante de Primera de Sociología General y del Derecho (FDER-UNR) y Filosofía del Derecho (FDER-UNR). Es socio de la SASJU y se desempeña como Secretario del Juzgado Federal de Venado Tuerto, Santa Fe.

teoria das redes ou dispositivos e do Novo Realismo, sem confundir os planos epistemológico e ontológico.

Palavras-chaves: Verdade, processo, Poder Judicial, Foucault

RETURN TO PROCEDURAL TRUTH

Abstract

This article attempts to account for the social consequences of abandoning procedural truth and the response of jurisprudence and doctrine to that situation. Then, he proposes returning to the truth from the theory of networks or devices and New Realism, without confusing the epistemological and ontological planes.

Keywords

True, trial, Justice System, Foucault

1. A manera de introducción

Raimundo Silva, un corrector de textos retraído y anodino, introduce un "no" donde debería ir un "si" en un libro que narra la historia de la liberación del Cerco de Lisboa. De tal manera, el texto afirma, en contra de las pretensiones del autor, que los cruzados no auxiliaron a los portugueses a liberar la ciudad, cuando sí lo hicieron. Como en otras de sus obras célebres, la sagacidad de Saramago presenta una paradoja: ¿cambió la historia del Cerco de Lisboa por la introducción del "no"? ¿Se modificaron estos hechos? ¿Existen tantas historias como escritores o correctores? (2008).

La novela del escritor portugués aborda una problemática muy cara a los tiempos que corren, cuyas últimas consecuencias permanecen aún en una niebla espesa: la confusión del saber y el ser, del discurso y la realidad. Al mismo tiempo, la obra anticipa la postura aquí propuesta. A pesar de que Raimundo Silva "cambia la historia del Cerco de Lisboa", el libro es publicado con una fe de erratas. Al final, la verdad no se modifica por la idea de un solo hombre.

2. ¿Por qué hablar de la verdad?

Cualquier infracción a la ley presupone veracidad. Para poder castigar o condenar, es necesario precisar si alguien realiza determinada conducta y si se encuadra en una norma jurídica. En palabras más elocuentes: toda instancia que dice la ley, que tiene jurisdicción -iuris dictio- "consume y fabrica, utiliza y produce, suscita y enuncia una cantidad considerable de 'decir veraz" (Foucault, 2014b, p. 31).

No obstante, en los estudios sobre el Poder Judicial, la verdad parece desterrada del vocabulario académico, es citada sólo para lanzarle los reproches más severos, o encomillada, en el mejor de los casos. La verdad en el ámbito jurídico no es más que un resabio de leyes vetustas y citas de antaño. Quien se atreve a hablar de ella, quien tiene "el coraje de la verdad" (Foucault, 2011a), es tildado de ingenuo y mirado de soslayo. ¿Por qué, entonces, volver a hablar de la verdad en el marco del proceso, y en qué condiciones hacerlo?

Hay varias razones para ello, razones que podríamos llamar sociales. En primer lugar, son determinadas normas jurídicas, todas ellas productos novedosos de la democracia y con altos índices de consenso, las que devuelven la verdad al terreno de juego, las que le hacen recobrar fuerzas. Hablamos en concreto de la Ley Micaela (27.499), la Ley Yolanda (27.592) y la Ley Lucio (27.709), que incorporan la capacitación en perspectiva de género, ambiente y niñez, respectivamente, en los distintos poderes del Estado. A partir de ellas, los funcionarios judiciales ya no pueden adoptar un rol pasivo ante estas problemáticas. Los jueces y juezas, en particular, deben buscar la verdad de la violencia o la contaminación aún cuando ninguna de las partes formalice un planteo específico.

La cuestión, entonces, no es anodina. El Estado considera impostergable la defensa de estos colectivos vulnerables y del medio ambiente y reclama para la justicia en los casos concretos la búsqueda activa de la verdad por parte de los operadores jurídicos. Lo que este reclamo de justicia/verdad evidencia es que la justicia procedimental es insuficiente, que en una sociedad desigual, el capital económico o simbólico se intercambia por jurídico, que el sistema sigue favoreciendo a los mismos de siempre.

En segundo lugar, el declive del proceso como dispositivo de decir veraz es una manifestación de una problemática más general: la deslegitimación del Poder Judicial. Lo importante, en este caso, es entender que si no es a través de los rituales procesales que se establece la verdad del caso, otro dispositivo ocupa su lugar: los medios, la política, la economía o, actualmente y con cada vez más ímpetu, la tecnología.

Respecto a esto último, en su análisis de la inteligencia artificial, Éric Sadin refiere a la emergencia de una aletheia algorítmica: "ciertos sistemas computacionales están dotados -nosotros los hemos dotado- de una singular y perturbadora vocación: la de enunciar la verdad" (2023, p. 17). Esto impera en una línea de pensamiento que no descree de la verdad en sí, sino de quienes son capaces de formularla: las personas. Se desconfía entonces de la falibilidad, no de la aletheia, y se presenta como panacea suplantar a los individuos por una máquina capaz de decir veraz.

En nuestro caso, los obstáculos no son otros que los jueces y juezas, y el razonamiento es presentado como lo más lógico: si estamos en presencia de un sistema cerrado, susceptible de matematización, entonces la posibilidad de dictar sentencia a través de un algoritmo sacaría de la ecuación aquello que la hace imperfecta e inestable: los seres humanos. Curiosamente, esta receta presentada como novedosa abreva bastante de la antigua prueba legal o tasada y de los postulados de la exégesis, que emergieron al fragor de una burguesía que, en la cristalización de sus prácticas, desconfiaba de la labor judicial.

La incursión de estas máquinas capaces de enunciar la verdad nos coloca en una encrucijada: si afirmamos la imposibilidad de las personas -en este caso, jueces y juezas- de alcanzar la verdad en algún grado, cedemos el terreno para que la cibernética se ocupe de ella. En un mundo matematizado, que busca la optimización continua parapetado en la racionalidad instrumental, eso sólo puede significar una derrota, porque los individuos necesitan de verdades para dirigir sus acciones. En definitiva, la negación sólo significa suplantación.

En tercer lugar, sería insensato no prestar atención a ciertos giros discursivos que, como venimos haciendo hincapié, tienen efectos en la configuración de las redes que componen la realidad. Hablamos específicamente del posmodernismo que, aunque fuera concebido como elemento de emancipación, ha sido apropiado en el último tiempo por sectores conservadores que redescubrieron la posibilidad de granjearse voluntades gritando más fuerte y apelando a la emotividad. Como bien refiere Ferraris, "lo que han soñado los posmodernos lo han realizado los populistas", sobre todo: "la convicción de que se trata de un sistema sin alternativas" (2013, p. 42-43).

En esta inteligencia, Castoriadis explica que no se puede fundar de manera racional la verdad: "ella ya está presupuesta en todo intento de 'fundarla' y lo que es más importante, no solamente está presupuesta la idea de verdad, sino que está además presupuesta una actitud frente a la verdad" (2005, p. 92). Y basta un oído atento para notar que esa actitud hoy en día sobrepasa el escepticismo sano y elocuente, para concentrarse en un descreimiento absoluto que, lejos de liberar, configura nuevas formas de dominación. Se afianzan así una serie de enunciados: la verdad no existe, la verdad es inalcanzable, el único sistema posible es la disputa egoísta, no hay alternativa. Todo lo cual es, curiosamente, falso.

Como fenómeno social, el derecho no es ajeno a estos vientos impetuosos. El fallo más progresista y humanitario puede ser desconocido con una displicencia alarmante por el poder político o anulado como hizo la Corte Estadounidense con Roe vs. Wade. Trump, Bolsonaro, Meloni, Milei, entre otros personajes, con sus similitudes y diferencias, son síntomas de esta época que no pueden tomarse a la ligera.

¿Cómo se compagina la perspectiva de género con una gran cantidad de la población apoyando a un candidato que niega el patriarcado? ¿Qué esperar de temas donde se condene por daños ambientales cuando se afirma la inexistencia del calentamiento global antropogénico? ¿Qué podemos esperar del abordaje en tema de niñas, niños y adolescentes cuando la propuesta más aplaudida consiste en bajar la edad de imputabilidad? ¿Acaso el Juicio a la Junta y los procesos por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura no contienen una verdad? ¿Cabe esperar que se conceda un amparo a un colectivo antivacunas?

Este texto, porque pretende ser riguroso, contiene más dudas que certezas. Bajo ningún supuesto se brindan prospectivas. Solo se deja sentado el estado de situación, los múltiples horizontes sociales que se intercalan en la cuestión de la verdad. Mientras todas las reformas y autores cantan loas al sistema acusatorio y la justicia procedimental, hay espacios culturales y políticos que todavía se resisten a dejar en manos del capital el destino de las personas, sobre todo cuando éstas son vulnerables.

Frente a estos escenarios, no puede soslayarse cierta nostalgia colonial, el retorno exacerbado de lo religioso y el resurgimiento de discursos pretéritos que bien enterrados están en anaqueles polvorientos. Aquí no se prefiere el sistema inquisitivo. El camino no es hacia atrás. Que ningún lector distraído se precipite. No obstante, es necesario advertir sobre la aplicación de recetas foráneas cuyo resultado es harto conocido: en el terreno civil, daños ambientales, epidemias por opiáceos y enormes fraudes fiscales terminados en arreglos espurios; en el terreno penal, los cuerpos de siempre forjados por procedimientos abreviados, sin verdad, sin justicia; una maquinaria perfectamente aceitada, una verdadera industria del control del delito (Christie, 1993).

El objetivo, de nuevo, no es desandar el camino y atiborrarse de fantasmas, como si la dominación más cruenta no hubiera enarbolado la bandera de la veracidad. Arendt tiene razón: desde el punto de vista de la política, la verdad tiene un carácter despótico (2016). Por eso no podemos pensar en una verdad más allá de la discusión, el acuerdo y el consentimiento. En suma, debemos señalar las implicancias de seguir denostando la verdad y recuperarla con un sentido profanador como diría Agamben; esto es, restituirla al uso común (2016).

Si Foucault nos ha enseñado a buscar los intersticios y relaciones a través de los cuales el decir veraz y el binomio saber-poder construyen sujetos y cuerpos dominados, el trabajo consiste hoy en desentrañar cómo la dominación persiste a pesar de que los dispositivos que hasta entonces enunciaban la verdad (la ciencia, la política, el Poder Judicial, los media), ya no lo hacen, y qué consecuencias acarrea este cambio de situación, qué implicancias afloran en una sociedad donde la coerción ha sido reemplazada por la estimulación y la seducción. En otras palabras, el problema consiste tanto en "saber cómo los sujetos están efectivamente ligados en y por las formas de veridicción en las que se involucran" (Foucault, 2014b), como en el resultado de la reconfiguración de esas formas en tiempos de "repliegue aparente del saber" (Foucault, 1991).

3. La respuesta de la jurisprudencia

¿Cómo responde el mundo jurídico a la situación descripta? ¿Qué proponen los operadores jurídicos ante una verdad jaqueada? Comenzaremos a responder esta pregunta desde el plano discursivo del propio Poder Judicial a través de la plataforma por antonomasia: la sentencia; advirtiendo desde ya que ella sólo configura un fragmento del tejido, por utilizar el vocabulario de Eliseo Verón (2004), al que deberíamos sumar libros, artículos y entrevistas. Además, por motivos de espacio, nos ocuparemos solo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Dicho ello, en el caso de la CSJN, su antecedente más emblemático en el tópico es "Colalillo" de 1957, a partir del cual sentó la doctrina del exceso ritual manifiesto y estableció que los jueces no pueden ser indiferentes a la "verdad objetiva". Cabe señalar, además, que se trató de una causa civil, donde la Corte advirtió que la comprobación de los hechos incube a los interesados (CSJN, 1957).

Posteriormente, en los fallos "Eliades" (1973) y "Sobral de Elía" (1981), el Máximo Tribunal continuó la doctrina que se ha mantenido hasta el presente, cuya máxima reza: "la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional; y si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma,

según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes (secundum allegata et probata partium), nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo" (CSJN, 2016 y 2023).

En el caso del derecho penal, por ser de raigambre continental o inquisitorial, la Corte no ha requerido de mayores pronunciamientos más allá del caso del exceso ritual, dado que tanto los códigos como la doctrina daban por supuesto que el juez debía perseguir la verdad objetiva; lo que quedó cristalizado en un apotegma reiterado en los salones de clases: el proceso civil persigue la verdad formal, mientras que el proceso penal busca la verdad real. No obstante, en el año 2002, la Corte sostuvo que "en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (CSJN, 2002).

A pesar del acotado análisis, vemos que la CSJN insiste en hablar de la verdad objetiva como elemento indispensable del proceso. Se trata de un claro caso de estabilización del sistema, donde el dispositivo judicial hace caso omiso a toda la bibliografía, incluso jurídica, relativa a la cuestión.

En el caso de la CIDH, la verdad no es adjetivada, es la verdad y sólo la verdad. Por otro lado, ella está íntimamente ligada a la justicia transicional y la memoria, dado que los casos sometidos a su juzgamiento durante los años '90 versaron sobre crímenes de lesa humanidad cometidos durante las dictaduras latinoamericanas. En concreto, al tratarse de desapariciones forzadas -un delito continuado o permanente- surgía la necesidad de la verdad tanto histórica como actual.

En la jurisprudencia de la CIDH encontramos tres instancias de veracidad. Primero, una relación inextricable con la reparación justa -no hay justicia sin verdad-. Segundo, la verdad como forma de reparación en sí misma, contenida en una fórmula repetida: "esta Sentencia constituye per se una forma de reparación" (CIDH, 2005a, 2005b y 2006). Tercero, la existencia de un derecho a la verdad.

En relación a esto último, Druliolle señala que de la jurisprudencia de la CIDH se desprenden dos dimensiones de la verdad: una individual y otra colectiva (Druliolle, 2021). En el caso individual, el derecho a la verdad aparece como una forma de reparación para los familiares y las víctimas y se vincula con la retribución y el restablecimiento del estado de derecho o justicia legal.

En este caso, el derecho a la verdad se enmarca en un primigenio, necesario y suficiente acceso a la justicia. Por caso, el Tribunal ha señalado que se debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables (CIDH, 2014, 2016 y 2017).

En su dimensión colectiva, por su parte, "para la CIDH la verdad implica situar actos individuales en su contexto más amplio para entender todos los factores y procesos que los hicieron posibles" (Druliolle). De esta forma, las sentencias incluyen medidas para garantizar su propia publicidad, habiendo ordenado la designación de días de memoria o la construcción de monumentos, plazas o parques. Esto claro, no está exento de crítica: "los hechos declarados probados por la Corte IDH son los hechos que la sociedad debe hacer suyos. La narración que se puede hacer a partir de esos hechos es la narración correcta. Esa esa la narración" (Rincón-Covelli, en Druliolle).

En este sentido, la Corte ha sostenido también que el derecho a la verdad puede implicar la vulneración a otros derechos consagrados en la CADH, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso. Así, llegó a decir que la "Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal [...] El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable" (CIDH, 2016).

Ya sea en su dimensión individual o colectiva, nos interesa recabar también cómo la relación memoria-verdad lleva a la CIDH a inutilizar todos los institutos jurídicos que tienden a

cerrar el caso, a poner un punto final a la historia: amnistía, prescripción, irretroactividad, cosa juzgada, ne bis in idem.

Por otro lado, la Corte IDH también ha hecho referencia a la cuestión de la verdad en el marco de las investigaciones penales y el debido proceso. En específico, al derecho a una investigación judicial efectiva, al decir que la pesquisa "debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" (CIDH, 1989, 1999, 2000, 2009 y 2015).

Por último, ha especificado que toda persona perseguida penalmente sea puesta sin demora a disposición del órgano de justicia o investigación competente "tanto para posibilitar la sustanciación de los cargos que pesan en su contra, en su caso, como para la consecución de los fines de la administración de justicia, en particular la averiguación de la verdad" (CIDH, 2008).

En conclusión, como sucede en el caso de la CSJN, la CIDH sigue sosteniendo la existencia de la verdad en el marco de un proceso, una verdad que jueces y juezas, como los miembros de ese mismo Tribunal, pueden alcanzar y deben garantizar.

4. La respuesta de la doctrina (el caso Taruffo)

En la doctrina existen numerosas teorías y obras dedicadas a la cuestión de la verdad. Algunas adoptan formas similares a los tribunales antes analizados: sostienen la existencia de una verdad, inmutable y accesible, como es el caso de los herederos del platonismo. Otros, como los analíticos, prefieren su forma lógica. Por último, entre las posturas que niegan la verdad, o, mejor dicho, postulan una verdad completamente relativa, encontramos a ciertos autores críticos -sobre todo los que siguen a Vattimo, Derrida o las primeras obras de Foucault-, como así también ciertas vertientes que la reducen a un juego retórico.

Como toda síntesis, esta peca de reduccionismo, aunque es útil para hacer hincapié en un presupuesto de orden metafísico: sólo puede aceptar la verdad como correspondencia aquel que crea que la realidad existe. En cambio, para quien la realidad no existe, no puede haber concepto alguno que la abarque.

Navegando entre estas tesituras dicotómicas, una de las formulaciones más interesantes y reconocidas de los últimos años es la propuesta por el autor italiano Michelle Taruffo, que pretendemos desandar en los acápites que siguen.

Previo a todo, es sabido que para comprender una teoría no sólo es requisito dar cuenta de sus afirmaciones y propuestas, sino también de aquellas contra las que escribe. En el caso de Taruffo, esto surge de manera nítida. Su contrincante es la justicia procedimental, encarnada en particular por Rawls, aunque el italiano apunta contra la cosmovisión social, política y económica que está detrás de ella.

De manera sucinta, Rawls funda su teoría a partir del contrato social y la ética kantiana en oposición al utilitarismo, lo que supone en el ámbito norteamericano un avance en términos de emancipación. Sin embargo, Taruffo critica que la justicia procedimental pura se corresponde a una lotería sorteada correctamente donde el resultado es por completo indiferente. Por ello, cuando se introduce alguna consideración con respecto a los resultados, deja de ser pura y se vuelve imperfecta (2010, p. 118). En definitiva, “la procedural justice es por sí sola condición suficiente para una buena administración de justicia, de modo que no es necesario -ni interesante- preocuparse de la calidad de las decisiones” (2010, p. 119). Si el medio es el mensaje (McLuhann, 1996), el proceso es la justicia.

Como señalamos antes, Taruffo reprocha además la visión del mundo en que se sustenta la justicia procedimental. Siguiendo a Kagan, destaca que la idea fundacional es que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico consiste en dejar el campo libre a la competencia entre abogados que representan a individuos que persiguen sus propios intereses particulares. El valor de fondo en que esta ideología hunde sus raíces es un tipo de individualismo competitivo y adquisitivo; es decir, la disputa egoísta (2010, p. 125).

En efecto, más allá de las buenas intenciones de Rawls, detrás de la justicia procedimental se encuentra la noción de que toda la vida social es una acción racional/económica, que las sociedades están compuestas por individuos egoístas buscando el mayor rédito posible y protegiendo sus intereses particulares. Un extremo que la sociología, con excepción de la vertiente analítica, niega enfáticamente.

En consonancia con ello, en un libro juicioso y bastante citado, Dasmakas traza una distinción similar, aunque menos incisiva. Para él, cuando el Estado es concebido como gestor, "la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas. En contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse con la resolución de conflictos" (2010, p. 26). Lo que debemos preguntarnos al respecto es qué significa "equilibrio social" en sociedades que, precisamente, no son equilibradas.

A esta altura, no pueden abrigarse dudas de que el sistema anglosajón es costoso y favorece a quienes pueden intercambiar capital económico por jurídico. Por ejemplo, la pretrial discovery norteamericana, uno de los pilares del proceso, reposa por entero en las partes y, como es de esperar, es sumamente onerosa, al punto tal que las reformas en ese país han tendido a modificar esta situación (Chase, 2011).

Conforme a lo expuesto, asiste razón a Taruffo cuando señala que la verdad no interesa al sistema anglosajón. Como el proceso está pensado para resolver conflictos, es un campo fértil para el acuerdo, la negociación y el regateo tanto en su faz civil como penal. Por su parte, la verdad tampoco es importante durante el juicio, donde el tribunal es un mero árbitro cuya tarea es controlar que el interrogatorio se lleve a cabo con equidad. En realidad, tiene la facultad de interferir o interrogar directamente, aunque es extraño que lo haga. Al respecto, Taruffo expresa que el interrogatorio cruzado constituye una performance ritual cuyo objetivo primario es influir sobre la emotividad de los jurados, más que estimular con sus hipótesis facultades racionales y cognitivas (2010, p. 183).

Sentado lo expuesto, veamos ahora cuál es la propuesta de Taruffo frente a la justicia procedimental. En primer término, cuadra advertir que el autor italiano parte de la versión clásica de la verdad, que va de la formulación aristotélica a la verdad como correspondencia y decanta en la teoría semántica de Tarski. Para Taruffo, "un enunciado es verdadero o no es verdadero: no puede ser 'más o menos' verdadero. Lo que puede variar según las circunstancias es el grado de confirmación que se puede atribuir a un enunciado sobre la base de los conocimientos disponibles" (2010, p. 99). Esto implica, además, que para él no existe una verdad absoluta.

Por otro lado, como en cualquier versión de la correspondencia, Taruffo encuentra un vínculo indisociable entre verdad y realidad. Según su postura, "la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La certeza, en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado de intensidad del convencimiento del sujeto" (2010, p. 102). De esta manera, por ejemplo, el calentamiento global y la violencia de género son verdad, existe al respecto consenso científico, una interpretación plausible sobre un conjunto cuantitativo y cualitativo de evidencia. Quien los niegue no está emitiendo una opinión, sino afirmando una falsedad.

Dada su postura de la verdad como término general, Taruffo se opone a la idea de "verdad procesal" (2022, p. 25). La existencia de un proceso que se rige por normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes implica sólo una verdad limitada o incompleta. "El problema no se refiere entonces a la verdad [apunta], sino a los límites dentro de los cuales la regulación del proceso permite que sea determinada" (2010, p. 101). Por ello, sostiene que no hay diferencia entre jueces e historiadores o científicos (2010, p. 197).

En la teoría de Taruffo, la imbricación entre justicia y verdad importa no sólo en su sentido teórico, sino en el práctico. Allí radica la fuerza de su razonamiento: "ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente"; esto es, que la verdad de los hechos en litigio es una condición necesaria de toda decisión justa y legítima (2022, p. 23). De esta manera, debido proceso significa tanto asegurar garantías como obtener una decisión justa (2010, p. 135).

Como puede advertirse, Taruffo reconoce que la función epistémica no es la única que desempeña un proceso. Sin embargo, cualquier otra función, ya sea lograr justicia o resolver el conflicto, depende del conocimiento de los hechos. De allí a que defienda la posibilidad de que el proceso sea un instrumento epistemológicamente válido y racional; esto es, un método eficaz para el descubrimiento y la determinación de la verdad (2010, p. 155).

Conforme a ello, niega además que cualquiera de los modelos, continental o anglosajón, inquisitivo o acusatorio, permita construir un proceso válido y eficaz para obtener de forma objetiva, completa, controlada y fiable los datos cognoscitivos necesarios para una determinación verdadera de los hechos (sim 183). Para lograr este objetivo, en cambio, el italiano da un lugar prominente al juez, quien debe buscar la verdad del caso más allá de lo que las partes le ofrecen. En este terreno, la cuestión de la imparcialidad enciende alarmas. Para el autor, no obstante, el juez puede ejercitar sus poderes de instrucción de forma imparcial, con el fin objetivo de adquirir conocimientos relevantes y útiles para la determinación de la verdad (2010, p. 140).

5. Los límites del proceso

Aunque presentada de manera esquemática, la obra de Taruffo no lo exime de críticas u observaciones[2], algunas de las cuales son aceptadas por el propio autor implícita o explícitamente.

En primer término, no podemos perder de vista que la verdad a la que se puede arribar en un proceso judicial está limitada en gran medida por cuestiones fácticas, epistémicas, éticas y jurídicas. Y no es necesario cambiar de latitudes para advertirlo. Otros italianos eminentes como Calamandrei y Ferrajoli se han ocupado de ello.

El primero, por ejemplo, señala como limitaciones al descubrimiento de la verdad de los hechos: a) la traba de la litis -lo que no se alegó está afuera del proceso-; b) se debe admitir

[2] Con su teoría, Taruffo abre un frente inigualable: hermenéuticos, idealistas, neoconstitucionalistas, positivistas y críticos pueden hacer fila para contradecirlo. El taller de discusión (*workshop*) entre el propio autor y algunos de los más eminentes iusfilósofos argentinos llevado a cabo en 2015 en la UBA, que dio lugar a la obra *Verdad, justicia y derecho*, es un gran ejemplo de ello (2020).

como verdadero aquello en que las partes coinciden; c) se limita a los medios de prueba establecidos por el proceso; y d) el juez no puede desatender lo probado aún cuando tenga información diferente y más fidedigna (1973, p. 105).

Ferrajoli, por su parte, postula como límites a la verdad procesal que: a) no puede ser afirmada conforme a observaciones directas; b) al ser histórica siempre debe ser reconstruida; c) el juez siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa -por sus sentimientos, inclinaciones, emociones y valores ético-políticos-; y d) tiene un método legal ineludible ya que "las tesis de derecho y de las interpretaciones de las leyes son predicables jurisdiccionalmente a condición de que se observen reglas y procedimientos que disciplinan su comprobación y que imprimen a ambas un carácter autorizado y convencional, en contraste con el de la mera correspondencia" (1995, p. 56 y 59).

Siguiendo estas líneas de pensamiento, encontramos que los propios códigos de procedimiento o las sentencias de los tribunales otrora citadas sustentan una postura paradójica: por un lado, afirman buscar la verdad; por el otro, establecen limitaciones en materia probatoria y procedimental.

Desde una visión socio-jurídica, la búsqueda de la verdad siempre está ligada a una racionalidad, a una ética y una configuración de poder determinadas. En las sociedades occidentales ya no se admiten las ordalías ni la tortura y a nadie se le ocurriría citar a un espíritu como testigo, como sucede en la magnífica película Rashōmon. Por el contrario, sí se prohíben determinados testimonios porque socavan ciertas instituciones públicas, familiares o profesionales.

Ahora bien, es dable puntualizar que estos límites también juegan en el terreno científico. En el caso ético-jurídico, por ejemplo, está prohibido testear con seres humanos si está en grave riesgo su integridad física o su vida, cuando ello sería el método más efectivo; lo que se ha extendido en los últimos tiempos a los animales.

Asimismo, toda investigación -científica o jurídica- está sujeta a variables económicas -a la adaptación, según Parsons-. Así, para demostrar la existencia del bosón de Higgs -la llamada partícula de Dios- se han invertido sumas exorbitantes que jamás se aplicarían a estudios sociales. De la misma manera, en el proceso existen pruebas onerosas como los estudios comparativos de ADN que se justifican en un caso de homicidio, pero no en un hurto.

En otro orden, vimos que Taruffo da un lugar preponderante al juez como garante epistémico y enfatiza que debe tener la atribución de buscar las pruebas que quiera, trazando una comparación con historiadores o científicos (2010, p. 197). En este caso, aún cuando podamos consentir ciertas similitudes -al fin y al cabo, la inquisitio es una raíz común a la indagación judicial y científica (Foucault, 2011b)-, el problema radica en las dificultades que otros autores han señalado respecto a la dimensión epistémica de las diversas ciencias, en general, y de la historia, en particular.

En efecto, ¿quién es capaz de decir que al juez o al historiador no le mienten? ¿Quién puede afirmar que una jueza o una historiadora no se mienten a sí mismas? Como señala Ricoeur, "la oposición entre lo verdadero y lo falso se desdobla en la oposición entre la confianza y la sospecha. Ahora bien, la labor correctora de la historia no elimina la sospecha de que haya podido engañarnos algún testimonio falso. La verdad histórica siempre se encuentra en suspenso. Es plausible, probable y discutible. En resumen, siempre puede reescribirse" (1999, p. 84).

Todorov, mientras tanto, señala que "el trabajo del historiador, como cualquier trabajo sobre el pasado, no consiste solamente en establecer unos hechos, sino también en elegir algunos de ellos por ser más destacados y más significativos que otros, relacionándolos después entre sí; ahora bien, semejante trabajo de selección y de combinación está orientado necesariamente por la búsqueda no de la verdad, sino del bien" (2000, p. 31 y 32).

Al momento de descubrir la verdad, en el proceso, como en cualquier ciencia, existen un sinnúmero de cosas que se dan por supuestas o como problemáticas -el mundo de la vida-, como así también se consideran ciertas pruebas o datos como relevantes o irrelevantes, prohibidos o admitidos, de conformidad a cierta perspectiva y visión del mundo.

Esta superposición de las dimensiones fácticas, éticas y jurídicas dan como resultado un método epistémico ciertamente frágil. Por ende, si lo que se pretende es refundar la verdad en cabeza de los jueces y juezas, otorgándoles amplios poderes de investigación, el camino no será nada sencillo o exitoso.

6. La cuestión ontológica de la verdad

Sin renunciar a la búsqueda de la verdad, aunque conscientes de las consecuencias de su abandono y de los límites epistémicos de tal empresa, ha llegado el momento de proponer un análisis desde otro enfoque centrado en considerar a los procesos judiciales como redes o, más precisamente, dispositivos, compuestos por las relaciones entre cosas, sujetos y discursos.

Esta postura parte de las ideas de Foucault (2014a y 1991), Agamben (2016) y la Teoría del Actor-Red (TAR) (Latour, 2008, 2012 y 2013), aunque comparte características con el rizoma de Deleuze y Guattari (2010) y los ensamblajes de DeLanda (2021). Mientras tanto, en el terreno filosófico, abreva sobre todo de la obra de Heidegger y del Nuevo Realismo, esa formulación ecléctica que comparten Gabriel, Ferraris, Grant y Meillassaux[3].

Con el fin de clarificar la terminología, desde el plano ontológico entendemos por "red" cualquier objeto que está compuesto por y permite la existencia de otros objetos. Existir, en esos términos, es relacionarse: desde las moléculas que componen el agua de un río o los granos de arena de una playa, hasta la conformación de un ecosistema donde río, arena, animales y plantas se entrelazan. Nótese que no hay diferencias entre general y particular. Una masa de agua puede ser una red o un nodo de otra red. Sostenemos, así, una ontología plana.

Mientras tanto, reservamos el término "dispositivo" para aquellas redes donde se enlazan conductas humanas; es decir, cuando el observador le da el carácter de social. De esta manera, un cafeto puede ser una red donde se enlazan hojas, insectos, moléculas y

[3]Al respecto de este enfoque, se puede consultar Ara Aimar (2023).

microorganismos, mientras que las interminables relaciones humanas con el café, desde su faz cultural a la explotación laboral, son un dispositivo.

Los dispositivos, entonces, se forman a partir de y permiten la relación de cosas, ideas, emociones, valores, normas, discursos, sujetos, etc. Desde el aspecto ontológico, no hay diferencia entre unos y otros; si están en la red, todos tienen el mismo estatus. Desde el plano metodológico, en cambio, resta determinar cuál de estos actantes es capaz de influir en las conductas de otros. Para desenmarañar este complejo ovillo, es necesario seguir los hilos que unen los nodos unos con otros; cartografiar, en palabras de Latour.

Por ejemplo, una computadora de un juzgado podría ser un elemento anodino en una investigación sobre cómo el Poder Judicial resuelve un conflicto, cuando no lo es. ¿Acaso esperamos que un empleado escriba la resolución a mano? ¿Podría dictarse sentencia sin sistema informático? Los objetos están allí, el dasein es un ser-en-el-mundo incluso antes de ser-con-otros (Heidegger, 2016). El arma homicida y el automóvil involucrado en el accidente son tan importantes como el testigo del hecho. Las salas de audiencia están conformadas por objetos estratégicamente distribuidos para preformar los discursos. Considerar a los dispositivos sin objetos, es como creer que una orquesta puede tocar sin instrumentos en medio del océano.

En el plano filosófico, es dable apuntar que no se pretende retornar al realismo ingenuo o prekantiano, pero sí rescatar la realidad. Esa es la empresa que, más allá de las diferencias, resume al Nuevo Realismo. Además, es importante destacar que no se debe estimar la realidad sólo como aquello que opone resistencia, sino lo que permite la existencia; esto es, pasar de un realismo negativo a uno positivo, como ha dado cuenta Ferraris (2013, p. 159).

En el tema de la verdad, como en tantos otros, lejos de ser una solución, el Nuevo Realismo es una forma de enfrentar el problema. Y muchas veces el camino consiste en volver sobre interrogantes soslayados. Por ejemplo, ¿debe haber realidad para que haya justicia? ¿Es posible un comportamiento moral en un mundo sin hechos y sin objetos? El citado Ferraris, por caso, afirma de manera contundente que no (2013, p. 102). Como podemos advertir, lo ontológico,

en lugar de ser un limitante, es un paso ineludible para la discusión de la dimensión ético-política de la verdad.

Conforme a lo dicho hasta aquí, el enfoque propuesto no abandona la tradición de la verdad como correspondencia. La relación entre el decir y el ser es una tésis fundacional del mundo grecolatino (Castoriadis, 2013, p. 351). El problema es que la dimensión lingüística de la veracidad se ha exacerbado en el siglo pasado a partir del llamado giro lingüístico. Y aunque las bondades en la teoría y en la praxis resultan innegables, es prudente llamar la atención sobre la consecuencia de que ese giro implique una vuelta completa y un retorno irreversible en términos de emancipación. En concreto, negamos que sólo exista lo dicho, palabras sin anclaje alguno en la realidad, o que ésta dependa enteramente de lo que se expresa. Lo que sí debemos aceptar, es que al tratarse de una relación lingüística, la verdad depende de redes infinitas de significado que sí son pasibles de deconstrucción.

Recapitulando, contamos con dos dimensiones que suelen confundirse o superponerse en aquellas corrientes de pensamiento que Meillassoux denomina “correlacionismo” (2023): la verdad desde un punto de vista ontológico y desde un punto de vista epistemológico -ser y saber-. En el primer caso, entendemos que la verdad existe, que toda red o dispositivo es ontológicamente finito y que, por ello, es posible realizar enunciados sobre hechos. En el segundo caso, la verdad nunca es absoluta, el conocimiento no es eterno ni completo, por la sencilla razón de que somos personas; es decir, seres falibles.

En este último punto es donde empiezan a jugar un rol preponderante la antropología filosófica y científica, y todos los estudios y obras relacionadas con la cuestión epistemológica o cognitiva, que no negamos bajo ningún concepto. Desde la discusión entre Cassirer y Heidegger en Davos, no hay filosofía, conocimiento o saber libre de punto de vista o, como diría Nagel, no existe “visión de ningún lugar” (1998).

Reiteramos, entonces, que la verdad existe, pero al tratarse de seres finitos, -con todo lo positivo que hay en ese término y sin ningún tipo de añoranza por entidades superiores de carácter espiritual o material-, nunca podemos estar seguros de estar en la verdad completamente.

De nuevo, no existe una verdad absoluta, pero sí la posibilidad de alcanzar un grado tal de conocimiento que los hechos deban considerarse verdaderos. Se trata de dar pasos pequeños, modestos y compartidos, de manera tal que el procedimiento sea lo más controlado y seguro posible. La verdad no es más que eso, y no requiere cambios de etiqueta.

En este sendero, no podemos obviar todos los espectros que convoca hablar de la verdad sin comillas. Más es prioritario evitar la confusión. La verdad es única. La verdad no puede ser múltiple, so pena de negarse a sí misma (Ricoeur, 2015, p. 225). Lo que no significa que alguien pueda arrogarse sin explicaciones ser su dueño. No hay verdad que no deba ser explicada. Ella no puede imponerse. De allí que debamos prestar especial atención a su vínculo con el poder en el marco de determinados dispositivos y en sus interrelaciones.

Aún cuando carecemos del espacio suficiente, entendemos que éste es el camino señalado por el propio Foucault. En efecto, él entiende por verdad "el conjunto de los procedimientos que en todo momento permiten a cada uno pronunciar enunciados que se considerarán verdaderos" (2012, p. 77), como así también que las producciones de verdades tienen efectos de poder que ligan o atan (2012, p. 73). Sin embargo, no podemos perder de vista que, al final de su obra, Foucault no negó la posibilidad de manifestar la verdad, como lo sugiere especialmente su estudio de la parrhesía, donde se ligan el cultivo o cuidado de sí y el otro que escucha y hace hablar. Un decir veraz con coraje, que toma riesgos, que no se encierra en la retórica (2011a).

Ahora bien, conectado íntimamente también con la finitud, tenemos la cuestión del tiempo, donde tampoco soslayamos una línea sólida de pensamiento. La verdad está sujeta a la temporalidad desde Platón, Aristóteles o Plotino hasta Heidegger. Cuando este último habla de ella como lo no oculto o no escondido, está utilizando la palabra aletheia en su sentido griego original, como "a-" -prefijo de negación- y "leth" como escondido, oculto o latente (Weinrich, 1999, p. 20; Gadamer, 2002, p. 175). Pero además, señala Weinrich, la verdad en Heidegger se puede entender como lo no olvidado o lo que no hay que olvidar. (1999, p. 20 y 21). De allí derivamos que la verdad debe ser buscada a nuestras espaldas, que es algo que siempre se nos está escapando, algo que está en la huella, que está siendo y permite proseguir. De esta manera,

Meillassaux explica que nada, ni lógica ni científicamente, nos garantiza que la ley de la gravedad será verdad dentro de un segundo, como así tampoco que dejará de serlo (2018 - 2023). Por ende, hemos alcanzado tal grado de certeza respecto a ella que podemos planificar a futuro con la seguridad de que no estaremos flotando por el aire.

En definitiva, los puntos focales de la teoría expuesta pueden resumirse de la siguiente manera: 1) ontológicamente hay realidad y verdad; 2) todo conocimiento es falible; 3) la verdad tiene una dimensión social, necesita ser expresada; 4) la verdad es forjada en dispositivos conformados por relaciones de poder; 5) para aceptar una verdad, debe fundarse en evidencias, métodos, argumentos y explicaciones. Conforme a ello, podemos afirmar que: las vacunas funcionan, la tierra es redonda, el calentamiento global actual es antropogénico, las mujeres sufren violencia de género, las personas tienen sesgos cognitivos.

7. La verdad procesal revisitada

Al término de la exposición de la verdad en el marco de las redes y dispositivos, es momento de volver al ámbito procesal. En relación a ello, no puede sorprender que entendamos que Taruffo propone un punto de partida sólido sobre el cual edificar una teoría de la verdad procesal realista.

En efecto, en contra de aquellos que pretenden enlistar al italiano entre iusnaturalistas o neoconstitucionalistas, su obra está mucho más emparentada con el Nuevo Realismo. Por ejemplo, concibe “el derecho y, en particular, el derecho procesal, como un fenómeno social que se inserta en el contexto más general de la sociedad”, por lo que “la ciencia jurídica se integra en las ciencias sociales y está directamente vinculada con las otras ciencias de la sociedad, como la sociología, la antropología, la historia y la filosofía” (2005, p. 517). Sin embargo, el vínculo con esta vertiente filosófica surge más nítido cuando refiere a la “falacia trascendental”, que define como “un error generalizado en la filosofía posmoderna, que consiste en confundir la ontología -o sea aquello que es en la realidad- con la epistemología” (2020, p. 234).

Arribados a este punto, aceptamos la propuesta de Taruffo de que la verdad es alcanzable en el marco de un proceso, pero que ella no es absoluta, ya que cuenta con las limitaciones epistémicas, éticas y jurídicas antes referidas. No obstante, es momento de añadir ciertas consideraciones que surgen a partir de la teoría de los dispositivos.

En primer lugar, reiteramos que si se acepta que el proceso debe estar encaminado hacia el descubrimiento de la verdad, se abre toda una dimensión epistemológica que no debe confundirse con la ontológica. Una cosa es lo que existe, y otra cómo y el grado en que se conoce. Por ello, creemos que la verdad es algo mucho más complejo que una relación sujeto-objeto. Desde nuestro enfoque, incluso la noción de "buscar" la verdad es deficiente. Siguiendo a Latour, estamos en presencia de una red de actantes humanos y no humanos que intervienen en su formulación. Si la verdad procesal existe, y el juez o jueza la pronuncia en última instancia, es porque hay cierta cantidad de objetos, sujetos y discursos que entretejen ese decir veraz. Y descubrir cuáles son más importantes o tienen más peso sobre la decisión judicial, tiene implicancias tanto en la veracidad como en la justicia. Hoy, por ejemplo, ningún magistrado podría aceptar la tésis de la frenología para determinar una condena penal, cuando una prueba de ADN es difícil de obviar. En ambos casos estamos en presencia de un discurso biológico respecto a ciertos objetos: el cráneo o el ácido nucleico.

Los documentos, el arma homicida, el automóvil, los testimonios, los peritajes, todos cuentan una historia mediados no por traductores, todos contribuyen a la narración. La jueza no construye esas cosas. Las cosas ya están allí, tejiendo una densa madeja de normas, valores, objetos, sujetos y precedentes que la guiarán a la verdad de los hechos. Y esto ha sido así desde tiempos inmemoriales. Todas las ordalías dependen de un objeto particular, todos los juramentos son pronunciados ante un elemento sagrado.

Lo expuesto hasta aquí lleva a revisar la importancia que da Taruffo al rol del juez. En efecto, hacer recaer todo el peso de la búsqueda de la verdad en una sóla persona parece un camino errado. La verdad no debe ser entendida como algo externo, de lo que el sujeto puede apropiarse. Desde el plano ontológico, el sujeto no es más ni menos que la red en que se inserta y lo compone.

De allí que la verdad sea algo que le llega, que lo encuentra, más que algo que busca y descubre. La verdad ya está allí, en estado de no-oculto, como sugiere Heidegger.

Es en este orden donde hay que comprender la dimensión social de la verdad, esa dimensión que excede a los individuos aislados para colocarla en un ámbito colaborativo indispensable. En relación a ello, Ricoeur refiere que la búsqueda de la verdad está en tensión entre dos polos: una situación personal y una aspiración respecto del ser. Mientras la búsqueda personal es estrecha y finita, al buscar la verdad se aspira a decir una palabra válida para todos (2015, p. 64). De allí a que en lugar de hablar de descubrir la verdad, podamos ensayar "espero estar en la verdad" (2015, p. 68).

De esta manera, la verdad es relativa en tanto y en cuanto surge de las relaciones que conforman una red. Y esto se corresponde con la etimología de la palabra "relativo" que, además de opuesto a absoluto, es aquello que guarda relación con alguien o con algo. Mientras tanto, relãtio en latín es devolución, acción de llevar de nuevo, tanto como moción, propuesta, debate, deliberación o discusión. Decir, entonces, que la verdad es relativa, que surge de redes de relaciones, implica que ella es inmanente, que no requiere de dioses ni de ideas trascendentes, que ningún místico, enviado o iluminado está en la verdad. El subjetivismo extremo es tan engañoso como peligroso.

En definitiva, los jueces no revisten ningún temperamento o condición especial para comprender los hechos del caso. Cualquier persona con formación jurídica comprometida con los valores democráticos es capaz de estar en la verdad. Sólo debe saber escuchar con atención y hacer las preguntas necesarias a todos los nodos que se entrelazan en el dispositivo procesal.

Lo dicho no implica, reiteramos, negar el carácter epistémico del proceso; todos los sesgos, ideologías y valores que intervienen en el conocimiento y aprehensión de la realidad. Mas destacamos aquí que esas perspectivas -por utilizar un término aglutinador- también forman parte de la red. Por ende, a la hora de comprender cómo una jueza alcanza la verdad, son tan importantes las normas jurídicas y las pruebas del caso, como su formación académica, su postura iusfilósfica o su perspectiva de género. Es a través del magistrado que esos habitus que trae consigo desde su

formación familiar, educativa y laboral ingresan en el dispositivo. Por todo ello, quizás sea más prudente hablar de un horizonte de conocimiento; es decir, como aquello que permite el surgimiento de las cosas, antes que una forma de apropiación.

En este orden, si bien admitimos que un juez y un investigador o historiador revisten diferencias, no negamos que cada uno pueda ser alcanzado por la verdad, cuando ambos son seres finitos cuyo ámbito de investigación está entretejido en una madeja de objetos, testimonios y documentos. ¿Por qué negaríamos el adjetivo de "verdadero" a hechos probados en una acción de clase o un proceso ambiental? ¿Qué razones tenemos para dudar de la violencia y la desigualdad de género demostrada en los Tribunales? ¿Acaso no constituyen una narración verídica del horror el Juicio a la Junta y los procesos seguidos después de "Simón" (CSJN, 2005)? ¿Qué decir de los Juicios por la Verdad?

Como puede advertirse, la teoría de los dispositivos comparte demandas de otras posturas relativas a la democratización del saber, sin caer en la demagogia de resolver la verdad como una cuestión aclamatoria. En efecto, tanto investigadores como jueces deben ensayar la introspección, ser lo más conscientes de sus sesgos y perspectivas posibles, y recabar la mayor cantidad de evidencias de las fuentes que estén a su alcance.

Asimismo, en el camino de recuperar la verdad procesal, no podemos ponerla por entero en cabeza de los magistrados, se trate de un juez comunitario o un miembro de la CIDH. Considerar a los procesos como dispositivos nos aporta entrever precisamente lo intrincado de esa tarea, la necesidad de participación, de ampliar los horizontes. La democracia reviste aquí una manifestación ontológica: cuanto más amplia sea la red, más posibilidades de hallarse en la verdad.

Como venimos remarcando, es el dispositivo el que determina las posibilidades y límites de la verdad. Son las relaciones que lo conforman las que permiten llegar a conceptos verdaderos, a expresiones lingüísticas pasibles de veracidad y establecen, al mismo tiempo, las condiciones de esa formulación. Y ello no es ajeno al poder. En el caso del proceso, toda la discusión en torno a los hechos se desarrolla en un espacio y tiempo específicos y bajo ciertas

reglas. El poder prefigura qué papeles han de desempeñar cada uno de los actantes. Además, es insoslayable la importancia de los capitales con que cuenta cada parte. Por ello, el acceso a la justicia es, al mismo tiempo, un acceso a la verdad.

Para finalizar, es momento de realizar un llamado a tomar en serio los avances científicos, sin que ello implique retrotraer al mito del progreso. Sencillamente, un juez puede creer que el movimiento de los astros determina la personalidad, pero no puede fallar en contra de una persona porque es de Capricornio. Hoy sabemos que no es verdad que a través de un hierro caliente o sumergiendo a una persona debajo del agua podemos llegar a la certeza sobre la responsabilidad en un hecho. Sí, tanto la ordalía como el juicio por jurados y los procesos actuales son dispositivos. Sí, todos conllevan un decir veraz. Pero no podemos negar los avances veritativos, científicos, éticos y humanitarios de unos y otros.

8. Conclusión

Hay discusiones donde sería más sencillo no contar con una palabra. Por eso, están quienes prefieren dar un rodeo cambiando los términos, aunque culminen hablando de lo mismo. Ese no es el camino escogido. Debemos hablar de verdad y realidad, conscientes de las fortalezas y equívocos a los que dan lugar.

En este orden, no escapa que la palabra verdad encerró durante mucho tiempo una visión del mundo que garantizaba la explotación, el colonialismo y la dominación. Su denuncia en esos términos fue efectiva. El problema no fue la deconstrucción, sino la mera destrucción. En lugar de reapropiarse de la verdad y la realidad como elementos de liberación o emancipación, optamos por destruirlas, y ahora no sabemos qué hacer con las piezas desperdigadas. Quizás nos apuramos en decirle “adiós a la verdad” (Vattimo, 2010).

Hemos apuntado a lo largo de estas páginas que todos los dispositivos, en tanto humanos, son máquinas de decir veraz. Si se relativiza este extremo, quedan dos opciones: enterrar la verdad, dejando que otros dispositivos la determinen -como la economía, los medios o la tecnología-, o bien buscarla de manera consciente, sabiendo que ella es un anhelo, algo que ya

está ahí, y que para acceder a ella, lejos de encerrarnos, debemos abrirnos a la realidad. La verdad no es una luz al final de un túnel. Para estar en ella es imperioso derrumbar los muros que nos encierran.

Vamos a algo más práctico. Si consideramos que la verdad no es necesaria para hacer justicia, entonces las empresas multinacionales pueden destruir ecosistemas enteros para arribar después a pactos espurios legitimados por el sistema. Si entendemos que la verdad no existe en el ámbito penal, entonces el proceso deviene innecesario y basta un arreglo (bargain) para encarcelar a grandes sectores de la población por considerarlos peligrosos para los demás.

Como decía Horkheimer, el concepto de verdad como adecuación entre nombre y cosa, "inherente a toda filosofía genuina, hace que el pensar esté en condiciones de resistir a los efectos desmoralizantes y mutilaciones de la razón formalizada o, más aún, de vencerlos". Y aún cuando el platonismo sea insostenible, debemos conceder que ha conservado la idea de que la verdad es la coincidencia de lenguaje y realidad. Sin embargo, "sus representantes incurrían en error al suponer que podían lograr esta coincidencia con sistemas eternos, y al no comprender que el mero hecho de vivir en medio de la injusticia social obstruía el camino hacia la formulación de una ontología verdadera" (2007, p. 172).

Bibliografía

Agamben, Giorgio. (2016). *Qué es un dispositivo,* 1a ed. Buenos Aires, Adriana Hidalgo

Ara Aimar, Juan Cruz. (2023). "Notas sobre el dispositivo judicial penal". *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica,* Año IV, N° 6, p. 141-170.

Arendt, Hannah. (2016). Entre el pasado y el futuro, ocho ejercicios sobre la reflexión política, 1a ed., Buenos Aires, Ariel.

Calamandrei, Piero (1973). Estudios sobre el proceso civil, 3a ed., México, Ejea.

Castoriadis, Cornelius. (2005). Los dominios del hombre, las encrucijadas del laberinto, 1a ed., Barcelona, Gedisa.

(2013). La institución imaginaria de la sociedad, 1a ed., Buenos Aires, Tusquets.

Chase, Oscar G. (2011). Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, 1a ed., Madrid, Marcial Pons.

Christie, Nils. (1993). La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?, 2a ed., Buenos Aires, Del Puerto.

Damaskas, Mirjan R. (2000). Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, 1a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Deleuze, Gilles - Guattari, Félix. (2010). Mil mesetas, Capitalismo y esquizofrenia, 9a ed, Madrid, Pre-textos.

DeLanda, Manuel. (2021). Teoría de los ensamblajes y complejidad social, 1a ed., Buenos Aires, Tinta Limón.

Druliolle, Vincent. (2022). "El derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las teorías de la justicia", Oñati Socio-legal series, Volume 12, Issue 5 (2022), 1034–1052: Justicia transicional, procesos locales y nuevas subjetividades, 30/09/2021.

Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón, teoría del garantismo penal, 1a ed., Madrid, Trotta.

Ferraris, Maurizio. (2013) Manifiesto del nuevo realismo, 1a ed., Madrid, Biblioteca Nueva.

Foucault, (1991). Saber y verdad, genealogía del poder, 2a ed., La Piqueta, Madrid.

(2011a). *El coraje de la verdad: el gobierno de sí y de los otros II. Curso en el Collège de france (1983-1984)*, 1a ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

(2011b). *La verdad y las formas jurídicas*, 1a ed., Barcelona, Gedisa.

(2012). *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, 1a ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

(2014a). *Historia de la sexualidad I: la voluntad de saber*, 1a ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

(2014b). *Obrar mal, decir la verdad: función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina, 1981*, 1a ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

Gadamer, Hans-Geor (2002). *Anotaciones hermenéuticas*, 2a ed., Madrid, Trotta.

Heidegger, Martin. (2016). *El Ser y el tiempo*, 2a ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Horkheimer, Max. (2007). *Crítica de la razón instrumental*, 1a ed., La Plata, Terramar.

Latour, Bruno. (2008). *Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red*, 1a ed., Buenos Aires, Manantial.

(2012). *Nunca fuimos modernos: Ensayo de antropología simétrica*, 1a ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

(2013). *Investigación sobre los modos de existencia*, 1a ed., Buenos Aires, Paidós.

Meillassaux, Quentin. (2018). *Hiper-caos*, 1a ed., Salamanca, Holobionte.

Después de la finitud, (2023) Ensayo sobre la necesidad de la contingencia, 1a ed., Buenos Aires, Caja Negra.

McLuhan, Marshall. (1996). Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano, 3a ed., Barcelona, Paidós.

Nagel, Thomas. (1998). Una visión de ningún lugar, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica.

Ricoeur, Paul. (1999). *Lectura del tiempo pasado: memoria y olvido*, 1a ed., Madrid, Arrecife.

(2015). *Historia y verdad*, 1a ed., 4ta reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Sadin, Eric. (2023). La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomía de un anti humanismo radical, 1a ed., Caja Negra, Buenos Aires.

Saramago, José. (2008). Historia del cerco de Lisboa, 2a ed., Madrid, Punto de Lectura.

Taruffo, Michele. (2010). Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos, 1a ed., Madrid, Marcial Pons.

(2005). L*a prueba de los hechos*, 1a ed., Madrid, Trotta.

(2022). *La prueba*, 1a ed., Madrid, Marcial Pons.

Taruffo, Michele et. al.. (2020). *Verdad, justicia y derecho*, 1a ed., Buenos Aires, Astrea.

Todorov, Tzvetan. (2000). Los abusos de la memoria, 1a ed., Barcelona, Paidós.

Vattimo, Gianni. (2010). Adiós a la verdad, 1a ed., 5ta reimp., Barcelona, Gedisa.

Verón, Eliseo. (2004). Fragmentos de un tejido, 1a ed., Madrid, Gedisa.

Weinreich, Harald. (1999). Leteo, arte y crítica del olvido, 1a ed., 2a reimp., Madrid, Siruela.

Jurisprudencia

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

(1957). “Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata”, Fallos: 238:550.

(1973). “Eliades de Vlachakis, Fotini c/ Díaz, María C.”, Fallos: 287:153.

(1981). “Sobral de Elía, Jorge Alberto c/ María Justa Sobral de Elía de Saiz”, Fallos: 303:2048.

(2016). “Orenzano, Viviana Inés c/ EN - M° Justicia y DDHH - s/ indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3”, Fallos: 339:533.

(2023). “Municipalidad de General Roca s/ acción de inconstitucionalidad (Leyes Provinciales N° 4317 y 4318)”, Fallos: 346:580.

(2002). “Luque, Guillermo Daniel y Tula, Luis Raúl s/homicidio preterintencional - causa N° 117/94”, Fallos: 325:3118.

(2004). “Morris Dlooglatz, Susana Raquel s/ violación de secretos e incumplimiento de los deberes de funcionario público -causa N° 1919”, Fallos: 327:817

(2005). “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Causa N° 17.768”, Fallos: 328:2056.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(1989). “Caso Godínez Cruz Vs. Honduras”. Serie C No. 583.

(1999). “Caso de los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”. Serie C No. 63.

(2000). “Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo”. Serie C No. 68.

(2005a). “Caso Gómez Palomino Vs. Perú”. Serie C No. 13688.

(2005b). “Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia”. Serie C No. 134.

(2006). “Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia”. Serie C No. 148.

(2008). “Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 180.

(2009). “Caso Anzualdo Castro Vs. Perú”. Serie C No. 202.

(2015). “Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador”. Serie C No. 30684.

(2016). “Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú”. Serie C No. 314.

CONTRAPUNTO INTERDISCIPLINAR EN LA INTERVENCIÓN PSICO-SOCIO-JURÍDICA

Claudia Sandra Krmpotic[1]
ORCID: 0000-0001-8969-9345
Correo electrónico: claudia.k@conicet.gov.ar

Jorge Alejandro Degano[2]
ORCID: 0000-0001-5349-4778
Correo electrónico: jdegano@unr.edu.ar

Resumen

Es objeto del presente trabajo identificar y analizar aspectos esenciales de la labor profesional en la interfase psico-socio-jurídica, puntuando las problemáticas fundamentales de la intervención interdisciplinar en el marco de las instituciones jurídicas. Se desarrolla un contrapunto analítico entre dos intervenciones no-jurídicas como son las de los profesionales de la Psicología y el Trabajo Social Forenses en el contexto actual de la Argentina. El diálogo entre ambas disciplinas resulta un ejercicio de interés para ampliar el horizonte de las intersecciones disciplinarias y el trabajo colaborativo. La premisa del trabajo colaborativo responde a la propia complejidad de los casos y problemáticas institucionalizadas, al enfoque socio-jurídico que se sostiene, y a los desafíos del paradigma de justicia inclusiva.

[1] Dra. en Servicio Social, con un Post Doctorado Interdisciplinar en Ciencias Humanas. Mag. en Ciencia Política. Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

[2] Dr. en Psicología. Investigador Independiente del Consejo de Investigaciones UCASAL. Director de las Carreras de Posgrado "Especialización en Psicología Forense", Facultad de Psicología, Universidad Nacional de Rosario, y "Problemáticas Subjetivas del Contexto Jurídico Forense", Facultad de Artes y Ciencias, Universidad Católica de Salta. Profesor en Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional de Tucumán y Universidad Católica de Salta, Argentina.

Palabras clave: intervenciones no-jurídicas - intersecciones disciplinarias - bien subjetivo - bien social - justicia inclusiva

CONTRAPONTO INTERDISCIPLINAR NA INTERVENÇÃO PSICO-SÓCIO-LEGAL

Resumo

O objetivo deste artigo é identificar e analisar os aspectos essenciais do trabalho profissional na interface psico-sócio-jurídica, destacando os problemas fundamentais da intervenção interdisciplinar no âmbito das instituições jurídicas. É desenvolvido um contraponto analítico entre duas intervenções não jurídicas, como as dos profissionais da Psicologia e do Serviço Social Forenses no contexto atual da Argentina. O diálogo entre as duas disciplinas é um exercício interessante para ampliar o horizonte das interseções disciplinares e do trabalho colaborativo. A premissa do trabalho colaborativo responde à complexidade dos casos e problemas institucionalizados, à abordagem sociojurídica que é sustentada e aos desafios do paradigma da justiça inclusiva.

Palavras chave: intervenções não legais - interseções disciplinares - bem subjetivo - bem social - justiça inclusiva

INTERDISCIPLINARY COUNTERPOINT IN PSYCHO-SOCIAL-LEGAL INTERVENTION

Abstract

The purpose of this paper is to identify and analyze essential aspects of professional work in the psycho-socio-legal interface, pointing out the fundamental problems of interdisciplinary intervention within the framework of legal institutions. An analytical

counterpoint is developed between two non-legal interventions such as those of Forensic Psychology and Social Work professionals in the current context of Argentina. The dialogue between both disciplines is an interesting exercise to broaden the horizon of disciplinary intersections and collaborative work. The premise of collaborative work responds to the complexity of the cases and institutionalized problems, to the socio-legal approach and to the challenges of the paradigm of inclusive justice.

Keywords: non-legal interventions - disciplinary intersections - subjective good - social good - inclusive justice

1. Introducción

Es objeto del presente trabajo identificar y analizar aspectos esenciales de la labor profesional en la interfase psico-socio-jurídica, puntuando las problemáticas fundamentales de la intervención interdisciplinar en el marco de las instituciones jurídicas. Se desarrolla un contrapunto analítico entre dos intervenciones no-jurídicas como son las de los profesionales de la Psicología y el Trabajo Social Forenses en el contexto actual de la Argentina.

El diálogo entre ambas disciplinas que en parte se expone, resulta un ejercicio de interés para ampliar el horizonte de las intersecciones disciplinarias y el trabajo conceptual e institucional colaborativos. La premisa del trabajo colaborativo no sólo se justifica por la propia complejidad de los casos y problemáticas judicializadas e institucionalizadas y por el enfoque socio jurídico que se sostiene en el presente análisis, sino que, además, forma parte de los desafíos del paradigma de justicia inclusiva (Hunter, 2017; Smithson, Barlow, Hunter e Ewing, 2015; PNUD, 2020). Este concepto refiere no sólo a la reducción de la distancia entre la administración de justicia -lo que es posible hacer extensivo a otras instituciones y prácticas jurídicas- y los ciudadanos (problemas de acceso, justicia amigable, etc.), sino además, al esfuerzo consciente de sus agentes por incluir los intereses y experiencias de aquellos previamente marginados en el diseño de los procedimientos, la evaluación de las pruebas, la interpretación de los hechos, la formulación, interpretación y aplicación del derecho y en la toma de decisiones. La noción arraiga en la idea que la justicia debe centrarse

en las personas, mediante el desarrollo de servicios de justicia que respondan a las necesidades del usuario.

Las intervenciones en las instituciones jurídicas de disciplinas no-jurídicas como la Psicología Forense, el Trabajo Social Forense u otras, ofrecen diversos interrogantes en cuanto a modos del ejercicio profesional, especificidades técnicas, adecuación de los instrumentos y procedimientos, mensuración de resultados, etc. pero, además, los referidos a las articulaciones disciplinares y las implicancias epistémicas y éticas en los espacios institucionales que reconocen al Derecho como discurso referencial y que, a consecuencia de ello, se identifican como instituciones jurídicas.

Una primera mención relativa a la dimensión forense -si bien recurrente pero útil en cuanto a que transversaliza semánticamente las actuaciones disciplinares de referencia- es el significado etimológico de *fórum*, que en latín significa plaza, y las reverberancias que su inclusión produce respecto de las intervenciones profesionales. El concepto remite, primeramente y en un sentido histórico, a la dimensión interseccional que organizaba el espacio de campamentos militares y las plantas urbanas en la cultura romana a partir de la intersección de dos calles o sendas principales: la vía carda o *cardo maximus* y la vía decumana o *decumanus maximus*, que operaban como ejes organizadores, ordenadores de comunicación y de inclusión. En dicha intersección se situaba la plaza o foro constituyendo un centro referencial que alojaba el esparcimiento, las ceremonias, el encuentro, los festejos, el mercado, y también los debates, los juzgamientos y las ejecuciones o castigos. En términos metafóricos el concepto semantiza un cruce de discursos en el tratamiento de lo público; un lugar donde transita y ocurre la vida pública de las personas (Zuberbuhler, 1990), lo que implica que es inherente a la dimensión o perspectiva forense, por un lado, la diversidad de visiones y opiniones sobre un asunto que, lejos de oscurecer enriquece la toma de decisiones; por otro, y en términos de efectos, supone un debate con ganadores y perdedores, roles y habilidades no solo atinentes al conocer y documentar sino además al argumentar y convencer, en definitiva a producir convicción y verdades.

El foro -como lugar- no refiere solo al Derecho como discurso en la convocatoria al tratamiento de las cuestiones del orden público, sino al espacio en el cual intervienen también otros discursos, disciplinas y saberes que en la actualidad lo constituyen las Ciencias Médicas, la Psicología, el Trabajo Social, la Criminalística, la Antropología, la Sociología, cuanto también la Lingüística y la Economía y otros saberes técnicos, así como los discursos morales y religiosos que atraviesan el horizonte normativo y confieren sentidos alternativos a los hechos en tratamiento. Por su parte, el foro -como significante- propone un despliegue de significados e intervenciones que permiten interrogar la racionalidad y estatuto del discurso jurídico y sus implicancias disciplinares, como dar legitimidad a intervenciones de disciplinas no-jurídicas, aun cuando la modernidad haya colocado al Derecho como discurso hegemónico y ordenador de las instituciones del Estado -y por ello de Derecho- que comprende la administración pública y de justicia así como a las instituciones vinculadas, en los diversos niveles de organización estatal, nacional, provincial y municipal.

En consecuencia, el *fórum* dice acerca del diálogo, del debate, la controversia, los acuerdos, la declaración y la decisión incluyendo el reconocimiento de las dimensiones no públicas de las personas en tratamiento institucional, por lo cual la interdisciplina no resulta un aspecto aditivo que puede presentarse ocasionalmente, sino constitutivo en la dimensión forense, una consecuencia estructural de la naturaleza multidiscursiva que el espacio foro contiene. Si bien actualmente, el reconocimiento de la multidimensionalidad de los conflictos sociales y las necesidades humanas, el análisis multifactorial, las tecnologías en red al servicio de las prestaciones públicas y las tendencias legislativas hacen del trabajo colaborativo entre disciplinas una condición necesaria, siempre emerge como aspecto problemático que seguramente atañe a tradiciones en la formación de las profesiones y a la hegemonía del Derecho como discurso del poder (Legendre, 1979).

2. Demandas actuales a los operadores jurídicos

Los avances en la transversalización de los Derechos Humanos en toda cuestión vinculada con las personas en tratamiento jurídico-institucional y los nuevos enfoques en materia de infancias, género y diversidad en la discursividad jurídica han incorporado

significativos progresos en la gestión procedimental de las diferencias. No obstante, en la realidad institucional la instrumentación de la disposición normativa está mediatizada por los paradigmas que habitan y operan en los operadores jurídicos que no siempre articulan con el espíritu de aquellas, impactando en resultados en los que difiere lo operado respecto de lo normado. El efecto de cosificación, de convertir en objeto la condición subjetiva cuando la predicación normativa orienta hacia otro sentido, se contrapone con el espíritu de proteger, reconociendo la vida de cada uno en sus diversas modalidades de vivirla. Este giro paradigmático que ofrece oportunidad como también malestar, crea condiciones para atravesar la dogmática de hegemonía positiva en favor de otros discursos que operan con alternativas epistémicas diversas ofreciendo objetos y sujetos de tratamiento en los que las interrogaciones disciplinares impactan, produciendo sentidos y organizando verdades articuladas con aquel.

En lo que respecta a las disciplinas que atañen en este artículo, se reconocen ciertas ambivalencias y solapamientos entre psicólogos que entienden que deben focalizar en el contexto de los sujetos y los eventos o los derechos, y trabajadores sociales que procuran interpretar las subjetividades, los padecimientos y efectos psíquicos como fuentes del malestar y del conflicto sobre el que se arbitra. El llamado de atención no refiere a un problema de fronteras disciplinares sino a la claridad del objeto que cada profesional -con sus diferentes trayectorias de formación- debe sostener como norte de una actuación consistente con su *expertise* y en la fidelidad ética con el objeto epistémico de su disciplina.

La condición disciplinar y disposición profesional para el reconocimiento de la subjetividad de quienes transitan por las instituciones jurídicas habilitará dispositivos o estrategias orientadas a permitir que la verdad subjetiva y social de esas existencias pueda ser escuchada y no precluida por la verdad jurídica (Degano, 2011). En ese movimiento interrogativo que descubre lo velado por la hegemonía otorgada a la normatividad jurídica, se puede reconocer que -tal como afirma Krmpotic (2013)- los valores y bienes jurídicos no coinciden necesariamente con los bienes sociales, lo que se destaca en el sentido que los discursos organizan sus propios objetos epistémicos, sus sujetos, y con ello los bienes o valores que los habitan como estructura. Además de los bienes jurídicos y sociales,

contrastados por la referencia, se distinguen los bienes subjetivos; aquellos que, de naturaleza singular, dan sentido a la existencia y reclaman por su reconocimiento, siendo primordialmente el discurso familiar el que organiza la intimidad de cada uno en términos de aquellos valores o bienes subjetivos mencionados (Lacan, 2010).

Así, la política X que brinda herramientas y recursos para efectivizar el derecho Y, quedan condicionados al albur de la práctica de los operadores encargados de llevar a cabo su implementación y cumplimiento (funcionarios judiciales e institucionales, profesionales y administrativos, personal de seguridad etc.) y por lo tanto de sus hábitos profesionales y sociales y sus paradigmas y convicciones sobre lo que entienden que es su función. Esta intersección supone la incorporación de nuevas lecturas disciplinares, nuevos perfiles expertos con competencia en el espacio del no-derecho de la decisión jurídica.

En línea con estas reflexiones, el trabajo colaborativo interdisciplinario, intersectorial e interinstitucional es imprescindible. La falta de articulación entre sectores de la administración, instituciones y/o profesionales intervinientes produce miradas parciales y fragmentadas del conflicto y sus sujetos, obstaculizando y/o amplificando, generando efectos inversos al esperado por quienes recurrieron a la intervención judicial o institucional. Un trabajo de interfase integrado y exitoso puede convertirse en proceso terapéutico socialmente incluyente y transformador. En este sentido, una resolución eficaz es aquella que permite redefinir el problema con los aportes de los distintos operadores, que habilita la posibilidad de disminuir o desaparecer la escalada judicial o jurisdiccional, y/o la realización de acuerdos duraderos que no requieren mayor intervención y puedan autorregularse en el tiempo.

3. La operación jurídica

En otros trabajos (Degano, 2014 y 2011) se ha señalado el efecto performativo del discurso jurídico respecto de la singularidad, con la consecuente preclusión de la subjetividad tanto en términos generales, como condición de la vida instituida, cuanto particularmente en la gestión institucional/gubernamental de vidas. Los instrumentos que las representan - expedientes o legajos que contienen y condensan los actos y documentos que a esas vidas se

refieren- alienan tales vidas incluyéndolas (y excluyéndolas) en la dialéctica jurídico-institucional, tomándose como verdad solo lo que allí se dice. En los anteriores términos de la hegemonía del discurso jurídico en las prácticas judiciales y jurídico-institucionales en general, interesa señalar la torsión que opera sobre quienes son obligados por estructura a deshabitar su condición de sujetos de palabra y vacilación para serlo de certezas, es decir de palabras apoderadas por el decir preciso, indubitable; de palabras unisignificadas, codificadas, con que opera el discurso jurídico proponiendo un modo discursivo desubjetivado y orientado a la objetivación como condición de garantía a los fines de cubrir positivamente toda realidad en su tratamiento.

El efecto de la operación discursiva del Derecho como discurso del poder, tal la afirmación legendreana ya mencionada, dice con certezas codificadas, mientras que los destinatarios hablan inciertamente de sus sufrimientos que han tomado estado jurisdiccional e institucional. Además, y por lo general, la mayoría de las veces sus decires son pre-orientados por lo que sus representantes letrados indican lo que debe ser dicho, con el objetivo que su posición mejore procesalmente y puedan estar en condiciones de ser favorecidos por la sentencia, con lo cual en las instituciones jurídicas ellos, los usuarios, los sujetos objeto de tratamiento jurídico-institucional y sujetados a estos procedimientos, hablan sin decir de sus vidas y también, *contrario sensu*, dicen sin ser escuchados. La distancia entre el decir jurídico y el de los destinatarios de referencia, no está garantizada en la vida subjetiva por la misma razón que Legendre (1979) ha dicho que el Derecho es un texto sin sujeto, afirmación que sugiere que su existencia discursiva no se correlaciona con la vida de a quienes se dirige, de quienes son objeto de su decir. Entre quienes son referidos jurídicamente y sus vidas ocurre una distancia inconmensurable, aquella que hace a una sólo nominación desubjetivada y a la otra el lugar de la vida, de los acontecimientos, del nombre propio, etc., con lo que vida (*bios*) y derecho aparecen como opuestos por tránsitos sin intersección: el decir jurídico requiere una igualdad universal y la vida singular ofrece la diferencia radical de la singularidad.

Se coloca el énfasis en la diferencia entre la gestión objetalizada de la operación jurídica y la subjetividad reclamada por los sujetos en sus demandas judiciales e

institucionales, condición de muy difícil resolución mediante los dispositivos institucionales y que, si bien en algunos, esas operaciones traen paz a sus espíritus, en otros -los sujetos de juicios de divorcio y causas de familia, penales o correccionales, de reclamaciones por episodios traumáticos con compromisos somáticos, invalidaciones o implicancias psíquicas, de justicia penal de niñez y juventud, de demandas por violencia, identidad o filiación, sujetos de situaciones de maltrato y violencia, de desprotección de sus derechos, de inimputabilidad penal y otros- esas operaciones, reiteramos, dejan indefectiblemente heridas y secuelas en la vida subjetiva de quienes son sus protagonistas con lo cual la decisión no cubre lo reclamado no acertando en su objeto.

El efecto del significante mediante la inscripción al orden jurisdiccional y la condición nominativa de "judicializados" o "institucionalizados", cuando no de "condenados", "tutelados" y otras nominaciones técnico-jurídicas, contradice los requerimientos de la mera existencia, con una subjetividad objetivada del decir sin pasión, de declarar con el cálculo como orientación, conformando verdaderas presencias vacías. En el marco de la operación jurídica la voz de los operadores no-jurídicos ofreciendo y oportunizando las voces no oídas, es fundamental para preservar un trato humanitario y significativo en la vida de personas que procuran resolver sus conflictos y de sociedades que buscan su remediación y prevención. La inclusión de operadores no-jurídicos que intervengan orientados por los principios epistémicos y éticos de sus disciplinas deja de constituir una opinión profesional particular más o menos fundada, para resultar estructuralmente en un activo público sobre el caso particular, un recurso sobre el que la auto-vigilancia crítica convoca a revertir cuando se convierte en incapacitante para los sujetos involucrados. Se trata en definitiva de una lectura, una conclusión en el dictamen profesional respecto de un caso, pero que se proyecta hacia un sinfín de situaciones posibles como paradigma en los términos aquí propuestos.

4. La operación simbólica

La justicia no juzga sobre el hecho real sino sobre el hecho construido. Tal como analiza Rovaletti (2009) la epistemología actual ha puesto en cuestión la noción de real en el

sentido de polarización entre hechos observables y significados. La comunidad científica en general sostiene que todo hecho se constituye en contextos teóricos determinados y que el observador participa de su construcción. Por lo tanto, en las instituciones jurídicas ocurre una re-construcción de los hechos en tratamiento por los especialistas/expertos a la luz de saberes específicos y en el marco del encuadre normativo. La afirmación es oportuna a los fines de reflexionar acerca de la ley y sus aristas: la ley como proceso institucional, la ley como posibilidad/apertura, la ley como límite o imposición, en definitiva, sobre la ley y su interpretación la que, como producción institucional, resulta una operación de discursos. Ello deriva en la consideración sobre el papel de los agentes, profesionales y especialistas del complejo político-jurídico que operan, basados fundamentalmente en el expediente y la expresión escrita.

En esta operación simbólica, la intervención experta trabaja en la selección de elementos que organiza mediante interpretación en un material, el diagnóstico. Recoge y ordena hermenéuticamente en diversas fases y técnicas e inscribe una historia en una secuencia más o menos completa que se constituye en el caso. Así, el análisis e interpretación remiten a la idea de construcción y de traducción. El caso resulta una representación de la realidad vivida por sujetos reconocidos como personas; una historia así estructurada que constituye solamente un mundo posible entre otros igualmente posibles, pues, de los mismos datos podrían surgir historias diversas. Pensar el diagnóstico como una especie de totalidad aprehendida, completa y determinada resulta, entonces, un sinsentido. Alcanzamos descripciones parciales, inscriptas en un momento determinado, las que -muchas veces- quedan reducidas a un par de categorías de análisis. En tal sentido, psicólogos y trabajadores sociales -cuando también otras disciplinas que no reciben mención en el presente trabajo- deben orientarse en mostrar y hacer comprensible la complejidad empírica de las situaciones conflictivas en las que trabajan, y fundamentar la conclusión que arriman a las causas en los términos que sus disciplinas indican haciendo éticamente consistentes sus intervenciones.

Por lo antedicho, el trabajo sobre la verdad/versión narrativa (no ya la verdad/versión fáctica) de los protagonistas del conflicto, define como materialidad de la condición subjetiva y social a la dimensión simbólica, aquella que convoca al desciframiento, a la hermenéutica

en su lógica. Una operación que se viabiliza por la escucha de lo que habita en los decires y que promueve la palabra, y ésta, a la singularidad de quien es sujeto/objeto del decir jurídico en el ámbito de tratamiento. Solo quienes escuchen a quien habita detrás de la "máscara jurídica" -la persona- podrán reconocer sufrimientos, esperanzas, necesidades, valores, modos de vivir y deseos, bienes subjetivos y sociales, epocalmente compartidos entre contemporáneos, predecesores y sucesores, es decir vida. Al respecto, interesa señalar que el concepto de persona que constituye al sujeto de derecho, la personalidad jurídica (Kelsen, 2015), proviene de la palabra griega πρὸσωπον -latinizada como *persōna* tomado del etrusco *phersu* (RAE)- con la que se designaba a los personajes del teatro, es decir, a las máscaras que representaban a los actores. La transmutación del concepto al derecho moderno ha transitado por el derecho romano donde la persona constituía una posición o potestad de someter a otros a la condición de cosa (Esposito, 2011), tránsito en el que no ha perdido su esencia, remitiendo a la representación de quien la habita y a la inclusión por exclusión. Pero es de condición necesaria al análisis crítico que, tal como señala Esposito (2011), la máscara, además de ocultarlo, no siempre se ajusta al rostro de quien la porta. Ese desajuste es estructural y constitutivo de la interferencia entre a quienes se refiere el Derecho y quienes lo reciben como discurso normativo: la máscara incluye a quien la porta, pero desincluye su singularidad, su verdad y sus valores, es decir sus bienes subjetivos.

La cadena de no encadenamiento entre la verdad, el bien jurídico y el bien social se articula con el bien subjetivo, aquel o aquellos que cada uno presenta en su condición de singularidad y por fuera de la universalidad que le propone el decir jurídico, aquella dimensión única y propia de la condición que cada uno de los hablantes habita y ofrece sus bienes a la escucha. El desciframiento del "bien" de quien habla no siempre le resulta transparente ni al propio sujeto ni menos aún al operador jurídico. La operación de escucha y reconocimiento ofrece un lugar a aquellos que puedan reconocer esa dimensión, descifrarla y exponerla como verdad no escuchada, los operadores de las disciplinas no-jurídicas a los que se reconoce en este trabajo también como operadores de la subjetividad, ofrecen esas posibilidades.

5. La escucha no-jurídica

El aporte distintivo de los operadores no-jurídicos radica en su capacidad de interrogar[3] a los sujetos que habitan detrás de las máscaras jurídicas, reconocer su padecer, sus entornos, sus carencias, sus condiciones, sus propósitos y su vida en el marco de un encuentro que ofrezca apertura, lazo, antes que cumplimiento.

Para la Psicología, al menos más acentuadamente desde una perspectiva psicoanalítica, se trata de una posición clínica, de posicionamiento respecto de quienes sufren tanto de carencias, de necesidades como de palabras o símbolos y que, suscitando al diálogo, puedan transitar una conversación que despliegue los sentidos contenidos en esas palabras. Así los psicólogos se configuran en operadores de la subjetividad, quienes reconocen e interpretan lo que subyace en el conflicto que se dirime en las instituciones jurídicas, es decir la escena subjetiva contenida en la escena jurídica, y diferenciados de los operadores jurídicos quienes objetivan esas existencias enfocando solo en el sentido normativo de las vidas. El encuentro que surge del diálogo y sus preguntas en torno de la existencia singular y social, permite reconocer la diferencia entre la máscara y el rostro de quien la habita. Allí, en esos intersticios entre una y otra -la máscara y la vida subjetiva- se podrá reconocer lo no reconocido por la imputación jurídica, se podrá dimensionar lo no-incluido en la nominación normativa y se podrá invitar al sujeto convocado llamando por su nombre a quien es jurídicamente nominado por su patronímico.

Para el Trabajo Social se trata de alcanzar un diagnóstico social fundado, desde una posición hermenéutica y comprensiva de la raigambre social del conflicto subyacente. Recurrentemente su accionar es más una "respuesta" (antes que una escucha) en la sobredimensionada "intervención", incluso a sabiendas que los cambios, ajustes, sanación, superación provienen, se gestan en los propios sujetos. No son resultado de fuerzas externas que con eficacia impositiva logran cambiar comportamientos o condiciones materiales de vida, sino en todo caso, mediaciones relevantes para ser alcanzados. La escucha profesional recoge la asignación de significados de las experiencias vividas. La captación del sentido de

[3] La operación de interrogar contiene un sentido técnico-jurídico y otro técnico-profesional diverso.

las experiencias puede llevarse a cabo de dos maneras: monotéticamente y politéticamente. La primera implica captar su sentido en un sólo golpe de conciencia, en un único y puntual acto de aprehensión, y de manera global. La comprensión politética en cambio, implica ir tomando conciencia parcial de cada uno de los segmentos que constituyen a esa porción del mundo como unidad, paso a paso. Escuchar no es lo mismo que preguntar como ejes del diálogo. A su vez, la escucha o la pregunta se presentan con distintos alcances: documentar (registrar), informar (dar cuenta de una situación a partir de una solicitud y un propósito), y argumentar en la opinión o dictamen profesional (analizar, interpretar, explicar), sobre un amplio abanico de observables: conductas, eventos e ideas o constructos conceptuales. La escucha a su vez permite incorporar la fuerza o sentido que para el sujeto y demás actores jurídicos representan los valores -expresados en el bien jurídico y en el bien social o en el daño/riesgo a evitar- todo lo que justifica la intervención, la regulación o la sanción.

En ambas intervenciones disciplinares, la palabra suscitada podrá decir lo no dicho en los interrogatorios o testimoniales, declaraciones, pericias u otras formas del procedimiento judicial y por extensión jurídico-institucional, en la medida que se extiende a otros organismos vinculados, y permitirá reconocer verdades subjetivas, sociales que constituyen los escenarios de las vidas que tomaron estatuto institucional.

6. La cuestión del sujeto

Psicólogos y Trabajadores Sociales se moverán fundamentalmente en la arena del singular.

La pregunta por el sujeto representa para el Trabajo Social un elemento clave en la intervención socio-jurídica: una definición del problema y del usuario junto con un código teórico, una tecnología de intervención y un dispositivo institucional. En relación con ello, hay un coste de oportunidad para pensarlo en la actualidad del Trabajo Social Forense: el sujeto, aquel usuario, es ahora enfáticamente ciudadano, y el foco en esta condición modifica pautas de relacionamiento entre administradores, políticos, profesionales y sujetos de derecho. El sujeto se presenta con un carácter político (traducción griega) y social (traducción

romana). Este precisa de los otros, no solo para responder a las necesidades básicas de preservación, sino además para alcanzar las necesidades de realización. Ello abre dos órdenes de existencia: lo propio y lo comunal, lo privado y lo público. Esta doble existencia del sujeto incorpora dimensiones como la acción, la agencia y el discurso. La acción nos coloca en la tensión experiencia-expectativa, necesidades-deseos-aspiraciones. La capacidad de agencia nos vincula al poder en su faz productiva como coercitiva, en la tensión autoridad-responsabilidad, y en el proceso de distribución de la palabra que opera a través de reglas de designación en las instituciones jurídicas. Aquí incide el discurso como proceso de construcción de significados, desde el sentido común hasta el discurso profesional, uno que -mediante el método- recopila evidencias para producir inferencias, siempre mediadas por las razones jurídicas (bien jurídico) y las razones sociopolíticas (bien social).

Asimismo, desde el Trabajo Social se concibe un sujeto que transita por el mundo de la vida cotidiana (Krmpotic, 2022). Este no es un mundo privado sino compartido con mis semejantes. Se trata de un sujeto en relación con contemporáneos, predecesores y sucesores (accesibles por la experiencia directa como indirecta), en la que proyecta su psique a través de vínculos (de mayor o menor intensidad, cara a cara, aquellos que coexisten en el tiempo y a la distancia, etc.), actos y materiales de la cultura, en la intimidad, en las instituciones y la comunidad (pareja, hogar, trabajo), en una dinámica de objetivación y subjetivación constantes (Berger y Luckman,1993; Bourdieu, 1991). En la vida cotidiana se capta la experiencia ¨nosotros¨, del ¨alter ego¨, de ¨otros sí-mismos¨, mediante las cuales identificamos significatividades. La biografía es importante en la medida en que expresa el modo de ubicarnos en el escenario de la acción, interpretando sus límites y posibilidades; entonces, ¨el¨ mundo se convierte en ¨mi¨ mundo, donde a veces se padece lo impuesto y otras, se decide hacer lo disponible (Schutz, 1974).

El Trabajo Social interviene con un método en la traducción del sujeto universal y del sujeto particular, a partir del encuentro con el caso, es decir, con el sujeto singular. El profesional se encuentra/reconoce/descubre a ese singular, quien es parte en un expediente. Nombre propio que poco dice hasta que se lo conoce: a la persona, su biografía, su hogar y grupos de pertenencia, sus procesos, su experiencia de familia, sus expectativas a futuro. La

ley es genérica y abstracta, referida a un sujeto universal. Asimismo, la norma particulariza, discrimina sujetos y situaciones. Sin embargo, el espacio de intervención adquiere sentido y justificación en el marco de un problema singular en contexto (familiar, comunitario y ambiental), sobre el que gira la descripción, el análisis, la interpretación y la proyección. El mapa de acción del Trabajo Social navega entonces entre las aguas de lo general, particular y singular de cada situación-problema.

Desde la perspectiva de intervención de la Psicología -en los términos que se refiere en el presente trabajo- el sujeto emerge en la palabra de quién es convocado a una respuesta, en quien pueda "decir" indicando que puede transitar por la palabra y habitarla, ser escuchado, con lo cual ocurre una constitución, una subjetivación del hablante, un sujetamiento, que supone como condición la existencia de ¨otro¨ estructuralmente necesario quien, opuesto, escucha. Esa presencia de estructura de la otredad es el lugar en el cual alguien puede articular una pregunta y suscitar una respuesta, es decir, hablar, proponer vida subjetiva, convocar, invitar al otro a constituirse como hablante. De este modo la condición de la habitabilidad subjetiva habilita al tránsito de la palabra y los efectos subjetivos que implica, es decir la producción de sentidos para el hablante que siempre será estructuralmente, tal lo dicho, singular. Esos sentidos que otorgara tanto a la existencia del otro como a la suya están sobredeterminados y circunstanciados por los sucesos de su vida, no serán universales sino únicamente singulares, invitando al otro a su desciframiento.

El desciframiento en el marco de la condición de singularidad mencionado requiere la pregunta, la invitación a hablar, brindando a quien escucha la oportunidad de reconocer cuales son los escenarios referidos en lo dicho, cuales son los sentidos que para el sujeto hablante invisten los objetos, las situaciones, relaciones, entramados o sucesos, requerimientos, anhelos, la propia existencia, sus pasiones, sus temores, sus ideas, etc. Refiere también a los sentidos que tienen los hechos ocurridos objeto de las intervenciones jurídico-institucionales, interviniendo valores sociales o jurídicos que no siempre ofrecen coincidencia con los valores subjetivos, tal lo que interesa en este trabajo. El Psicólogo verá allí la escena no dicha, la escena no emergida, no representada en la escena jurídica, en último

término, el sentido que los hechos en la investigación jurisdiccional implican subjetivamente para quien es escuchado.

Esta dialéctica no es posible de ser descifrada por quien, como el operador jurídico, requiere palabras unisignificadas, normalizadas, codificadas con relación a una norma -estado civil, domicilio, documento de identidad, edad, lugar de nacimiento, grado de escolaridad, conciencia de los hechos, etc.-; palabras que le son extrañas a la posibilidad de reconocer si están habitadas subjetivamente o son formuladas, dichas, sin decir. Así, resulta necesario para los operadores de la subjetividad desconocer ese requerimiento de normalidad -con todo el peso que encierra el concepto tanto en los ámbitos que se referencian en el presente texto como también en las instituciones de salud mental, de gestión de las diferencias, de infancia, de género, haciendo especial referencia a la normalización psicopatológica tanto tradicional como la tabulada en compilaciones internacionales como los manuales DSM o CIE- para reconocer la condición subjetiva, para leer en quien habla, en los puntos de fractura de lo que dicen los caminos conducentes a las operaciones de intimidad, reconocer a quien habita la máscara jurídica.

Resulta de interés en este contrapunto interdisciplinar revisar la posición clínica. Siguiendo la obra de Foucault (2008), la clínica nace en el siglo XVIII con el lugar de observación de la enfermedad como forma patológica de la vida y como significante, mediante la capacidad de dar sentido al sufrimiento La palabra clínica proviene de la palabra griega κλίνη (klinē) y sus derivados, latinizada *clinĭcus* (RAE), que significa (lo propio del) lecho, cama, y en su diacronía: yacer, padecer, enfermedad, enfermo, etc., presentando, en una escena como contenido metafórico del concepto, el padecer/yacer, al padeciente o sufriente, sujeto del sufrimiento, incluyendo a quien es sujeto del reconocimiento del sufrimiento. Clínica metaforiza también la condición de quien se posiciona frente al yacente, es decir quien asiste a la escena del sufrimiento, pudiendo posicionarse de diversas maneras, como mirar, asistir, escuchar; y también, en la operación jurídica, como clasificar, normalizar, censurar, etc.

Se llama aquí, genéricamente clínica, a la perspectiva desde la que debe situarse el operador no-jurídico, a la mirada dirigida hacia el sufrimiento de quien es sujeto de un padecer que lo ha hecho posible de haber sido tomado, capturado por la operación de las instituciones jurídicas. Esa lectura no exculpará, no desconocerá de lo que se le imputa, de lo que está en juego como valor o bien jurídico, pero la perspectiva en ese encuentro/mirada será enmarcada en los valores disciplinares del operador que interviene y en concordancia con su ética disciplinar. El operador no-jurídico tiene la capacidad disciplinar de reconocer el sufrimiento, el malestar y con ello su vinculación ética con la condición singular frente a quien asiste aun tan solo con su presencia.

No es propósito del presente trabajo propiciar una subjetivación sensibilizante en los operadores jurídicos, no es el espíritu proponer un modo impropio de recepción de los escenarios subjetivos con inmersión de los operadores jurídicos en situaciones de las que no puedan, no estén capacitados, ni deban responder, sino en señalar que los procedimientos jurídico-institucionales, en el estado actual de las cosas, en lugar de instituir la vida (*vitam ituitere*) como función principal del Derecho según señala Legendre (1979) incluyendo al malestar constitutivo de la subjetividad, destituyen al sujeto fuera de su expresión jurídica como condición estructural más allá que la palabra, siempre, aún en este contexto, acosa a la desesperanza, mientras los profesionales no-jurídicos tienen la capacidad de suscitarla.

7. Conclusiones

La reducción de lo humano a un objeto explicable y programable, tal la afirmación de Supiot (2007) resulta efecto de la cultura occidental moderna que ofrece el entorno favorable a la institución jurídica para que sus procederes articulen con los modos que el poder -tanto institucional como no formal- utiliza para la gestión de las políticas de vida conocidas como biopolíticas, entre las cuales la vida biológica encuentra cabida en las instituciones de salud y la vida subjetiva en las instituciones de resolución de los conflictos y otros modos de control como las instituciones jurídicas.

Los profesionales que intervienen en las instituciones jurídicas están convocados al despliegue de sus saberes, pero ello será posible en tanto y en cuanto desoigan las coordenadas jurídico-procedimentales y propongan nuevas en la medida en que cada discurso tiene su propio objeto epistémico o de referencia, así como sus propias técnicas y operaciones de abordaje. Resulta éticamente consistente sostener esta posición asumiendo el encargo jurídico sin desarticular o enajenar los saberes específicos. Ciertamente, la verdad subjetiva, social o de otra naturaleza de construcción discursiva, aspira a ser reconocida y formar parte del proceso, pues refleja y traduce las necesidades del sujeto del derecho, quien además de ser oído también podrá ser escuchado.

Se abriga la expectativa que el ejercicio analítico que se ha desplegado entre dos disciplinas que participan activamente del arbitraje jurídico de los conflictos sociales, sea replicado en los distintos escenarios de labor profesional. Disciplinas que pueden ser identificadas a partir de fronteras identificadas como límite entre dos conjuntos homogéneos, o, como es posible pensar, frontera como una intensificación de los tráficos e intercambios entre elementos diversos y entrelazados que constituyen y traman la realidad singular. Pues, siguiendo a Latour (2013) la justicia (valor fundante de los sistemas políticos modernos) no está hecha sólo de Derecho, así como el Derecho está atravesado por otros elementos devenidos de la Economía, la Filosofía, la Moral, y lo mismo para cualquiera de los otros dominios del conocimiento que la racionalidad moderna ha insistido en distinguir y separar.

Referencias bibliográficas

Berger, Peter y Luckmann, Thomas. (1993). *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.

Bourdieu, Pierre. (1991). *El sentido práctico*, Madrid, Taurus.

Degano, Jorge Alejandro. (1993). *El Sujeto y la Ley y otros temas psicológico-forenses*, Rosario, Homo Sapiens.

Degano, Jorge Alejandro. (2014). *La responsabilidad precluida en el goce del crimen y el tratamiento judicial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Letra Viva.

Entelman, Ricardo. (1991). "*Discurso normativo y organización del poder*", en Marí, E.; Ruiz, A. y otros. Materiales para una teoría crítica del derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Esposito, Roberto. (2011). *El dispositivo de la persona*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Amorrortu.

Foucault, Michel. (2008). *El nacimiento de la clínica, una arqueología de la mirada médica*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI.

Smithson, Janet; Barlow, Anne; Hunter, Rosemary and Jan Ewing. (2015). *¨The 'child's best interests' as an argumentative resource in family mediation sessions¨*, Discourse Studies, Vol. 17, Nº 5, pp. 609-623.

Kelsen, Hans (2015). *Teoría Pura del Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba.

Krmpotic, Claudia Sandra. (2022). *¨Base de coneixement, identitat i alienació en el treball social. Reflexions sobre un tòpic clàssic que torna a emergir¨*, Revista de Treball Social, Vol. 222, pp. 31-48. https://doi.org/10.32061/RTS2022.222.02

Krmpotic, Claudia Sandra. (2013). *¨El Trabajo Social Forense como campo de actuación en el arbitraje de lo social¨*, Trabajo Social Global. Revista de Investigaciones en Intervención Social, Vol. 3, Nº 4, pp. 37-54.

Lacan, Jacques. (2010). *La Familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argonauta.

Latour, Bruno. (2013). *Investigación sobre los modos de existencia. Una antropología de los modernos.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Paidós.

Legendre, Pierre. (1979). *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, Anagrama.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2020). *Innovación, resiliencia y transformaciones urgentes hacia una justicia inclusiva en América Latina y el Caribe*. Disponible en: https://www.undp.org/es/latin-america/publications/innovaci%C3%B3n-resiliencia-y-transformaciones-urgentes-

hacia-una-justicia-inclusiva-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe (Recuperado el 30 de agosto de 2023)

Hunter, Rosemary. (2017). *Mapping Paths to Family Justice: Resolving Family Disputes in Neoliberal Times*, Londres, Palgrave Macmillan.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <https://dle.rae.es> [05.10.2023].

Rovaletti, María Lucrecia. (2009). *¨La historia clínica: entre la verdad factual y la verdad narrativa¨*, Acta fenomenológica latinoamericana, Vol. III, pp. 743-751.

Schutz, Alfred. (1974). *Estudios sobre teoría social*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Amorrortu.

Supiot, Alain. (2007). *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI.

Yu, Chung-Chi. (2005). *¨Schutz on Transcendence and the Variety of Life-World Experience¨*, en Endress, M., Psathas, G., Nasu, H. (eds.) Explorations of the Life-World. Contributions to Phenomenology, Vol 53, Dordrecht, Springer, https://doi.org/10.1007/1-4020-3220-X_11

Zuberbuhler, Beatriz. (1990). *¨La Psicología Forense o un Foro para la Psicología Forense¨*, Intercambios en Psicología, Psicoanálisis, Salud Mental, Vol. 2, Nº 3, pp. 25-32.

INNOVACIONES METODOLÓGICAS EN EL ESTUDIO DE LOS HOMICIDIOS EN CIUDADES LATINOAMERICANAS: EL CASO DE MONTEVIDEO

Javier Donnangelo
Código ORCID: 0009-0009-2650-5174
javdon10@hotmail.com[1]

Resumen

Del mismo modo que los casos de una enfermedad contagiosa se originan en otros casos (a través del contacto de personas infectadas con personas sanas), los homicidios inscriptos en dinámicas de ajustes de cuentas y represalias también derivan de otros homicidios (si bien siguiendo un mecanismo de concatenación obviamente diferente al de la transmisión de un patógeno). Las posibles analogías entre procesos de proliferación de homicidios y de propagación de enfermedades contagiosas han sido reiteradamente señaladas en la literatura criminológica. El presente artículo se vale de dicha analogía para procurar echar luz sobre el fenómeno del aumento reciente en los niveles (históricamente bajos para el contexto latinoamericano) de homicidio en la ciudad de Montevideo. En el proceso, el artículo introduce técnicas de análisis de datos que resultan novedosas para el campo de la Criminología, muy probablemente ejemplificando su uso por primera vez en lengua castellana.

Palabras clave: violencia, contagio, drogas, pandillas

[1] Sociólogo y Diplomado en Criminología (Universidades de la República, Uruguay y Cambridge-Reino Unido, respectivamente). Director del Observatorio Nacional sobre Violencia y Criminalidad del Ministerio del Interior (Uruguay). Profesor en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay).

INOVAÇÕES METODOLÓGICAS NO ESTUDO DOS HOMICÍDIOS EM CIDADES LATINO-AMERICANAS: O CASO DE MONTEVIDÉU

Resumo

Da mesma forma que os casos de uma doença contagiosa derivam uns dos outros (através do contato de pessoas infectadas com pessoas saudáveis), os homicídios inscritos em dinâmicas de acerto de contas e retaliação também se originam uns dos outros (embora seguindo um mecanismo de concatenação obviamente diferente do da transmissão de um patógeno). As possíveis analogias entre a proliferação de homicídios e a disseminação de doenças contagiosas têm sido reiteradamente apontadas na literatura criminológica. Este artigo utiliza essa analogia para tentar lançar luz sobre o fenômeno do recente aumento dos níveis de homicídios (historicamente baixos para o contexto latino-americano) na cidade de Montevidéu. No processo, o artigo introduz técnicas de análise de dados inéditas para o campo da Criminologia, provavelmente exemplificando seu uso pela primeira vez na língua espanhola.

Palavras-chave: violência, contágio, drogas, gangues

METHODOLOGICAL INNOVATIONS IN THE STUDY OF HOMICIDES IN LATIN AMERICAN CITIES: THE CASE OF MONTEVIDEO

Abstract

In the same way that cases of a contagious disease originate from other cases (through contact of infected people with healthy people), homicides rooted in dynamics of retaliation and score settling also originate from other homicides (although following an obviously different mechanism of causation than the transmission of a pathogen). The possible

analogies between the spread of homicide and that of contagious diseases have been repeatedly pointed out in criminological literature. This article uses this analogy to try to shed light on the phenomenon of the recent increase in homicide levels in the city of Montevideo, a place that has had, historically, low levels of interpersonal violence by Latin American standards. In the process, the article introduces data analysis techniques that have not yet been much used within the field of Criminology, most likely exemplifying them for the first time in Spanish.

Key words*:* violence, contagion, drugs, gangs

1. Introducción

Tras varios años de gran estabilidad en torno a unos 100 casos por año, en 2012 la cantidad de homicidios consumados en la ciudad de Montevideo (capital de Uruguay) alcanzó 148 y, desde entonces, no volvió a situarse por debajo de esta última cifra (Ministerio del Interior, 2023).[2] Estudios previos (Donnangelo, 2023a) han permitido establecer una serie de hechos importantes para la comprensión del fenómeno. En particular, estos antecedentes mostraron que el aumento de los homicidios no fue generalizado a través de las distintas variedades de este tipo de eventos. Así, ni los homicidios derivados de delitos contra la propiedad (rapiñas y hurtos), ni los resultantes de conflictos domésticos o intrafamiliares, registraron aumentos importantes durante 2012. Tampoco se produjo, durante dicho año, un incremento notorio de la que quizás sea la variedad más tradicional de homicidios: los altercados más o menos espontáneos entre conocidos que activan lo que en la literatura frecuentemente se designa como "contiendas de carácter" (Goffman, 1967; Athens, 1985; Luckenbill, 1977). En cambio, los homicidios cometidos mediante armas de fuego, los ocurridos en espacios públicos y los que tuvieron como víctimas a personas con antecedentes delictivos, registraron todos un claro aumento respecto de los años previos. Asimismo, paralelamente al incremento de los homicidios, durante 2012 se produjo un descenso del

[2] En términos relativos a la población, esto representó una tasa de 11 homicidios por cada 100.000 habitantes. Durante años más recientes la tasa de homicidios de la ciudad continuó ascendiendo, alcanzando valores en el entorno de 14 durante el año 2022 (Ministerio del Interior, 2023).

porcentaje de esclarecimiento de este delito (o, en otras palabras, los homicidios no resueltos fueron otra de las categorías que exhibió un claro ascenso). Sobre la base de evidencia obtenida mediante técnicas de análisis de redes sociales, Donnangelo (2023b) delineó una hipótesis de una dinámica de aumento de la violencia letal asentada en la proliferación de bandas o pandillas en conflicto por el control del microtráfico de estupefacientes. Con el fin de extender y profundizar la evaluación de dicha línea de interpretación, en el presente artículo el análisis vira hacia la consideración de ***patrones espaciales*** del fenómeno. En tal sentido, el artículo está dedicado a presentar y discutir evidencia acerca de las distribuciones geográfica y temporal de los eventos de homicidio en la ciudad de Montevideo, así como a examinar posibles interacciones (asociación) entre las mismas.

La idea o supuesto central detrás de los análisis que siguen es que una dinámica de incremento de la violencia asentada en la lucha entre bandas criminales o pandillas, presumiblemente se manifiesta espacialmente en formas definidas. En particular, cabe pensar que el patrón espacial esperable de una tal dinámica ha de presentar apartamientos importantes respecto de los parámetros característicos de un modelo de aleatoriedad en la distribución geográfica de los eventos. Más específicamente, las dos coordenadas definitorias de una distribución tipo Poisson de eventos sobre cierto espacio (igual probabilidad de todas las subáreas o subespacios de "recibir" un evento e independencia mutua de los eventos en cuestión), parecen tener una alta probabilidad de ser violadas por fenómenos del tipo de los enfrentamientos entre bandas criminales (Waller et al, 2004; Getis et al, 1978).

En particular, la falta de independencia mutua entre eventos de homicidio derivados de una dinámica asentada en el mecanismo de la venganza y la represalia (en que un homicidio conduce a otro que es una respuesta frente al primero y así sucesivamente), crea condiciones favorables para que, tras la ocurrencia de un homicidio en cierta zona, la probabilidad de la misma de recibir un nuevo evento de este tipo resulte incrementada (respecto de otras zonas).[3] En este sentido, por supuesto, el mecanismo dinámico subyacente

[3] El móvil de venganza o represalia ha sido reiteradamente señalado en la literatura sobre pandillas y bandas criminales como característico de los homicidios llevados a cabo por esta clase de grupos (Papachristos, 2009;

en los homicidios originados en enfrentamientos entre grupos criminales más o menos organizados es similar al proceso de expansión de una epidemia y, como éste, probablemente produce patrones estadísticos espaciales que no resultan bien descritos por el modelo de aleatoriedad clásico (Poisson).

Por un lado, si el factor dominante del crecimiento de los homicidios en Montevideo es el conflicto entre bandas de base vecinal por el control de áreas locales de comercialización de drogas, parece lógico esperar que los eventos se produzcan cerca de donde los integrantes de estas bandas viven y de las áreas en disputa. También, dado el carácter local o vecinal de estas bandas, es esperable que dichos eventos se produzcan a distancias cortas unos de otros (como consecuencia de que los integrantes de una misma banda tienden a residir dentro del mismo vecindario). Asimismo, cabe pensar que los integrantes de una banda rival no pueden vivir muy lejos (si bien no tan cerca como los primeros). En virtud de todo ello, parece razonable suponer que, bajo una dinámica de enfrentamientos entre bandas locales, los homicidios se presentan en la forma de conglomerados espaciales no muy alejados unos de otros y caracterizados por separaciones cortas en su interior. En otras palabras, como fuera dicho, bajo este tipo de escenario presumiblemente la localización de un homicidio no es enteramente independiente de la de otros, siendo esperable, por tanto, que la distribución geográfica de los eventos presente algún grado de autocorrelación.[4]

Otra consecuencia o manifestación espacial (espacio-temporal para ser precisos) de un escenario dominado por la lucha entre bandas, presumiblemente es un cierto grado de *correspondencia* entre la distribución en el espacio y en el tiempo de los eventos. En efecto, si los homicidios se inscriben dentro de una lógica tipo espiral de ataques y represalias entre bandas vecinas, probablemente cabe esperar que tras una muerte en una zona, se produzca

Maxson et al, 1985; Jacobs et al, 2006). En un contexto más general, Daly et al (2003) también han señalado que este tipo de móvil se observa corrientemente en enfrentamientos entre clanes familiares (de los cuales las bandas criminales, frecuentemente estructuradas sobre la base de vínculos de parentesco, son un caso particular).

[4] Es decir, que las áreas en que se observan homicidios también tienden a presentar esta clase de eventos en su vecindad (particularmente en áreas contiguas o adyacentes (Cliff et al 1981; Chi et al, 2020).

otra relativamente cerca no mucho tiempo después debido a la correspondiente represalia. Tal secuenciamiento de los homicidios que ocurren dentro de un área local proporciona un marco favorable para la formación de un patrón estadístico tal que los casos más cercanos en el espacio tienden también a estar cercanos en el tiempo. En otras palabras, los casos "vecinos" tienden a presentarse en relación de sucesión relativamente rápida, produciendo una asociación entre la cercanía geográfica y la temporal.

Antes de adentrarse en el análisis de las cuestiones anteriores, sin embargo, es necesario realizar algunas consideraciones generales acerca de las características espaciales del fenómeno del homicidio en Montevideo en tiempos recientes. Un procedimiento analítico útil a estos efectos es el de superponer una grilla de polígonos sobre el mapa de la ciudad y, tras contar los homicidios que quedan comprendidos dentro de cada uno de los cuadrantes así delimitados, examinar distintos aspectos de la distribución de frecuencias de estas unidades de análisis u observaciones (Getis et al, 1978; Cohen et al, 1999). Una grilla de este tipo se incluye como apéndice 1.

Dos medidas resultan especialmente útiles para resumir patrones relacionados con la distribución espacial de los homicidios: el porcentaje de cuadrantes que presentan eventos de este tipo en cierto período (dispersión del fenómeno), y el promedio de homicidios en los cuadrantes que registran al menos un evento (concentración). Mientras que la primera de estas medidas es indicativa de la extensión y generalidad del fenómeno a través de un área, la segunda mide la intensidad del mismo en las subáreas en las que está presente. El apéndice 2 muestra la evolución de estas medidas entre el período anterior al alza de los homicidios en Montevideo y los años en que se produjo el incremento de este fenómeno.

Como permite apreciar el apéndice 2, el aumento en la cantidad de homicidios en la ciudad ha implicado tanto una expansión del área que cubre este fenómeno como una intensificación del mismo. En otras palabras, con la inflexión iniciada en 2012, han aumentado tanto los cuadrantes con homicidios como el número medio de casos en los

mismos. De este modo, la proporción de cuadrantes con homicidios pasó de alrededor de 5% durante los años previos al incremento en la cantidad total de homicidios, a aproximadamente 7% tras dicho aumento. Por su parte, el promedio de casos en los cuadrantes con homicidios pasó de 1,2 a 1,3 en el mismo período. Así pues, si bien ambas medidas evolucionan en el mismo sentido, aparentemente el crecimiento de la dispersión ha sido algo más marcado que el de la intensidad o concentración.

Los apéndices 3 y 4 permiten formarse una idea acerca de la distribución de los polígonos con homicidios y de sus cambios entre dos períodos con números totales de homicidios diferentes. En general, el mapa en el apéndice 3 luce más compacto, particularmente en zonas del suroeste y sureste de la ciudad. Esto último sugiere que la tendencia a la formación de bloques de polígonos adyacentes conteniendo homicidios podría haberse acentuado durante años recientes. Una configuración de este tipo, en la cual los polígonos que contienen homicidios se disponen lado a lado es probablemente consistente con procesos a escala vecinal, particularmente si el tamaño de los polígonos considerados no es demasiado grande. Cabe pensar, por ejemplo, que los lugares de residencia de los integrantes de una banda de base vecinal dedicada a la distribución de drogas bien podrían presentar esta clase de disposición espacial (con los distintos miembros viviendo en polígonos adyacentes o contiguos).

Pero las impresiones visuales suelen ser engañosas, particularmente cuando el volumen de información a procesar por la retina es apreciable. En tal sentido, es sumamente conveniente auxiliar la interpretación visual con índices numéricos que puedan captar y expresar cuantitativamente un patrón o proceso espacial. Tratándose de evaluar hipótesis relativas a eventos que no son independientes entre sí o que tienden a localizarse cerca unos de otros, los índices de autocorrelación espacial ofrecen un medio adecuado para este objetivo. En particular, el llamado coeficiente “join counts” proporciona una medida del grado en que un atributo binario está presente en áreas que mantienen entre sí relaciones de adyacencia o contigüidad (Odland, 1988). En otras palabras, este coeficiente mide la concordancia en los valores que toma una clasificación binaria entre áreas con un límite en

común. Más concretamente, el coeficiente cuenta la cantidad de coincidencias en los valores de una variable entre observaciones contiguas en el espacio. Las dos categorías del atributo binario (presente o ausente) son generalmente denotadas como negro (presente) y blanco (ausente).

Si se clasifican las subáreas que componen una región en términos de una variable binaria X que toma el valor 1 si un atributo binario está presente y 0 cuando no lo está, y se denotan los polígonos con homicidios (x=1) como B ("black") y los que no los presentan (x=0) como W ("White"), es posible calcular el siguiente estadístico (Odland, 1988):

$$BB = {}^{1}/_{2} \sum \quad \sum w_{ij}\, x_i\, x_j$$

donde w_{ij}=1 si las observaciones (polígonos) i y j son adyacentes y w_{ij}=0 si no lo son.

La fórmula expresa simplemente la cantidad de coincidencias entre regiones adyacentes (entendiendo por coincidencia el caso en que los dos miembros de un par contiguo presentan el atributo en cuestión).

Con el fin de evaluar el grado de autocorrelación presente en la distribución de los homicidios en Montevideo en el período de aumento de esta variable y en los años anteriores al mismo, en el apéndice 5 se reportan los coeficientes "join-counts" respectivos. Adicionalmente, los apéndices 6 y 7 muestran los "núcleos" locales para cada uno de los períodos. Los núcleos representan cuadrantes en cuyo derredor se producen coincidencias con los polígonos adyacentes. En otras palabras, los núcleos son los centros de bloques o conglomerados ("clusters") de coincidencias o "joins".

2. Correlación tiempo-espacio

Como se dijera en la introducción a este artículo, parece probable que un proceso asentado en el control violento de mercados (con su corolario de agresiones mutuas en espiral) produzca patrones estadísticos caracterizados por cierto grado de asociación entre la distancia temporal que separa los eventos y la separación geográfica de los mismos. En particular, cabe esperar que los homicidios se sucedan unos a otros siguiendo un patrón que no es independiente de la localización geográfica de los hechos que acontecen primero. Una dinámica de este tipo supone, en efecto, que los eventos dependen unos de otros, de forma similar a lo que ocurre con el proceso de transmisión de una enfermedad contagiosa. Dado que el marco territorial del proceso de competencia violenta es predominantemente local, es esperable en consecuencia que los homicidios más próximos en el tiempo tiendan, asimismo, a estar cercanos desde el punto de vista del espacio.

Con el fin de explorar en qué medida el proceso de aumento de los homicidios en Montevideo presenta la característica anterior, en los párrafos que siguen se reportan los resultados del cálculo del coeficiente de Knox, una medida desarrollada en el contexto de estudios epidemiológicos (Knox, 1964; Mantel, 1967).

El coeficiente de Knox fue desarrollado en el marco de estudios acerca de la covariación entre tiempo y espacio en la ocurrencia de casos de leucemia. Está basado en la consideración de n(n-1) pares de casos formados a partir de la observación de n casos. Para cada uno de estos pares se determina la separación temporal y espacial existente entre los dos miembros. Una vez hecho esto, los pares son clasificados dicotómicamente en dos dimensiones como cercanos en el tiempo/distantes y cercanos en el espacio/distantes. Finalmente, los pares son asignados a una matriz 2 x 2 cuyas celdas resultan de la clasificación cruzada de las dimensiones (dicotomizadas) tiempo y espacio (Bailey et al, 1995). Un esquema de este tipo de matriz se presenta como apéndice 8.

Lo que constituye las categorías cercano/distante en ambas variables es decidido en el caso concreto por el analista. El grado de asociación entre la cercanía espacial y temporal de los casos es determinado evaluando las frecuencias de la tabla contra la distribución chi cuadrado.

Los apéndices 9-12 despliegan el índice de Knox para los dos períodos objeto de análisis en este estudio (el anterior al aumento de los homicidios en Montevideo y los tres primeros años de la fase de ascenso). Con el fin de considerar distintos escenarios, para cada uno de los períodos se conceptualiza la distancia entre los casos en dos formas distintas: en relación a las separaciones medianas en tiempo y espacio entre todos los casos (de manera tal que dos casos se consideran cercanos entre sí respecto de tiempo o espacio si se encuentran ambos por debajo de la mediana respectiva); en relación a límites de 90 días y 1750 metros, de manera tal que dos casos se consideran cercanos en tiempo y espacio si la distancia entre los mismos está por debajo de ambos límites[5].

Los resultados en los apéndices 9-11 fueron generados con CrimeStat (Levine, 2015). De la comparación de los resultados entre ambos períodos se desprende que, independientemente del criterio de cercanía utilizado, los homicidios del primer período no parecen exhibir asociación entre tiempo y espacio, mientras que en el caso de la fase de aumento en la cantidad de homicidios se aprecia, también con independencia del criterio de cercanía, una interacción tiempo-espacio altamente significativa (probabilidad chi cuadrado por debajo de 3%).

La consistencia de la interacción tiempo-espacio que exhiben los homicidios del período más reciente resulta bastante remarcable, aún cuando la diferencia entre frecuencias observadas y esperadas no sea abismal en todos los casos. Se debe tener en cuenta, en este sentido, que la asociación entre las distancias espaciales y temporales puede ser fácilmente

[5] El límite de 1750 metros fue fijado atendiendo a la distancia existente entre zonas que, a juicio de investigadores policiales experimentados entrevistados para este trabajo, albergan bandas rivales.

oscurecida por múltiples factores. Si el mecanismo subyacente a dicha asociación es, como se hipotetiza en el presente trabajo, que los homicidios (o buena parte de ellos) se inscriben dentro de una lógica de agresiones recíprocas interdependientes entre bandas criminales, la continuidad y fluidez de dicho proceso puede ser perturbada de muchas maneras. Es evidente por ejemplo qué factores, tales como las precauciones de los involucrados, su eventual salida del alcance de sus enemigos por efecto del encarcelamiento de cualquiera de las partes y la interferencia de la presencia policial en los planes y preparativos de venganza, constituyen apenas algunos de los procesos que pueden conspirar contra la rápida ejecución y consumación de una acción de represalia por una agresión previa.

En suma, las diferencias entre los períodos analizados desde el punto de vista del grado de interacción tiempo-espacio evidente en los homicidios se comportan en la forma que sería esperable si durante los años más recientes se hubiera producido un fenómeno de aparición de bandas criminales ausente del período anterior a 2012.

3. Conclusión

Tomada en conjunto, la evidencia presentada en el presente trabajo dibuja un cuadro caracterizado por la formación, durante la etapa de aumento de la violencia, de bloques más compactos de zonas con niveles altos de homicidio. Asimismo, de los datos analizados se desprende una tendencia de los casos próximos en el tiempo a estar también cercanos en el espacio. Todo ello parece bastante consistente con un escenario en el que los homicidios no constituyen eventos independientes sino, al contrario, hechos que se concatenan. En tal sentido, los cambios reseñados en el presente artículo sugieren que resulta bastante plausible postular como fuerza motora del aumento de los homicidios un proceso de formación de bandas criminales locales enfrentadas con motivo del tráfico de estupefacientes al menudeo. En efecto, la tendencia a la aparición de cuadrantes “calientes” dispuestos lado a lado con otros similares parece una consecuencia natural de la proximidad en que viven los integrantes de dichas bandas. En forma similar, la tendencia de los homicidios cercanos en el espacio a

estar también próximos en el tiempo probablemente puede ser interpretada en términos de la existencia de conexiones entre las muertes, un fenómeno característico de la violencia basada en pandillas y en formas más o menos organizadas de actividad criminal. En suma, pues, los hallazgos discutidos en el presente artículo resultan consistentes con los de análisis anteriores y refuerzan la hipótesis emergente de éstos de que el fenómeno del aumento de la violencia letal en la ciudad de Montevideo está ligado a la transición desde un escenario dominado por conflictos entre individuos a uno en que prevalecen enfrentamientos de carácter grupal.[6]

Bibliografía citada

Anselin, Luc, Ibnu Syabri and Youngihn Kho (2006). GeoDa: An Introduction to Spatial Data Analysis. Geographical Analysis 38 (1), 5-22.

Athens, L. (1985). Character contests and violent criminal conduct: a critique. The Sociological Quarterly, volume 26. United States, JAI Press

Bailey, T. and Gatrell, A. 1995. Interactive spatial data analysis. London, Longman.

Boots, B. & Getis, A. (1988). Point pattern analysis. Sage publications.

Chi, G. & Zhu, J. (2020). Spatial regression models for the social sciences. Los Angeles: SAGE.

Cliff, A. & Ord. K. (1981). Spatial processes: models and applications. London: PION.

Cohen, J., Tita, G. (1999). Diffusion in Homicide: Exploring a general method for detecting spatial Diffusion Processes. Journal of Quantitative Criminology 15 (4). Springer.

Daly, M. & Wilson, M. (2003). Homicidio. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Donnangelo, J. (2023a). Diagnosing the increase in Homicide in Montevideo. Unpublished dissertation. Cambridge University-UK.

[6] Donnangelo (2023), mediante técnicas de análisis de redes sociales, documentó en forma explícita la existencia de lazos o vínculos entre muchas de las víctimas de homicidios recientes (pero no entre las de períodos previos), aportando así evidencia clara de un proceso de estructuración del conflicto a lo largo de líneas grupales, basado en la existencia de bloques de víctimas relacionadas entre sí.

Donnangelo, J. (2023b). El aumento de homicidios en Montevideo: innovando en su explicación. En Morás, Luis E. (Compilador), La Sociología Jurídica en Uruguay (pp. 59-86). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Getis, A. and Boots, B. (1978). Models of spatial processes. Cambridge University Press.

Goffman, E. (1967). Interaction ritual: Essays on face to face behavior. New York: Doubleday.

Jacobs, B. & Wright, R. (2006). Street justice. Retaliation in the criminal underworld. New York: Cambridge University Press.

Knox, E. (1964). The detection of space time interactions. Applied Statistics, 13.

Levin, N. (2015). CrimeStat: A Spatial Statistics Program for the Analysis of Crime Incident Locations (v 4.02). Ned Levine & Associates, Houston, Texas, and the National Institute of Justice, Washington, D.C. August.

Luckenbill, D. (1977). Criminal homicide as a situated transaction. Social Problems 25.

Mantel, N. (1967). The detection of disease clustering and a generalized regression approach. Cancer Research, 27.

Maxson, C., Gordon, M. and Klein, M. (1985). Differences between Gang and Nongang Homicides. Criminology 23.

Ministerio del Interior, Observatorio Nacional sobre violencia y criminalidad. (2023). Informe anual sobre Homicidios. https://www.minterior.gub.uy/observatorio/index.php/estadisticas

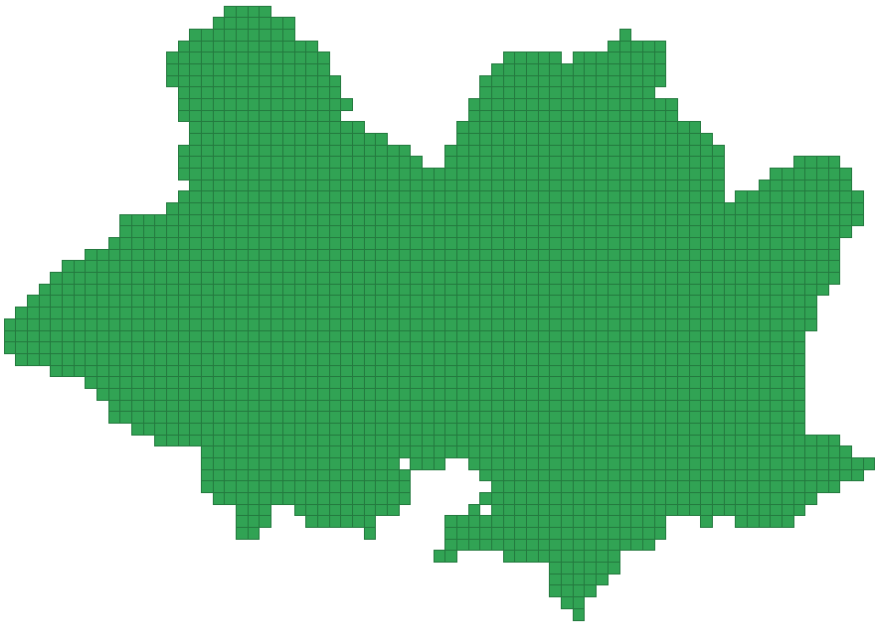
Odland, J. (1988). Spatial autocorrelation. Sage Publications.

Papachristos, A. (2009). Murder by Structure: Dominance Relations and the Social Structure of Gang Homicide. American Journal of Sociology, Vol. 115, No. 1

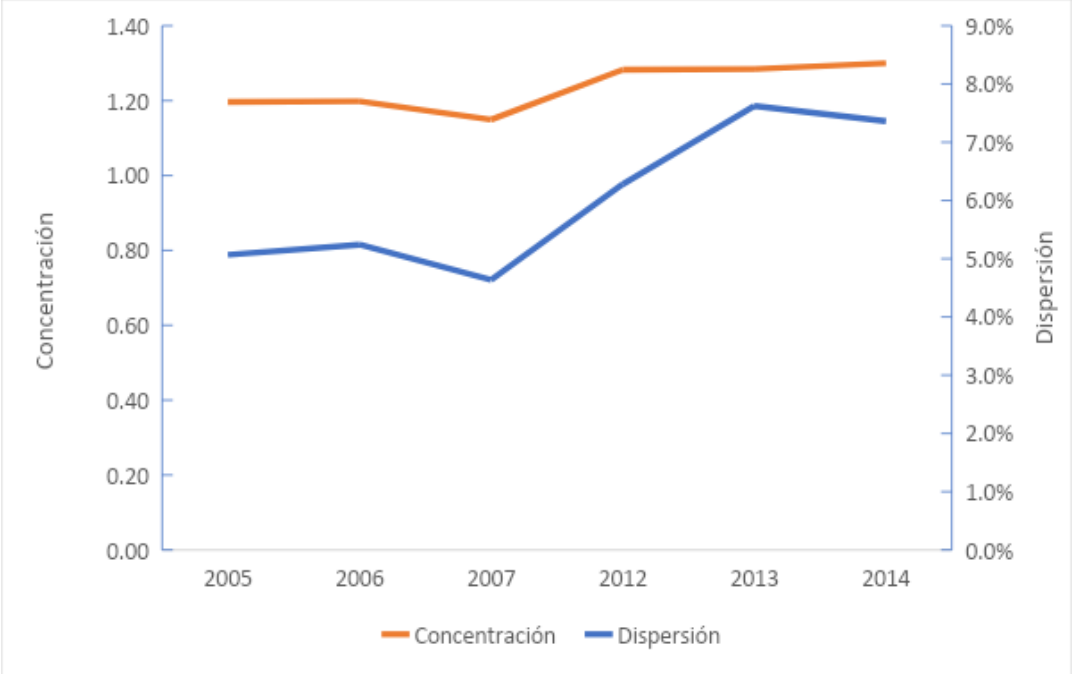
Waller, L., Gotway, C. (2004). Applied spatial statistics for Public Health data. Wiley.

Anexos

1. Grilla de cuadrantes de 500 m^2. superpuesta sobre el mapa de Montevideo

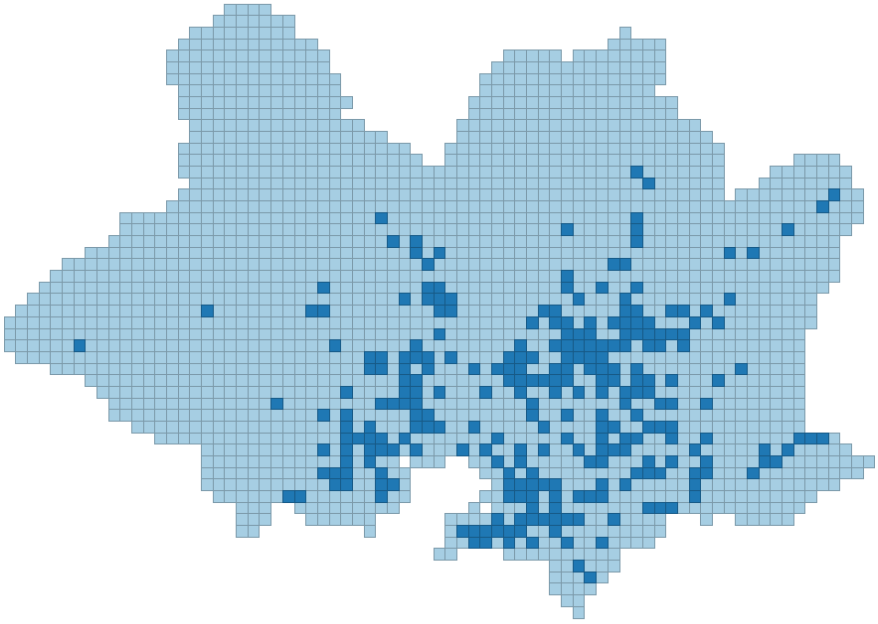


2. Concentración y Dispersión de homicidios en Montevideo – Cuadrantes 500 m^2. Incluye tentativas.



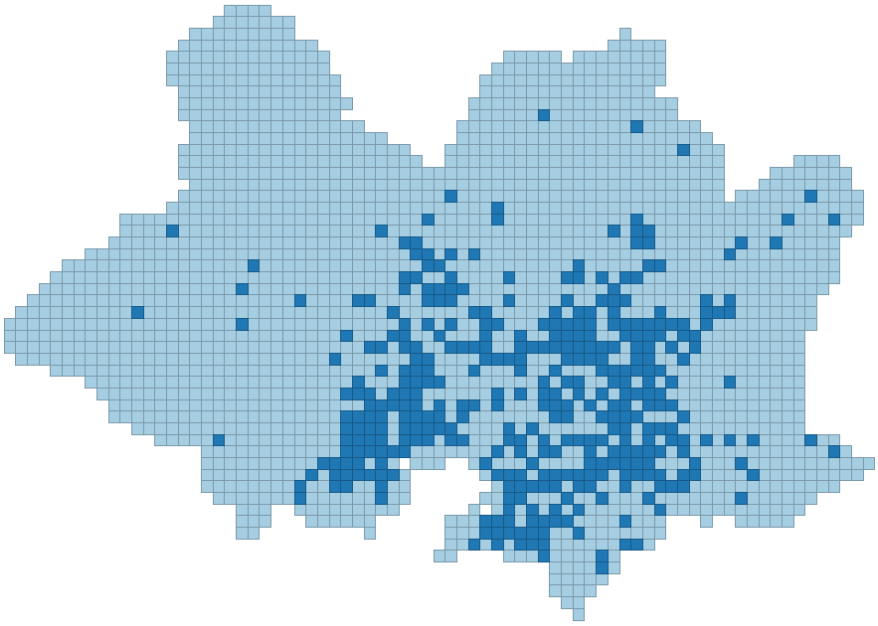
Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

3. Cuadrantes 500 m^2 con y sin homicidios – Montevideo, 2005-2007. Incluye tentativas.



Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior. *Nota*: el sombreado oscuro denota cuadrantes con homicidios

4. Cuadrantes 500 m^2 con y sin homicidios – Montevideo, 2012-2014. Incluye tentativas.



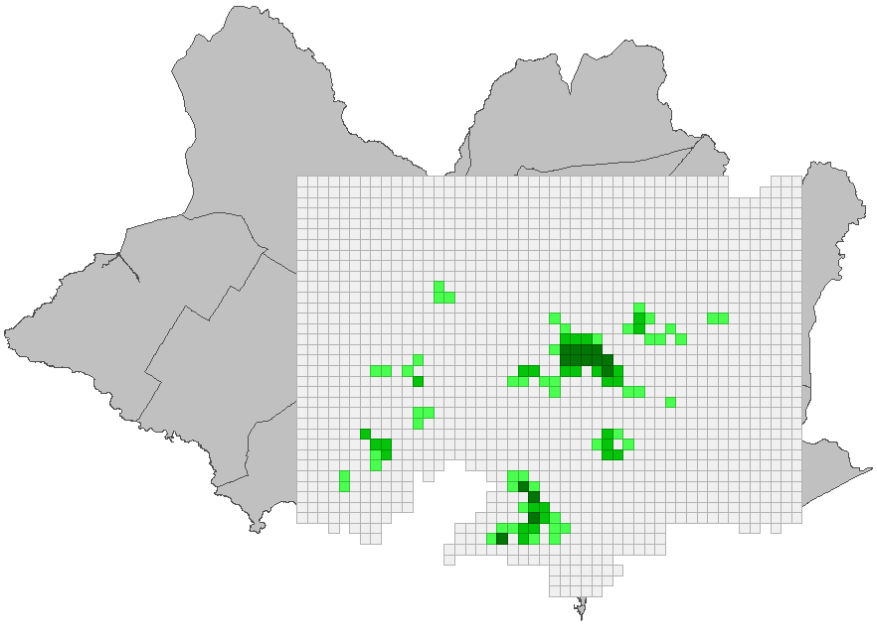
Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior. *Nota:* el sombreado oscuro denota cuadrantes con homicidios

5. "Join counts" en cuadrantes de 450 m^2, según períodos

Período	**join counts (BB)**
años 2005-2007	732
años 2012-2014	1414

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

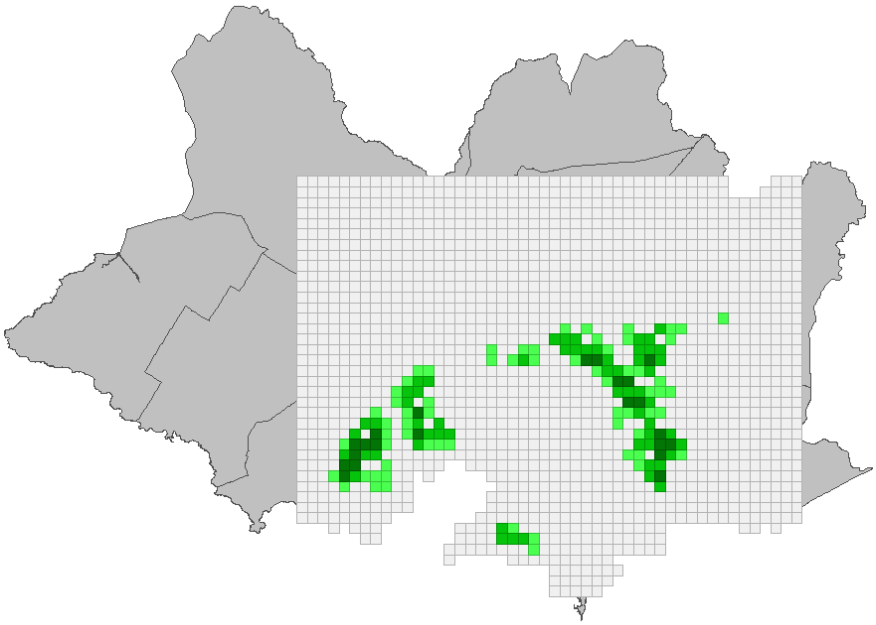
6. "Join Counts" locales – Montevideo, 2005-2007. Cuadrantes 450 m^2



Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Nota: estadísticamente significativos con probabilidades 0.05 a 0.001(sombreado más oscuro) -elaborado con Geoda (Anselin et al, 2006)

7. "Join-Counts" locales – Montevideo, 2012-2014. Cuadrantes 450 m^2



Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Nota: estadísticamente significativos con probabilidades 0.05 a 0.001 (sombreado más oscuro) - elaborado con Geoda

8. Esquema de la organización de datos para cálculo de índice de Knox

		separación en el tiempo	
		cercano	distante
separación en el espacio	cercano	(casos cercanos en tiempo y espacio)	
	distante		

9. Índice Knox período de aumento de homicidios en Montevideo (2012-14)

Criterio cercanía espacial: <=1750 m.

Criterio cercanía temporal <=90 días

Tamaño muestral .....: 633 (homicidios)

Frecuencias observadas:

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	1864	30133	31997
	distante	8947	159084	168031
	TOTAL	10811	189217	200028

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Frecuencias esperadas:

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	1729	30267	31996
	distante	9081	158949	168030
	TOTAL	10810	189216	200026

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Chi-cuadrado: 13,19239

Probabilidad del valor Chi-cuadrado (bajo la hipótesis nula de independencia entre espacio y tiempo): 0.00010

10. Índice Knox período previo al aumento de homicidios en Montevideo (2005-07)

Criterio cercanía espacial: <=1750 m.

Criterio cercanía temporal <=90 días

Cantidad de casos (homicidios): 408

Frecuencias observadas:

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	721	12286	13007
	distante	4032	65989	70021
	TOTAL	4753	78275	83028

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Frecuencias esperadas:

		separación en el espacio		TOTAL
		cercano	distante	
separación en el tiempo	cercano	745	12262	13007
	distante	4008	66013	70021
	TOTAL	4753	78275	83028

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Chi-cuadrado: 0.94045

Probabilidad del valor chi-cuadrado (bajo la hipótesis nula de independencia estadística): 1,00000

11. Índice Knox del período de aumento de homicidios en Montevideo (2012-14)

Criterio de cercanía: por debajo de mediana de separaciones entre pares de homicidios

Tamaño muestra: 633

Measurement type: Direct

Unidad distancia espacial: Metros

Unidad Temporal: Días

"Cercano" tiempo: 318 días

"Cercano" espacio: 7472,01211 m

Frecuencias observadas:

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	50775	49544	*100319*
	distante	49240	50469	*99709*
	TOTAL	*100015*	*100013*	

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Frecuencias Esperadas (bajo la hipótesis nula de independencia estadística):

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	50160,00152	50158,99848	*100319*
	distante	49854,99848	49854,00152	*99709*
	TOTAL	*100015*	*100013*	

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Chi-cuadrado: 30,25390

Probabilidad valor Chi-cuadrado: 0,00010

12. Índice Knox del período anterior al aumento de homicidios en Montevideo (2005-07)

Criterio de cercanía: por debajo de mediana de separaciones entre pares de homicidios

Tamaño muestra: 408

Measurement type: Direct

Unidad Distancia: Metros

Unidad Tiempo: Días

"Cercano" tiempo: 331 días

"Cercano" espacio: 7320,16735 m

Frecuencias observadas:

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	20709	20862	*41571*
	distante	20805	20652	*414577*
	TOTAL	*41514*	*41514*	

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Frecuencias Esperables (bajo la hipótesis nula de independencia estadística):

		separación en el espacio		
		cercano	distante	TOTAL
separación en el tiempo	cercano	20785,5	20785,5	*41571*
	distante	20728,5	20728,5	*41457*
	TOTAL	*41514*	*41514*	

Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio del Interior

Chi-cuadrado: 1,12777

Probabilidad de valor Chi-cuadrado: 1,00000

LA CIRCULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA OBSERVACIÓN AUTOPOIÉTICA[1]

Germano André Schwartz Doederlein[2]
ORCID: 0000-0002-1354-8839
germano.schwartz@me.com

Resumen

Este ensayo tiene como objeto de estudio el análisis de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos. El objetivo del estudio es presentar un nuevo enfoque para las ideas de Luhmann, destacando la autopoiesis en los sistemas sociales como un fenómeno gradual y específico del Derecho, en contraste con la visión radical de Luhmann. Además, el ensayo busca demostrar cómo el sistema jurídico percibe los derechos fundamentales, explorando la capacidad de utilizar las paradojas del sistema de manera creativa para asegurar su continuidad. Los resultados/conclusiones de este estudio señalan la viabilidad de aplicar la teoría luhmanniana en países periféricos de la sociedad global. También busca desmitificar concepciones equivocadas relacionadas con la autopoiesis y el autor, Luhmann, a menudo difundidas por juristas brasileños.

Palabras clave: derechos fundamentales, teoría de sistemas sociales, autopoiésis, sistema jurídico, Luhmann

A CIRCULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA OBSERVAÇÃO AUTOPOIÉTICA

Resumo

[1] Traducido del original en portugués por Fernando Pedro Meinero (fernandomeinero@gmail.com).
[2] Doctor en Derecho (Unisinos). Profesor del PPGD de la Universidad La Salle. Canoas, Brasil.

Este ensaio tem como objeto de estudo a análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos. O objetivo do estudo é apresentar uma nova abordagem às ideias de Luhmann, destacando a autopoiese nos sistemas sociais como um fenômeno gradual e específico do Direito, em contraposição à visão radical de Luhmann. Além disso, o ensaio procura demonstrar como o sistema jurídico percebe os direitos fundamentais, explorando a capacidade de usar os paradoxos do sistema de forma criativa para garantir a sua continuidade. Os resultados/conclusões deste estudo indicam a viabilidade da aplicação da teoria luhmanniana em países periféricos da sociedade global. Busca também desmistificar equívocos relacionados à autopoiese e ao autor, Luhmann, frequentemente difundidos por juristas brasileiros.

Palavras-chave: direitos fundamentais, teoria dos sistemas sociais, autopoiesis, sistema jurídico, Luhmann

THE CIRCULARITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN AUTOPOIETIC OBSERVATION

Abstract

This essay has as its object of study the analysis of fundamental rights from the perspective of the theory of autopoietic social systems. The objective of the study is to present a new approach to Luhmann's ideas, highlighting autopoiesis in social systems as a gradual and specific phenomenon of Law, in contrast to Luhmann's radical vision. Furthermore, the essay seeks to demonstrate how the legal system perceives fundamental rights, exploring the ability to use the system's paradoxes creatively to ensure its continuity. The results/conclusions of this study indicate the viability of applying Luhmannian theory in peripheral countries of global society. It also seeks to demystify misconceptions related to autopoiesis and the author, Luhmann, often spread by Brazilian jurists.

Keywords: fundamental rights, social systems theory, autopoiesis, legal system, Luhmann

1. Introducción

La idea central del presente ensayo se refiere a la posibilidad de un análisis de los derechos fundamentales desde la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos desarrollada por Luhmann. En este sentido, el texto se organiza en dos fases:

(a) La primera, presentando una noción de autopoiesis de los sistemas sociales no como un proceso radical (Luhmann), sino como un fenómeno gradual (Teubner) o específico del Derecho (Clam). Con esto, no se pretende reescribir a Luhmann, sino más bien, de manera desafiante, proponer una nueva perspectiva para sus ideas que, sin embargo, permanecen ligadas al cuerpo original;

(b) La segunda, en la que se busca demostrar cómo el sistema social del Derecho percibe los derechos fundamentales. De esta manera, se demuestra la posibilidad de utilizar de manera creativa las paradojas que el sistema jurídico posee para su continuidad.

Queda, todavía, un objetivo intrínseco: explorar la posibilidad de un uso práctico de la teoría luhmanniana en países periféricos de la sociedad global, así como al mismo tiempo intentar desmitificar algunas concepciones erróneas creadas por el imaginario de los juristas brasileños en relación con la autopoiesis y el propio autor (Luhmann).

2. La Autopoiesis del Sistema Social del Derecho

La sociedad está compuesta por sistemas. Esta afirmación es un presupuesto epistemológico en el pensamiento de Luhmann (1990: 41), de la misma manera que un enfoque desde la teoría de los sistemas autopoiéticos entiende que existe una correlación esencial entre los sistemas y su entorno.

Siguiendo esta línea de pensamiento, según la perspectiva de Teubner (2005: 82-83), la autopoiesis del sistema jurídico puede entenderse a través de la metáfora de *order from noise* o *order from music*. Sin embargo, las condiciones de viabilidad de la autopoiesis

jurídica provienen de una cantidad inabarcable de *inputs* y *outputs*. ¿Cómo es posible obtener orden a partir del caos o desde un entorno musical?

En la idea de la autopoiesis aplicada al Derecho, es un hecho que el sistema jurídico recibe influencias del entorno que lo rodea. Luhmann incluso señala que no existe otro subsistema social que esté en una relación de interdependencia tan fuerte con los demás subsistemas (Luhmann, 1981: 234). La cuestión, por lo tanto, radica en filtrar esta abundante comunicación hasta encontrar un punto que refleje la diferenciación del sistema jurídico en comparación con los demás sistemas sociales.

Uno de los fundamentos de la autopoiesis del Derecho es la necesidad de que el sistema jurídico cumpla una función específica en el sistema social. Solo a través de su diferenciación funcional[3], el sistema jurídico desempeña un papel relevante en la reducción de la complejidad. En caso de pérdida de identidad funcional, el Derecho deja de ser Derecho y se convierte en cualquier otra cosa, excepto Derecho. Esto generará, como consecuencia, más complejidad en el sistema social[4].

La función del sistema jurídico en una teoría de sistemas sociales autopoiéticos es, en términos generales, producir decisiones capaces de estabilizar las expectativas sobre las normas establecidas por el propio sistema jurídico y los demás subsistemas sociales. Estas expectativas son normativas precisamente porque se observan desde el punto de vista interno de la operatividad jurídica.

Sin embargo, a diferencia de lo que se propaga en Brasil[5], esta idea no debe llevar a la conclusión de que el sistema jurídico es un sistema cerrado en sí mismo. Paradojalmente, el

[3] Para un mayor detalle acerca de la diferenciación funcional del sistema jurídico, consultar Schwartz (2005: 49-86).

[4] “Sans le droit, sous sa forme positive (ou positivée, faudrait-il dire), la société serait incapable de réguler l'infinité d'interactions libérées par la différenciation fonctionelle de ses domaines de comunnication” (Clam, 1997: 132).

[5] Esta es la línea de pensamiento adoptada por Streck (2002: 133, nota de pie de página 8): “El Derecho se entiende sólo como estabilizador funcional de las expectativas de comportamiento. Es decir, el sistema jurídico se convierte en un reductor de complejidades, desconectado de todos los demás sistemas sociales de acción”. En sentido contrario, reforzando el contenido argumentativo aquí presentado, véase Campilongo (2002: 167):

sistema jurídico es cerrado porque es abierto y es abierto porque es cerrado (Luhmann, 2004: 64). Pero, ¿cómo es posible lograrlo y de qué manera esta premisa no genera un nivel aún mayor de complejidad en los subsistemas sociales diferenciados?

Es necesario recuperar uno de los fundamentos de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos: la distinción entre sistema y entorno. Esta es la condición primordial para la autopoiesis del sistema jurídico. A pesar de estar inmerso en el entorno y, por lo tanto, sujeto a sus influencias, el sistema jurídico es un subsistema social con características propias adquiridas mediante la evolución evaluada dentro del propio sistema social.

El sistema jurídico, por lo tanto, es una unidad de distinción entre sí mismo y el entorno circundante. No es uno ni otro, sino ambos. Este es el famoso punto ciego que la teoría de sistemas autopoiéticos pretende revelar. En este sentido, en el mismo sentido argumentativo de Teubner[6], la afirmación de que la justicia no es relevante para el sistema jurídico, como se propaga en Brasil, no tiene fundamento. La justicia es, concretamente en la teoría de Luhmann (1997: 214), la complejidad del sistema jurídico, la respuesta interna ofrecida frente a los desarrollos externos.

En esta línea argumentativa, la autopoiesis del sistema jurídico depende tanto de un cierre normativo como de una apertura cognitiva[7]. Esta aparente contradicción es, de hecho, una condición para la evolución del sistema, ya que los intercambios recíprocos que se realizan a través de la distinción inicial entre sistema y entorno solo son posibles a partir de esta interacción necesaria. Es la condición ambigua[8] del sistema jurídico.

"Antes que nada, descartemos la idea de que un sistema autopoiético sea algo similar a un sistema puro. En el plano jurídico, por ejemplo, sería engañoso equiparar el cierre operativo del sistema con la pureza metodológica sostenida por Kelsen. Subrayemos que, para Luhmann, el derecho es un sistema social, cognitivamente abierto, estructuralmente acoplado a otros sistemas y que establece contactos con el entorno".

[6] "Contrariamente a los prejuicios propagados, Luhmann no abandona la justicia como un montón de ideas europeas anticuadas, sino que la coloca en el centro de su teoría, no como criterio interno para la decisión de casos concretos, ni como la norma interna más alta del derecho o como un valor moral o político externo por el cual el derecho debe orientarse, sino como una fórmula de contingencia del derecho, como una relación del derecho con su entorno" (Teubner, 2005: 70-71).

[7] Esta idea es fundamental para comprender la teoría luhmanniana aplicada al Derecho. Con respecto a este tema específico, consultar Teubner (1989).

[8] Segundo Clam (2006: 38-39): "Una tesis que se encuentra formulada ya en los primeros trabajos de Luhmann en sociología del derecho es la de la generación simultánea del crecimiento correlato de ambos valores del

Según Clam (2006: 38-39), a partir de esta premisa, surge una hipótesis de co-originalidad entre el Derecho y la Sociedad que no se limita únicamente a las funciones exclusivas de cada subsistema. La autopoiesis es el factor que estimula y permite la (re)creación de la especificidad jurídica, siendo un paradigma mucho más amplio que el funcionalismo.

De esta manera, es importante destacar, siguiendo la línea de Paterson (2006: 16-20), que la clausura normativa significa que el sistema jurídico define sus elementos a partir de su propia lógica. Así, esta clausura se configura como una autorreproducción del Derecho desde la unidad de diferencia que forma con el entorno. Al mismo tiempo, para los demás subsistemas, la clausura normativa permite la comprensión del *Recht* y el *Unrecht*. Esta comunicación estabiliza el sistema social, reduciendo *noise* y permitiendo *order*.

Por otro lado, la apertura cognitiva es la forma en que el sistema jurídico puede dar salida o importar comunicaciones de carácter jurídico. En otras palabras, la cognición abierta del sistema tiene como objetivo coordinar el proceso de autoproducción con el entorno circundante.

Dicho esto, se puede afirmar que el sistema jurídico es autónomo y autorreferencial. Nuevamente, lo que parece ser una imposibilidad se convierte en una condición de posibilidad. Tiene autorreferencia, que no debe confundirse con autopoiesis[9], porque dentro de su clausura normativa, el Derecho necesita tener circularidad y reflexividad. Contiene autonomía, ya que, en su apertura cognitiva, es necesario que el sistema jurídico se distinga de los demás, so pena de perder sus propias características y aumentar la complejidad social.

sistema jurídico: derecho y no-derecho. En el tratado que estamos considerando, Luhmann también hace referencia a esta sentencia paradójica y designa el dato concreto señalado por él como "ambigüedad del derecho".

[9] Según Teubner (1989: 38-52), la auto-referencia se refiere a todas las formas de recursividad y circularidad. Por otro lado, la autopoiesis aborda la auto-producción de todos los componentes del sistema.

La autonomía mencionada, a su vez, es permitida por el Código (*Recht/Unrecht*). En cualquier subsistema, su binariedad es lo que posibilita la evolución (Luhmann, 1996: 407). Este diferencia al sistema del entorno y, al mismo tiempo, recoge el ruido externo, decodificándolo para que sea, o no, compatible con la lógica interna del sistema jurídico. Esta función selectiva es absolutamente indispensable para la autopoiesis.

De esta manera, el código abarca el No-Derecho y, por lo tanto, todas las expectativas sociales dirigidas hacia el Derecho. La unidad del Derecho también se basa en un valor proveniente de otros sistemas (Luhmann, 1997: 40 y siguientes), como es el caso de la producción legislativa, que proviene del sistema político. Por lo tanto, el código convierte toda comunicación en comunicación jurídica, o mejor dicho, judicializada, ya que, aunque niegue ser Derecho, regresa al entorno con una selección reductiva: No-Derecho. A partir de ahí, el propio sistema social se vuelve más consistente[10].

Siguiendo esta línea de pensamiento, se plantea una paradoja. El Derecho es el No-Derecho y viceversa. Es el programa, por lo tanto, lo que permite resolver la paradoja de que el Derecho esté ligado al No-Derecho. El programa es el equivalente funcional del código, el otro lado de la moneda. El Código es invariable. El programa no lo es. Así, *programmes defines what is 'correctly' legal and 'correctly' ilegal* (Paterson, 2006: 18). En este sentido, Luhmann (1997: 226-227) señala que lo que se comprende como Derecho:

(1) se duplica, reafirmándose enfáticamente y convirtiéndose en la tautología “Derecho es Derecho”;

(2) Con la introducción de la negativa, surge una paradoja: “El Derecho de una parte es el No-Derecho de la otra”;

[10] “El código bloquea la normatividad salvaje y reduce el acceso al sistema como una precondición para volverlo más consistente y eficiente” (Clam, 2005: 119).

(3) Para el sistema social, tanto el Derecho de uno como el No-Derecho del otro son componentes operativos de su lógica. Incluso si se introduce otra negación, se genera un antagonismo: "El Derecho de uno no es el No-Derecho de otro";

(4) De esta manera, tanto aquel que está dentro como el que está fuera cuentan con un estatus jurídico (temporal o socialmente);

(5) Este antagonismo se resuelve mediante el programa, es decir, cuando se cumplen las condiciones indicadas y los presupuestos establecidos por el propio sistema jurídico. De esta manera, es posible observar la paradoja constituyente del Derecho: "Derecho es Derecho" al mismo tiempo que "Derecho no es el No-Derecho".

El programa del sistema jurídico, por lo tanto, es la diferencia que le da unidad al código. Su carácter contrafactual (Rocha, 1999: 130-131) especifica en qué condiciones es correcto o incorrecto determinar lo *Recht* o lo *Unrecht*. Por lo tanto, solo esta diferenciación (código x programa) tiene la capacidad de otorgar las formas designativas de las operaciones que *acoplan y desacoplan el medio* (Luhmann, 1996: 137) y que llevan a la recursividad continua en la búsqueda del Derecho (No-Derecho). En efecto, el Derecho es una realidad codificada e inacabada cuyo sentido se produce mediante una distinción unitaria entre lo que es y lo que no es.

Así, se observa una autopoiesis particular aplicada al sistema jurídico, denominada por Clam (2006: 159) como autopoiesis específica del Derecho (o autopoiesis derivada) y observada por Teubner a través de la comprensión de un hiperciclo[11]. Para Teubner (1996: 235-239), la autopoiesis implica: (a) la autoproducción de los componentes sistémicos; (b) la auto-mantenimiento autoproductiva (hiperciclos); y (c) la autodescripción como regulación de la autoproducción.

[11] Es importante aclarar que tanto la propuesta de Teubner como la de Clam no son aceptadas por Luhmann, ya que, para este último, la autopoiesis es un proyecto radical sin subdivisiones (sub autopoiesis). Sin embargo, son intentos de aplicar en la práctica la teoría luhmanniana con un enfoque específico en el Derecho, lo que las hace muy interesantes para los operadores del Derecho.

Por lo tanto, en el sistema jurídico, existe una autopoiesis de segundo grado basada en la perturbación derivada de la dicotomía sistema/entorno. La auto-observación y la auto-constitución son elementos destacados (Teubner, 1996: 245) que permiten la renovación y la producción continua de nuevos elementos para el sistema jurídico. En la fórmula anunciada por Teubner (1996: 247):

> *"les sous-systèmes sociaux gagnent une autonomie croissante lorsque les composantes systémiques (élément, structure, processus, identité, limite, environment, performance, fonction) sont définies auto-référentiallement dans le sous-système (=auto-observation), lorsqu'en outre ces auto-observations sont utilisées de façon opérationnelle dans le système en tant qu'auto-descriptions (=auto-constitution), et lorsqu'enfin les composantes systémiques auto-constituées sont enchainées entre elles em se produisant réciproquement, dans um hypercycle (=autopoièse)"*

Dentro de esta perspectiva, la positividad del Derecho tiene una relación recíproca con los actos y las normas jurídicas, formando una cadena reflexiva cuyos elementos incluyen también la doctrina y los procedimientos jurídicos (Teubner, 1996: 254), así como cualquier acto que pueda ser designado como Derecho a partir de su código binario.

Por lo tanto, es posible constatar que la autopoiesis del sistema jurídico contempla una noción de positividad bastante amplia, lo que permite su co-evolución y co-originalidad (con respecto al sistema social y otros subsistemas parciales). Desde esta perspectiva de circularidad evolutiva, se analiza la autopoiesis en relación con los derechos fundamentales.

3. La Autopoiesis de los Derechos Fundamentales

Partiendo de una definición sencilla pero aceptada por los operadores del Derecho[12] de que los derechos fundamentales se encuentran dentro de un texto constitucional, es importante examinar el papel que desempeña la Constitución en un sistema jurídico autopoiético.

En esta línea de pensamiento, en la teoría luhmanniana, la Constitución facilita el acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico (Luhmann, 1997: 96-97)[13]. Como producto de la autorreferencia del sistema político, la Constitución es una respuesta típica a la lógica de la política. Sin embargo, cuando forma parte del sistema jurídico, la Constitución desempeña un papel importante al filtrar las comunicaciones provenientes del entorno (donde existen otros subsistemas diferenciados, como la política), juridificando[14] el *noise* y permitiendo así el *order*.

Luhmann (1997: 32) advierte que todo lo que puede ser clasificado como *Unrecht* se confirma, en las normas positivas, por el derecho constitucional. La Constitución, como membrana del sistema jurídico, reconoce lo que es Derecho y lo que no lo es (*Unrecht*). Paradojalmente, por lo tanto, la Constitución es la norma que, para el sistema jurídico, permite su clausura y, al mismo tiempo, lo abre de forma cognitiva.

De esta manera, el Derecho puede ser observado como una unidad de diferencia entre el derecho constitucional y el resto del Derecho (Luhmann, 1995: 117). El Derecho está orientado de acuerdo o en desacuerdo[15] con la Constitución. En el primer caso, la autorreferencialidad sigue su ciclo normal, y las decisiones de carácter constitucional impregnan el sistema, reconstruyéndolo. En el segundo caso, también se produce la

[12] "Obsérvese, en relación a la problemática de la precisión conceptual de los derechos fundamentales (Sarlet, 2004: 33-41).

[13] Para obtener una visión integral de las relaciones estructurales entre el sistema político y el sistema jurídico, consultar Zymler (2002).

[14] Afirma Farías (2006: 33): "El constitucionalismo, es decir, la autonomía, imperio y operatividad del derecho, crea y organiza el poder del Estado, despolitizando la política a través de la juridificación".

[15] De acuerdo con Luhmann (1995: 114), la idea de Constitución "*transforme l'idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit em l'idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire*."

autopoiesis, pero de manera negativa: lo que está en desacuerdo con la Constitución refuerza el Derecho por no ser Derecho.

La hipótesis luhmanniana de la observación de la Constitución implica una correlación entre esta y la sociedad. La idea, por lo tanto, es que la Constitución sea una adquisición evolutiva de una sociedad determinada, que reconoce realidades constitucionales[16] diferentes en una sociedad global, una idea incorporada, por ejemplo, en la obra más reciente de Canotilho[17], que explícitamente afirma haber construido su interconstitucionalidad a partir de una perspectiva luhmanniana.

Es, por lo tanto, dentro de este marco descriptivo que la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos permite, en palabras de De Giorgi (2006: 68-69), una memoria del futuro para los derechos fundamentales a partir de la concepción de la Constitución como una adquisición evolutiva de una sociedad. Las condiciones de auto-descripción, autorreferencia y apertura cognitiva de los derechos fundamentales también forman parte de la reflexividad del sistema jurídico.

Es por eso que, según Luhmann (1997: 115-116), los derechos fundamentales están conectados con la complejidad de las circunstancias. Se observan de acuerdo con su diferenciación binaria original (*Recht/Unrecht* – Constitucional/Inconstitucional). Los derechos fundamentales son, por lo tanto, el correlato de la apertura cognitiva de una sociedad determinada que busca orientarse hacia el futuro[18].

En este sentido, no es difícil afirmar que la autopoiesis del sistema jurídico es esencial para establecer la función de los derechos fundamentales en este subsistema parcial de la

[16] Sobre esto afirma, categoricamente, Luhmann (1991-1992: 1425-1426): "*Hirerarchical societies of the past, of course, had a different law than modern society, and the constitutional realities in the United States differ from constitucional realities in Brazil. No doubt, but also, no objection*".

[17] "Se detecta que estamos utilizando sugerencias claramente influenciadas por el enfoque luhmanniano" (Canotilho, 2006: 267, nota al pie de página 9).

[18] En cuanto a la cuestión del necesario ajuste entre el tiempo del derecho y el tiempo de la sociedad, ver (Ost, 1999).

sociedad. Los procesos operativos autopoiéticos garantizan los derechos (fundamentales), como afirma Clam (2006: 183):

> *"La autopoiesis del derecho no es fundamental solo porque representa la autopoiesis sobre la cual descansará la estabilidad normativa y la congruencia de las expectativas sociales. También lo es porque sus procesos operativos son procesos de validación jurídica y legitimación (es decir, de "garanting rights")"*

El *Recht/Unrecht* en la autopoiesis de los derechos fundamentales desempeña el papel de co-originalidad entre el Derecho y la Sociedad, como se explicó anteriormente. En este sentido, por ejemplo, la cuestión del derecho a la igualdad requiere para su afirmación la existencia de su violación (Luhmann: 2000). El cumplimiento de la igualdad depende en gran medida de la valoración de la desigualdad[19]. Por otro lado, cuanto mayor sea la igualdad, mayores serán las posibilidades de descubrir desigualdades (existentes o nuevas). En otras palabras, la inclusión genera la percepción de la exclusión.

De esta manera, es imposible satisfacer los derechos fundamentales a través de los métodos tradicionales de la dogmática constitucional clásica, que se basan en conceptos rígidos, especialmente en la producción legislativa y su conexión estatal. La forma de establecer los derechos fundamentales no puede suponer uniformidad[20], y debe respetar las características evolutivas de cada sociedad.

Luhmann (2002: 303) afirma que una actuación intensa del Poder Judicial[21] en la efectivización de los derechos fundamentales debe entenderse como un criterio decisivo que

[19] Para Clam (2006: 128): "Cuando, en un determinado ámbito, la igualdad se ha realizado formalmente hasta el punto en que, para continuar promoviéndola, solo queda eliminar la pluralidad natural del sustrato de aquellos que tienen los mismos derechos, entonces la demanda de igualdad se extiende más allá de ese ámbito y de los grupos interesados en ella. Reclama la inclusión de grupos limítrofes en su marco formal cada vez más estricto... A medida que esta sensibilidad crece con la realización de la propia igualdad, la desigualdad se produce simultáneamente con mayor rigor por la igualdad. Esto es válido de la misma manera para el par 'derecho-no-derecho'.

[20] Según defiende en su obra, Hesse (1991).

[21] Esta intensa actuación se realiza en la lógica autopoiética, como describe Rocha (2006: 189): "La validez de las legislaciones depende de las decisiones que las aplican de forma interpretativa (jurisprudencia) y esta interacción demuestra que la legislación es un acoplamiento entre el sistema jurídico y el sistema político, estando la legislación en la periferia del sistema, mientras que los Tribunales se encuentran en el centro de este".

respalda la dinámica autopoiética y organizacional del sistema jurídico. Desde esta lógica, los derechos fundamentales expresan valores:

> *"La Constitución sin identificarse con ninguna de teorías concepciones del mundo vigentes en la sociedad y, de alguna manera, contemplándolas a todas en forma de derechos fundamentales de varias "generaciones", permite la continuidad de la diferenciación sistémica y la intensificación de las comunicaciones intra e inter-sistémicas (Guerra Filho, 2002: 194-195)"*

De esta manera, para el sistema jurídico autopoiético, la función decisiva de los derechos fundamentales puede ser observada desde una lógica negativa, como sostiene Martínez (1991: 639 y siguientes):

(1) Los derechos fundamentales no se basan en su carácter emotivo, como argumenta el realismo jurídico.

(2) Los derechos fundamentales no son una expresión idealista ni tienen fines utópicos, difíciles de lograr en su totalidad.

(3) Tampoco tienen una función ideológica, llenando discursos vagos y tendenciosos.

(4) No se limitan a hacer presentes las demandas sociales e históricas en el Derecho, sino que son una adquisición evolutiva del sistema social.

(5) No tienen un carácter ético, como si se les convocara para moralizar el Derecho.

(6) No establecen un puente de unión entre el derecho natural y el derecho positivo, creando una zona ambigua donde los positivistas pueden hablar de valores y convertirse en juristas.

(7) No son el último refugio de las verdades en el Derecho.

A partir de estas observaciones, se desprende que el centro del Derecho no reside únicamente en su carácter ético ni en el carácter normativo kelseniano de la concepción de los derechos fundamentales. Estas posiciones requieren una visión jerárquica del Derecho y la sociedad, mientras que en la visión luhmanniana se parte de una perspectiva policéntrica,

recursiva y circular[22], que conduce a una nueva fundamentación de los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva sistémica de Luhmann, los derechos fundamentales son componentes esenciales de la dinámica de la diferenciación social, operando desde el plano inter-sistémico hasta el plano intra-sistémico del Derecho, en un acto lógico esencialmente jurídico. Por lo tanto, como señala Martínez (1991: 639), son programas de decisión que hacen referencia al código binario del sistema jurídico (Derecho/No-Derecho) y no al código Moral/Inmoral, estableciendo así su propia contingencia.

En esta línea de pensamiento, los derechos fundamentales son piezas clave para la operatividad, la seguridad y la supervivencia de un Derecho que pretenda desarrollarse en una sociedad altamente compleja y diferenciada. Son ellos los que hacen posible el establecimiento de criterios de decisión más racionales para el sistema jurídico.

Se trata, por lo tanto, de poner el Derecho en marcha, de ponerlo en acción a través de una decisión, abandonando el carácter meramente declarativo de los derechos fundamentales proclamados en la *Bill of Rights* norteamericana y en la Revolución Francesa. De esta manera, como señala Luhmann (2002: 307),

> *"l'analisi sociológica potrebbe aiutare la dogmatica dei diritti fondamentali a liberarsi dall'idea d'ingerenza e di limite, a riconoscere meglio la complessità e l'eterogeneità dei problemi relativi a tali diritti e a trasferire una parte dell'onere di attuazione e di specificazione dall'ammnistrazione della giustiza alla legislazione"*

El sistema jurídico establece sus propios valores, cambiándolos a través de su comunicación con el entorno desde su lógica interna. Los derechos fundamentales, por su parte, responden a la necesidad de la racionalidad sistémica del Derecho, basados en nociones

[22] Para profundizar más en la idea de circularidad del Derecho, se sugiere la lectura de (Ost, 1987: 183 y siguientes).

de contingencia y complejidad. En este sentido, si los derechos fundamentales se trataran únicamente como producciones normativas, concreción jurídica de valores y/o el punto de encuentro entre el derecho natural y el derecho positivo, se aumentaría la complejidad y se reduciría la racionalidad sistémica-jurídica.

En una sociedad funcionalmente diferenciada y altamente compleja, los derechos fundamentales se vuelven "fundamentales", ya que permiten la separación del Estado de los demás subsistemas sociales, que tienen su propia dinámica. En este contexto, Martínez (1991: 643), señala que los derechos fundamentales evitan invasiones en la intimidad de las personas, en la estructura del sistema económico, en el funcionamiento de la ciencia, en la dinámica de las religiones, entre otros aspectos, lo que supondría un grave riesgo de retroceso social. Además, el mismo autor (Martínez, 1991: 643), destaca que los derechos fundamentales...

> *no sólo aseguran indiferencia frente al exterior sino también, en tanto que elementos constructivos y estructuradores, diferenciación interna del Estado impidiendo que el derecho sea un medio entre otros del sistema político, como en el caso de los totalitarismos.*

Señálese, por lo tanto, que los derechos fundamentales son un complejo juego de filtros (en la relación con el exterior) y de diferenciación interna del sistema jurídico. Son, por lo tanto, límites técnicos que, por sí mismos, no alcanzan una diferenciación funcional propia. Sin embargo, donde hay un sustrato histórico y sociológico, se les brinda la oportunidad de actuar como válvulas de seguridad ante las tendencias expansivas del sistema político.

Por lo tanto, aquí radica la valía esencial de la autopoiesis de los derechos fundamentales: preservar su carácter fundamental a partir de la apertura cognitiva. De ahí que, en la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, *los derechos fundamentales sólo son fundamentales porque no son fundamentalistas* (cerrados) en su relación con el entorno que los rodea.

4. Consideraciones Finales

A partir de lo argumentado, el Estado, a través de los derechos fundamentales, se ve imposibilitado de crear entornos sociales autónomos, extendiéndose esta imposibilidad a estructuras de comunicación con sensibilidad propia[23]. Por lo tanto, el Estado sólo puede garantizar la diferenciación del sistema jurídico en relación con el sistema político. Esto preserva la posibilidad de producir diferencia.

Por otro lado, los derechos fundamentales se comprenden en su lógica paradójica de cerrado/abierto. Al mismo tiempo, están integrados en un mundo integrado en su totalidad, no como una colección de partes integradas. Esta característica les permite autorregularse a partir de las innovaciones traídas por los nuevos contextos sociales.

Además, los derechos fundamentales no son dados previamente, sino logros evolutivos del sistema social. Son una institución de orden social, como lo quiere Luhmann[24], un evento en el sistema social, una red de expectativas de comportamiento que desempeñan un papel efectivo y que se basan, cuando se ven desde el punto de vista de su producción legislativa, en un consenso.

Según Luhmann (2002: 306), la orientación de la función social de los derechos fundamentales debe permitir al Poder Legislativo una actuación política responsable, al mismo tiempo que el Poder Judicial debe tener, en estos derechos, supuestos de decisión. De esta manera, el Poder Judicial puede ocuparse ampliamente de los problemas sociales que puedan ser justiciables y/o cubiertos por los derechos fundamentales[25], ya que se convertirán en elementos del sistema jurídico cuando se integren desde su entorno mediante el código específico del Derecho.

[23] Con mayor perspicacia, ver Trindade (2006: 132-133).

[24] Como defiende Luhmann (2002), especialmente en el último capítulo de esta obra, intitulado "Sociología e Dogmatica dei Diritti Fondamentali."

[25] Se desmiente, por lo tanto, la falacia de la neutralidad luhmanniana en lo que respecta a la modificación social a través del Derecho. Basta verificar su afirmación sobre el Poder Judicial en: "In tal senso può occuparsi più ampliamente della soluzione dei problemi sociali che sottendono ai diritti fondamentali."

En este razonamiento, en el sistema jurídico, los derechos fundamentales generan tensiones, problemas que requieren soluciones, creando antinomias con un efecto dinamizador en el propio sistema. Así, los derechos fundamentales informan y configuran (Martínez, 1991: 649) el sistema jurídico, exigiendo una respuesta que lo (re)crea a partir de sus propios elementos[26], como es el caso, entre otros, del derecho fundamental a la salud[27], el derecho al medio ambiente[28] y el derecho a la educación[29].

Referencias Bibliográficas

Campilongo, Celso Fernandes. (2002) *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial.* São Paulo: Max Limonad.

Canotilho, José Joaquim Gomes. (2006). *"Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional.* Coimbra: Almedina.

Clam, Jean. (2006). *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação.* São Leopoldo: Unisinos, 2006.

(2005) A Autopoiese no Direito. In: Rocha, L.S; Schwartz, G.; Clam, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

(1997). *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La Contingence des Normes.* Paris: PUF.

[26] Afirma Luhmann (2002: 305): "Pertanto, l'attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica Che, all'occorrenza, ricorrono in giudizo e l'esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario."

[27] Un enfoque sobre el tema se puede encontrar en Schwartz (2004).

[28] Sobre a questão do meio-ambiente como direito fundamental na teoria sistêmica, interessante estudo é feito por Simioni (2006).

[29] De acuerdo con la obra de Luhmann (1988) sobre el tema.

De Giorgi, Rafaelle. (2006). *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin.

Farías, Raúl Zamorano. (2006). Política y Derecho en la Periferia de la Sociedad Moderna (de cómo en América Latina la ley se acata pero no se obedece). *Justiça do Direito*, v. 20, n.1. Passo Fundo: UPF Editora.

Ferraz Jr., Tercio Sampaio. (1997). *Direito, Retórica e Comunicação.* São Paulo: Saraiva. 2ªed.

Guerra Filho, Willis Santiago. (2001). *Teoria da Ciencia Jurídica*. São Paulo: Saraiva.

Hesse, Konrad. (1991). *A Força Normativa da Constituição.* Porto Alegre: SAFE.

Luhmann, Niklas. (1981). Communications about Law in Interaction Systems. In: Knorr-Cetina; Cicourel, A. V. (eds) *Advances in Social Theory and Methodology: Toward and Integration of Micro and Macro-Sociologies.* Boston: Routledge & Kegan Paul.

—(1988). *Il Sistema Educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando Editore.

—(1990). *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría.* Paidós: Barcelona; Instituto de Ciências de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona.

—(1991-1992). Operational Closure and Strutctural Coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review,* v.13.

—(1995). La Constitution comme Acquis Évolutionnaire. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris: PUF.

—(1996). *La Ciencia de la Sociedad.* México, DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: ITESO; Barcelona: Anthropos.

—(1997). *Das Recht der Gesselschaft.* Frankfurt: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas. (2000). O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desmembramento. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1.

—(2002). *I Diritti Fondamentali come Istituzione.* Cura e Introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo.

—(2004). A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: Arnaud, André-Jean; Lopes Jr., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Martínez, Jesús Ignácio. (1991). La Función de los Derechos Fundamentales en la Teoría de Sistemas de N. Luhmann. *Laws and Rights – Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Ost, François. (1999). *O Tempo do Direito.* Lisboa: Piaget.

Ost, François; Van De Kerchove, M. (1987). *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

Paterson, John. (2006). Reflecting on Reflexive Law. In: King, Michael; Thornhill, Chris. *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications.* Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.

Rocha, Leonel Severo. (1999). Três Matrizes da Teoria Jurídica. *Anuário do Programa*

de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998-1999. São Leopoldo: Unisinos.

—(2006). Tempo e Constituição. *Direitos Culturais*, v.1, dez/2006. Santo Ângelo: EdiUri.

Sarlet, Ingo. (2004). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4ªed.

Saavedra, Giovani Agostini. (2006). *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Schwartz, Germano. (2004). *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

—(2005). A Fase Pré-Autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: Rocha, L.S; Schwartz, Germano; Clam, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Simioni, Rafael Lazzarotto. (2006). *Direito Ambiental e Sustentabilidade.* Curitiba: Juruá.

Streck. Lenio Luis. (2002). *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Teubner, Gunther. (1989). *O Direito como Sistema Autopoiético.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

—(1996). *Droit et Reflexivité. L'auto-référence en droit et dans*

l'organisation. Paris: L.G.D.J.; Belgique: Bruylant.

—(2005). As Duas Faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós Moderna. In: Teubner, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade.* Piracicaba: UNIMEP.

—(2005). Economia da Dádiva – Positividade da Justiça: "Assombração" Mútua entre Sistema e *Différance.* In: Teubner, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade.* Piracicaba: UNIMEP, 2005.

Trindade, André. (2006). *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Zymler, Benjamin. (2002). *Política & Direito: uma visão autopoiética.* Curitiba: Juruá.

EL CAMPO JUDICIAL PENAL Y LA REFORMA PROCESAL: EL CASO DE SANTIAGO DEL ESTERO, REPÚBLICA ARGENTINA

Matías Castro de Achával[1]

Código ORCID: 0009-0007-8341-1428

castrodeachaval@gmail.com

Resumen

El presente trabajo pretende delimitar el *campo judicial penal* en el marco de la administración de justicia de la provincia de Santiago del Estero, República Argentina, durante el período 2002 – 2017, como un espacio con una autonomía relativa, donde intervienen una serie de agentes, y que tiene por función primigenia y fundamento legitimante la resolución de diversos tipos de conflictos. Los resultados aquí presentados representan aspectos inéditos de lo investigado en el marco del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, titulado "La reforma procesal penal en Santiago del Estero: análisis socio-antropológico del cambio jurídico". En él nos planteamos analizar un proceso de reforma procesal penal en el marco de un proceso de reforma judicial amplio de una provincia de la República Argentina.

Palabras clave: reforma – campo judicial – cambio jurídico

[1] Abogado, Procurador, Licenciado en Filosofía y Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Adjunto regular e investigador en la Universidad Nacional de Santiago del Estero y Profesor Asociado regular en la Universidad Católica de Santiago del Estero (República Argentina). Tesorero de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (2021-2023), habiéndose desempeñado como Vocal titular de la Comisión Directiva de dicha entidad desde el año 2015 hasta el 2021.

O CAMPO JUDICIÁRIO PENAL E A REFORMA PROCESSUAL: O CASO DE SANTIAGO DEL ESTERO, REPÚBLICA ARGENTINA

Resumo

O presente trabalho visa delimitar o campo judicial penal no âmbito da administração da justiça na província de Santiago del Estero, República Argentina, durante o período 2002 - 2017, como um espaço com relativa autonomia, onde intervém uma série de agentes, e que sua função primordial e fundamento legitimador é a resolução de diversos tipos de conflitos. Os resultados aqui apresentados representam aspectos inéditos do que foi investigado no âmbito do Doutorado em Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba, intitulado "Reforma processual penal em Santiago del Estero: análise socioantropológica da mudança jurídica". Nele nos propusemos a analisar um processo de reforma processual penal no marco de um amplo processo de reforma judicial em uma província da República Argentina.

Palavras-chave: reforma – campo judicial – mudança legal

THE CRIMINAL JUDICIAL FIELD AND PROCEDURAL REFORM: THE CASE OF SANTIAGO DEL ESTERO, ARGENTINE REPUBLIC.

Summary

The present work aims to delimit the criminal judicial field within the framework of the administration of justice in the province of Santiago del Estero, Argentine Republic, during the period 2002 - 2017, as a space with relative autonomy, where a series of agents intervene, and that its primary function and legitimizing foundation is the resolution of various types of conflicts. The results presented here represent unprecedented aspects of what was investigated within the framework of the Doctorate in Law and Social Sciences at the National University of Córdoba, entitled "Criminal procedure reform in Santiago del Estero:

socio-anthropological analysis of legal change". In it we set out to analyze a criminal procedure reform process within the framework of a broad judicial reform process in a province of the Argentine Republic.

Keywords: reform – judicial field – legal change

1. Introducción

A partir de la teoría de Bourdieu (2001a; también 2001b, 2007, 1990, 1997, entre otros), es posible definir el *campo judicial* como un espacio de juego que implica la transformación de conflictos privados en públicos, a través de debates reglados entre expertos del Derecho, en un marco normativo determinado, con una clara demarcación entre los que están dentro y fuera del campo. Este concepto supone capitales específicos, y, si bien puede ser considerado como un *subcampo* del campo jurídico, o "lo más representativo" de este último. El campo judicial encuentra un intersticio complejo con el campo estatal, y el campo burocrático en particular (García Inda, 1997:181).

Este trabajo se propone delimitar el *campo judicial* en el marco de la administración de justicia de la provincia de Santiago del Estero, República Argentina. Un primer aspecto a dilucidar será lo atinente a la autonomía relativa del campo judicial estudiado. Entendemos que podemos hablar de una *autonomía relativa* del campo judicial, dado que, si bien tiene relación con otros campos como el *político*, *económico*, *académico*, o *jurídico* -entendido como un espacio más amplio, que trasciende lo meramente judicial-, el *campo judicial* no depende necesariamente de ellos, ni guarda con estos una relación jerárquica, contando además con un capital específico que define al propio campo. Sin embargo es posible encontrar relaciones e intersticios en donde algunos actores se acercan más a estos campos específicos.

A los fines de la presente investigación se llevó adelante una estrategia hermenéutica de investigación multimétodos o de triangulación metodológica, desde una posición filosófica interpretativa, basada en la generación de datos sensibles al contexto social en el que se producen, y "sostenida por métodos de análisis y explicación que abarcan la comprensión de la complejidad, el detalle y el contexto" (Vasilachis de Gialdino 2006: 25). A lo largo del desarrollo de la tesis doctoral se recurrió a diversas fuentes, tales como relevamiento documental, entrevistas en profundidad, encuestas, trabajo de etnografía institucional, así como relevamiento bibliográfico, etnográfico, historiográfico, normativo, y de medios de prensa gráfico y digital. Así, se acudió a fuentes primarias y secundarias para determinar el campo judicial penal santiagueño, abordándose tangencialmente estos otros campos, como se puede ver en los esquemas a continuación se presentan.

Por último, este trabajo pretende reflejar lo que ocurrió en el *campo judicial penal* de la provincia de Santiago del Estero, en un período que comprende desde el año 2002 hasta el 2017, distinguiendo cuatro momentos distribuidos cada cinco años: 2002, 2007, 2012 y 2017, atendiendo en particular a la Justicia Penal de la provincia de Santiago del Estero, dejando de lado expresamente la Justicia Federal.

2. El campo judicial penal en Santiago del Estero (2002 – 2017)

A los fines de caracterizar el *campo judicial penal santiagueño* se seguirá –teniendo en cuenta el esquema desarrollado por Hathazy (2013)– un esquema de campo en donde situaremos un eje vertical que identifica el grado de autoridad y diferenciales de potencia entre los diferentes actores del campo (más autoridad arriba, menos autoridad abajo), y un eje horizontal que denota la orientación práctica de los agentes: agentes orientados en principio hacia una aplicación formal de la ley y el trabajo orientado judicialmente ocupan el sector más autónomo del campo, a la izquierda, y agentes que actúan más orientados por cuestiones políticas, económicas o intereses periodísticos, el sector más heterónomo, a la derecha, como puede observarse en el siguiente Esquema N°1.

En el año 2002 el *juarismo*[2] gobernaba la provincia de Santiago del Estero, República Argentina, manteniendo al campo judicial bajo la influencia directa y preponderante del campo político. Siendo electo gobernador por quinta vez en 1999, Carlos Juárez renuncia en el marco de la crisis del 2001/2002, convocando a una reforma constitucional provincial (que concentrará aún más el poder en el Ejecutivo provincial), ganando el juarismo una nueva elección en el año 2002.

En este contexto vemos un campo judicial penal influenciado por el Poder Ejecutivo Provincial, quien tiene el mayor grado de autoridad, en el eje vertical (en el marco de lo que denominamos *juarismo*). En este momento se observa también un poder importante de la Policía de la Provincia, que había montado un tramado de servicios de inteligencia a cargo de Musa Azar, luego lamentablemente conocido por el "Caso de la Dársena". También, cercano al campo político, encontramos al Poder Legislativo provincial, al Servicio Penitenciario Provincial, y a la Iglesia, que, aunque opositora al régimen juarista en varios momentos, participa con una fuerte injerencia en los asuntos judiciales.

En la estructura formal del Poder Judicial encontramos al Superior Tribunal de Justicia como la autoridad jerárquica, y luego a los demás órganos: Cámaras de Apelación, Tribunales de Juicio, Juzgados de Instrucción en lo Criminal y Correccional; cada uno de ellos con sus funcionarios y empleados. También aquí –aunque más cercanos al campo jurídico- podemos ubicar a los abogados litigantes.

Vinculado al plano del campo jurídico propiamente dicho encontramos al Ministerio Público –todavía sin un claro rol y con menos autoridad que el Superior Tribunal de Justicia-, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santiago del Estero, el

[2] Denominamos *juarismo* a un período histórico, que va desde mediados del siglo XX hasta inicios del XXI, caracterizado por el liderazgo político de Carlos Juárez en la provincia de Santiago del Estero, República Argentina. El régimen político *juarista* ha sido estudiado por autores como Schnyder (2008 y 2013), desde una perspectiva socio-político; y en una mirada histórica por Tenti (2013); entre otros.

Colegio de Abogados de Santiago del Estero, y la Asociación Sindical de Empleados Judiciales de Santiago del Estero. Además, en el intersticio con el campo académico, tienen un rol fundamental la Universidad Católica de Santiago del Estero, y en un rol menor la Escuela de Especialización para Magistrados "Dr. José Benjamín Gorostiaga" y la Escuela de Capacitación para el Personal Judicial, encontrándose en un plano más alejado, las primeras incursiones del INECIP en la provincia a través de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la UCSE. Un informante clave, vinculado al ámbito judicial y también académico, manifestará que durante este período:

> *"el juarismo seguía intacto, los jueces penales eran el último eslabón, todos eran muy cercanos a Juárez …si es cierto que había algunos que tenían antecedentes académicos, y que eran buenos abogados, pero ahí no se metía a cualquiera… por ahí en lo civil podía haber alguien más independiente, pero en lo penal no ".(IC-03).*

Relacionado con el *campo económico* reconocemos como actores relevantes al campo judicial penal a los actores empresariales y comerciantes, así como sindicatos en general y medios de comunicación.

Este mismo entrevistado aclara que la Iglesia así como la UCSE, tenían incidencia en el campo judicial penal: "la Iglesia venía pegándole a Juárez, las denuncias por los derechos humanos… y en la UCSE ya se venía trabajando por la reforma penal también, aunque académicamente". (IC-03)

La tensa relación que la Iglesia había mantenido con el juarismo, en particular con la asunción del Obispo Monseñor Gerardo Sueldo en el obispado santiagueño en 1994, y por su trabajo con organizaciones sociales y de derechos humanos se irá intensificando. Esta tensión continuará luego de la muerte de Sueldo en 1998, en la denuncia del régimen juarista que llevará adelante el Obispo Maccarone, teniendo así la Iglesia una clara presencia en el

campo judicial penal santiagueño durante este período, en particular en calidad de denunciante de violaciones de derechos humanos como puede observarse en el Esquema N°2.

A principios de 2003 el denominado "Caso Dársena"[3] tendrá repercusiones que trascenderán el campo judicial penal, provocando consecuencias políticas y sociales pocas veces vistas en la provincia. La fuerte movilización popular de 2004, que terminará propiciando una nueva Intervención Federal, iniciará una serie de transformaciones en el territorio provincial, modificando los actores y también la configuración del campo judicial penal santiagueño.

Al asumir Zamora la Gobernación en el 2005, se avanza en la reforma constitucional y en el ya mencionado Programa del "Poder Judicial en Cambio", que contempla la reforma procesal penal y, de ese modo, un proyecto de modificación significativa del campo judicial penal en la provincia.

Pero esta serie de reformas no será siempre producto de un plan racional de transformación. En 2006 el autoacuartelamiento de la Policía Provincial, liderado por sectores afines al juarismo y al aparato represivo estatal, disparará una reforma de la Policía de la Provincia, mientras que un motín en la cárcel de varones a fines de 2007 precipitó la reforma del Servicio Penitenciario Provincial.

En este contexto el campo judicial penal de Santiago del Estero de 2007 se conformará todavía por una estructura del Poder Judicial similar a la del 2002, con un Superior Tribunal de Justicia a la cabeza y con una jerarquía de órganos judiciales (Cámaras y Juzgados de Instrucción), con sus respectivos funcionarios y empleados. El Ministerio Público Fiscal adquirirá fuerza y comenzará un período de tensiones, cooperaciones y conflictos en pos de las nuevas atribuciones del Fiscal General, plasmadas en la reforma

[3] Para la consulta del caso https://www.cij.gov.ar/nota-12783-Lesa-humanidad--condenan-a-Musa-Azar-a-prisi-n-perpetua-en-el-juicio-oral-por-cr-menes-en-Santiago-del-Estero.html

constitucional provincial. En el trabajo de campo se podrá observar cómo esta lucha simbólica que se dará en diversos planos (puja por recursos, infraestructura, personal), en la construcción por parte del Ministerio Público de un espacio autónomo, implica la pérdida de poder por parte del Superior Tribunal. Respecto a este punto un alto funcionario del Ministerio Público Fiscal sostendrá:

> *"el Superior Tribunal no quería perder nada de poder, nos iba a costar avanzar en la reforma si no se aceptaba que el Ministerio Público es un ente distinto al Poder Judicial… había que pelear por el presupuesto, por el personal, por cada detalle, hasta por los celulares (sic.)" (FMPF-06)*

En relación a este punto, también desde el Poder Judicial provincial la relación con el Ministerio Público será difícil en este período, en particular luego de la reforma del año 2005. Un funcionario del Poder Judicial sostendrá al respecto:

> *"El fiscal ha avanzado mucho, y al principio esto ha generado mucho malestar en el Superior Tribunal; no es que no se quiera la reforma, pero costaba mucho dividir los recursos; además todavía no estaban claras las divisiones de cada área … no ha sido fácil este proceso" (FPJ-09).*

Por otro lado, el recambio de la estructura juarista a partir de la intervención federal generará un drástico movimiento, que incidirá sobre todo en los eslabones más altos de la estructura judicial, pero que también decantará en la base de la pirámide, con la consiguiente pérdida de poder por parte de viejos referentes del régimen caído. Un funcionario de gran antigüedad en el Poder Judicial, manifestará al respecto:

> *"con la intervención empieza una depuración importante del Poder Judicial; después a Zamora le toca la mejor situación, porque puede elegir a todo los*

> *miembros del Superior Tribunal, y a todos los jueces… lo mismo la mayoría de los secretarios y pros eran de la época de Juárez, algunos se han adaptado y han seguido la carrera, otros ahí han quedado nomás" (FPJ-01).*

Uno de los desplazamientos más importantes será el de la Policía Provincial, a partir del "Caso Dársena" y la detención de Musa Azar (referente del aparato de espionaje paraestatal juarista), y luego con el auto-acuartelamiento del 2006. Así se puede observar una pérdida de poder por parte de la Policía Provincial en el *campo judicial penal*, a la vez que los demás actores vinculados al campo político mantienen sus posiciones relativas (Poder Legislativo, Ministerio de Justicia, Servicio Penitenciario Provincial).

Otro aspecto importante es que, en este período, en el año 2005 el Obispo Maccarone renuncia a su cargo tras difundirse un video públicamente[4], asumiendo en su lugar el sacerdote Francisco Polti Santillán, vinculado al Opus Dei y con un perfil claramente conservador y menos combativo que sus predecesores[5]. Así se disminuye la tensión con la Iglesia quien, a pesar de seguir participando tangencialmente en el *campo judicial penal*, perderá peso en la lucha propia del campo. Al respecto manifestará un infórmate clave, vinculado al ámbito eclesiástico y político:

> *"Cuando lo desplazan a Maccarone desplazan a todos los que veníamos trabajando desde la época de Sueldo … Polti representaba al sector más conservador, que siempre ha estado, pero que había perdido poder con Sueldo … con Polti vuelven muchos que habían estado siempre en el juarismo, que habían sabido negociar con Juárez" (IC-04).*

[4]http://www.lanacion.com.ar/1780487-juan-carlos-maccarone-un-obispo-comprometido-que-se-retiro-envuelto-en-el-escandalo

[5] https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211031-2013-01-02.html

En cuanto a la relación entre el campo judicial y el campo académico, aunque esta cobra gran importancia en el período 2002–2005, al entrar en tensión con el juarismo y asumir el Rectorado un claro rol social y político con la Intervención Federal, la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE) perderá terreno en el campo judicial penal a partir de 2005, entrando otros actores vinculados al campo académico en escena. Nuevas entidades académicas, que dictarán las carreras de Abogacía y Escribanía a distancia, como la Universidad Siglo 21 y la Universidad Blas Pascal, entre otras, harán su arribo a la provincia con una fuerte campaña mediática, haciendo que un alto número de alumnos emigre desde la UCSE hacia estas instituciones. Además, el Superior Tribunal de Justicia, en su nueva conformación, creará aquel año el Centro Único de Capacitación para Magistrados, Funcionarios y Empleados "Dr. José Benjamín Gorostiaga", en el Ámbito del Poder Judicial. Y a partir de 2006 el Superior Tribunal de Justicia celebrará Convenios con entidades como el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires), la Universidad Nacional de Santiago del Estero y la Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino (Tucumán). Un docente universitario vinculado al proceso de reforma procesal penal señalaba al respecto:

> *"la UCSE venía trabajando por la reforma, nosotros veníamos con apoyo del INECIP, pero principalmente de la mano de la Universidad, en el marco de la Universidad, siempre con el apoyo del Rectorado… el Rector entonces apoyaba mucho todas las iniciativas…" (DU-09).*

Otro docente universitario comentará con relación a la modificación de la situación de los actores del campo académico:

> *"cuando se ha ido Feijoo, en el 2006, la cosa ha cambiado en la UCSE; ya se veía venir, pero ahí se termina de definir políticamente la Universidad… Mucha gente se empieza a ir, o pierde espacios… Ya en ese momento empiezan a aparecer las universidades a distancia, especialmente la Siglo 21, pero también la Pascal; ahí empieza a perder terreno la UCSE" (DU-02).*

Finalmente, completan el esquema del campo judicial penal santiagueño entidades propias del campo jurídico como los abogados litigantes, la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santiago del Estero, el Colegio de Abogados de Santiago del Estero, y la Asociación Sindical de Empleados Judiciales de Santiago del Estero. En este último caso resulta significativa la apreciación sobre la reforma que tendrá un dirigente gremial, también informante clave, que sostendrá en una entrevista del año 2008 que la reforma penal era, como parte de la reforma judicial "un invento de la OEA…se está haciendo en todo el país y ahora ahí también la van a hacer". (IC-02).

Debe reconocerse la diversidad de agentes que intervienen en la lucha dentro del *campo judicial* santiagueño, en particular en lo que se podría llamar el *campo judicial penal*, al menos desde el año 2002, y cuyas cualidades definen roles y posiciones dentro del campo. Algunos de estos actores, que tendrán diversas relaciones de fuerzas e intervenciones a lo largo del tiempo, serán: Superior Tribunal de Justicia, Ministerio Público, Jueces de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia, Funcionarios judiciales, Empleados judiciales, abogados y procuradores.

También intervienen otros actores en carácter de instituciones que representan intereses corporativos como la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santiago del Estero, el Colegio de Abogados de Santiago del Estero, y la Asociación Sindical de Empleados Judiciales de Santiago del Estero. Además, en el intersticio con el campo académico, tienen un rol activo el Centro Único de Capacitación para Magistrados, Funcionarios y Empleados "Dr. José Benjamín Gorostiaga" - creado en el año 2005 a partir de la fusión de la Escuela de Especialización para Magistrados "Dr. José Benjamín Gorostiaga" y la Escuela de Capacitación para el Personal Judicial-, la Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidad Nacional de Santiago del Estero, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires), la Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino (Tucumán), entre otros.

En proximidad con el *campo político* se encuentra el Poder Ejecutivo Provincial (Gobernador), el Ministerio de Justicia provincial (como órgano específico de Poder Ejecutivo), la Policía de la Provincia, el Servicio Penitenciario Provincial, el Servicio Penitenciario Federal (desde el año 2008), y el Poder Legislativo provincial, y también es posible incluir a la Iglesia, como institución que interviene con mayor o menor grado en la vida política de la provincia, en especial a través del Obispado.

Vinculado al *campo económico* se reconocen como actores relevantes al campo judicial, al Sector Empresarial Santiagueño (nucleado en instituciones intermedias como la Unión Industrial Santiagueña, la Sociedad Rural Santiagueña, y la Cámara de Comercio de Santiago del Estero), y al Sector Sindical, aglutinado en estos años en prácticamente dos centrales obreras principales (CGT, mayoritaria, y CTA, con escasa participación en la provincia)[6].

Mientras que vinculado al *campo económico* encontramos como actores relevantes al sector empresarial y comercial, a los sindicatos en general y a los medios de comunicación, que irán ganando terreno en la influencia respecto al *campo judicial penal*, situándose por encima del sector sindical. En esto resulta importante destacar cómo se construye, en el período 2002-2007, una prensa cada vez más interesada en los asuntos judiciales de índole penal, conformándose un staff de periodistas especializados en el tema, y situándose la información judicial penal –a partir del Caso Dársena- en los titulares de los diarios y en los horarios centrales de los canales televisivos y radiales (ver Esquema N° 3).

El motín en la principal unidad carcelaria santiagueña a fines del 2007 generará una importante crisis en el Servicio Penitenciario Provincial, profundizando durante el 2008 el

[6] Cabe destacar que, si bien estos sectores también tienen incidencia en el campo político, han sido ubicados en el intersticio con el campo económico en virtud de estar vinculados a los procesos productivos de la provincia, y a los fines de la simplificación del presente trabajo.

proceso de reformas que había comenzado poco tiempo ante, las que se sumarán a las reformas en el aparato policial, influyendo todo esto en el campo judicial penal santiagueño.

En el año 2009, al sancionarse un nuevo Código de Procedimiento Penal en la provincia que implementará un sistema procesal acusatorio, el campo judicial penal santiagueño recibirá una importante transformación**.** Al año siguiente se sancionará también la Ley Orgánica del Ministerio Público, y ese mismo 2010 se modificaron los plazos y procedimientos de implementación del Código de Procedimiento Penal, mediante una serie de leyes y reglamentación de "Transición".

En este contexto encontramos un campo judicial penal santiagueño marcado por tensiones entre los diferentes actores. Por un lado, encontramos a los agentes del Ministerio Público Fiscal, interesados en que se respete y consolide su rol en el proceso penal acusatorio, en particular en la investigación penal preparatoria. En el trabajo de campo, tanto en la observación participante como en las entrevistas en profundidad, se observará esta tensión, en particular entre la Fiscalía General y el Superior Tribunal de Justicia. En este punto, un funcionario del Poder Judicial, de "carrera judicial", manifestará:

> *"a partir de la sanción del nuevo código la Fiscalía toma más protagonismo, y esto incrementa el conflicto entre el Ministerio Público y el Superior Tribunal; si bien ya venía desde que habían asumido… Otro tema importante ha sido los nombramientos, el que más necesitaba gente era el Ministerio Público, muchos han pasado, y había que nombrar más gente… y siempre las discusiones eran por el presupuesto también, la Fiscalía quería tener autonomía y tenían que negociar… Además, dentro del Superior Tribunal siempre había habido peleas entre los miembros; no peleas, pero si algunos enfrentamientos, se podría decir" (FPJ-06).*

Una funcionaria del Ministerio Público Fiscal sostendrá que "ha costado mucho lograr construir el Ministerio Público, porque no ha sido solamente la sanción del código, o de la ley de Ministerio Público; después hemos tenido que implementarlo, armar toda una nueva infraestructura, no ha sido fácil" (FMPJ-08).

Otra de las tensiones observadas en este período dentro del campo judicial penal santiagueños fue el reordenamiento de los, hasta entonces, jueces penales de instrucción, ahora convertidos en jueces de garantías, quienes debían reacomodar su rol y respetar los límites que se le imponía ahora a su función. Al respecto, un magistrado penal de ese momento señalará:

> *"se ha hecho una ley que como toda ley, como toda estructura jurídica no tengo dudas que por los antecedentes, por las discusiones en el poder legislativo, no tengo duda de que va a ser una buena ley, pero tener la ley, el instrumento, la herramienta, no es ni remotamente suficiente, aquí es importante los operadores de la ley, el juez el fiscal y los abogados del pasillo… quién es este, que anda todos los días trayendo las causas o los derechos de la gente, de la víctima que está sufriendo? …a través de la figura del querellante, o a través de la defensa, defendiendo al imputado, pero la manera en que los operadores entiendan este sistema y lo lleven adelante, de eso va a depender, porque la ley puede ser lo más linda y adornada y brillante que se quiera, pero si quienes la van a usar no tienen conciencia del cambio, si el fiscal no asume que él es ahora dueño de la investigación, si el juez no comprende que deja de ocupar el rol central, y no me extraña que haya jueces que extrañando esto se sientan molestos, pero la cosa no pasa por aquí, la cosa pasa porque entiendan el rol que a cada uno le corresponde: un juez que controle que no se viole la norma, que el proceso que está llevando adelante el fiscal no se salga fuera del marco que le da el procedimiento, una defensa que también entienda que debe ejercer la defensa dentro de los límites que le da el nuevo procedimiento" (MPJ-09).*

Sobre este punto el Fiscal General de la provincia manifestará que:

> *"Hay un problema también de cultura, y de la mentalidad de los jueces ... Los jueces tienen una mentalidad cerrada respecto al Ministerio Público, no todos pero la gran mayoría. Entonces es como que el juez se considera dueño de la causa; entonces cualquier injerencia, que ellos pueden decir externa, no les gusta; entonces darle atribuciones al fiscal es un problema para ellos".* Agregando también que *"el juez lo único que tiene que hacer es el control, el fiscal es el que toma las decisiones" (FMPF-01).*

Finalmente, los abogados litigantes deberán adaptarse al nuevo sistema, que, aunque promete celeridad y oralidad, festejadas en principios por muchos letrados, en estos años de implementación paulatina generará incertidumbres y tensiones inesperadas. En una investigación realizada mediante encuestas[7], en el año 2009, sobre una base de 476 (cuatrocientos setenta y seis) abogados encuestados, solo el 39,2% tenía una opinión positiva sobre el proyecto de reforma procesal penal en Santiago, un 17,8% tenía una opinión negativa, mientras que el 43% no tenía una opinión formada al respecto.

Así es posible observar en el 2012 un campo judicial penal santiagueño donde aparecen nuevos actores, como el Juzgado de Ejecución y el Servicio Penitenciario Federal, con una implementación parcial del sistema acusatorio donde el Ministerio Público tendrá un rol cada vez más activo. También se puede encontrar, con relación al esquema del 2007, una pérdida de poder por parte de la Policía Provincial (que continuará en un proceso de transformación iniciado a fines de 2006); y también un alejamiento cada vez mayor de la Iglesia de las discusiones vinculadas al campo judicial penal, en particular a partir de la nueva cabeza del Obispado.

[7]Ver Anexo Nº 3

Se observa también en este período un incremento de peso en el campo por parte de los medios de prensa, que tendrán una injerencia activa en la cobertura de los casos resonantes del campo judicial penal.

Vinculado al campo académico se ve un incremento de la injerencia de parte de instituciones como INECIP, y también del Centro Único de Capacitación, en detrimento de otras que van perdiendo peso como la Universidad Católica de Santiago del Estero (ver Esquema N°4).

A partir del año 2013 el proceso de reforma procesal penal avanzará en todo el territorio provincial, a la par de otros aspectos del programa "Poder Judicial en Cambio" -como la infraestructura edilicia-, encontrándonos en el año 2017 con una nueva configuración de fuerzas en el campo judicial penal santiagueño.

El 1 de febrero de 2017 se inaugura en el Centro Judicial de Monte Quemado una nueva sala de audiencias, y la implementación en esa circunscripción judicial del sistema acusatorio, dándose así por implementado el sistema acusatorio y el nuevo código procesal penal íntegramente en la totalidad del territorio provincial. En palabras del entonces presidente del Superior Tribunal de Justicia:

> *"Es para nosotros un honor estar viviendo un acontecimiento tan importante en la ciudad de Monte Quemado, como lo implica la puesta en vigencia del Nuevo Sistema Penal Acusatorio… Es un hecho muy significativo que brindará una calidad institucional de envergadura. Si bien Monte Quemado ha sido la última ciudad en sumarse, hoy tiene la posibilidad de ponerle broche de oro a todo este proceso de reforma que, allá por 2005, emprendimos con la idea de mejorar el*

> *servicio de justicia, modernizarlo y acercarlo al ciudadano, por sobre todas las cosas"*[8].

Así encontramos el campo judicial penal santiagueño con un proceso de transformación concluido, donde se profundizan los desplazamientos de los distintos actores, que se observaban en el año 2012.

Por un lado, encontramos un Ministerio Público normalizado definitivamente –situación consolidada con el nombramiento del Defensor General el 5 de Octubre de 2016[9]-, autónomo y equilibrado con el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, y que corona este proceso con la inauguración del nuevo edificio del Ministerio Público el 27 de Junio de 2017[10].

Aquí lo edilicio cobra nuevamente importancia, en palabras a la prensa el propio Fiscal General de la provincia manifestará:

> *"Me siento muy emocionado y honrado de estar en esta inauguración… Le agradezco profundamente a la señora gobernadora de la Provincia, Dra. Claudia de Zamora y a todos aquellos que han hecho posible la construcción de este espléndido edificio, que albergará al Ministerio Público Fiscal para consolidar la autonomía funcional que está plasmada en la constitución desde 2005"*[11].

[8] http://www.nuevodiarioweb.com.ar/noticias/2017/02/02/73517-rige-en-toda-la-provincia-el-sistema-penal-acusatorio

[9] http://www.elliberal.com.ar/noticia/292651/dr-jose-billaud-asumio-como-defensor-general-provincia

[10] http://www.nuevodiarioweb.com.ar/noticias/2017/06/27/98184-la-gobernadora-inauguro-el-ministerio-publico-fiscal

[11] http://www.nuevodiarioweb.com.ar/noticia/2017/06/28/98353-el-ministerio-publico-fiscal-ya-cuenta-con-moderno-edificio

También en entrevistas en el marco del trabajo de campo, el *edificio propio* aparecerá, junto con el propio *presupuesto,* como un temprano anhelo del Ministerio Público Fiscal, vinculado a la *autonomía funcional*. En una entrevista realizada en el marco del trabajo de campo en el año 2009 ya el Fiscal General sostendrá que era necesario tener un *edificio propio*, donde se pudiera "tener una mesa de entradas de denuncias…distribuir las denuncias… así como oficinas de secuestros, otra área de exhortos, entre otras" (FMPF-01).

También en esta oportunidad el Fiscal General plantea que

> *"En la nueva concepción se necesitan más fiscales que jueces, porque el juez de garantías va a cumplir una función muy específica… teóricamente tenemos que tener una fiscalía con mayor número de empleados, la idea también es crear una policía judicial… Ahora es el tema presupuestario, para que hablemos de una verdadera autonomía el Ministerio Público tiene que tener un presupuesto propio… no podemos depender, si hay una cuestión económica hay una dependencia" (FMPF-01).*

Vinculado al campo político, se puede observar también en este momento tanto al Ministerio Público como al Superior Tribunal de Justicia en un rol de mayor equilibrio con los Poderes Ejecutivo y Legislativo, aunque todavía con una preeminencia –menor que otros años- del Poder Ejecutivo por sobre los otros poderes.

Otra de las tensiones que se generará en el campo judicial penal santiagueño, a partir de la segunda mitad del año 2016 y durante el 2017, será la conformación el Ministerio Público de la Defensa, como organismo del Poder Judicial, aunque con un funcionamiento autónomo a los demás poderes y organismos del Estado.

El Art. 31 de la Ley 6.924 establecía como funciones de este Ministerio Público de la Defensa las de asesorar, defender y representar a las personas requirentes de justicia que sean beneficiarios del sistema de gratuidad, como así también a los imputados en causas penales que no tengan asistencia legal privada, y a los niños, niñas y adolescentes, personas incapaces y ausentes.

Hasta octubre de 2016 estas funciones eran ejercidas por el titular del Ministerio Público Fiscal; es decir, por el Fiscal General. El 5 de Octubre del 2016 es nombrado en el cargo de Defensor General del Ministerio Público Fiscal el Dr. Enrique José Billaud, comenzando un proceso de disgregación entre las funciones de los fiscales y la de los defensores del Ministerio Público.

Esto llevará a nuevas tensiones en el campo judicial penal de la provincia, las que, en términos de un Funcionario del Ministerio Público de la Defensa se manifestará en:

> *"A partir del nombramiento del Defensor General se divide una función que antes venía toda en cabeza del Fiscal General; entonces hay que armar toda una nueva estructura, darle envergadura a la Defensoría … por supuesto que surgen rispideces, tema de presupuestos, personal; además que ahí se empiezan a ver diferentes posturas, entre los fiscales y los defensores" (FMPD-03).*

Incluso, otro de los entrevistados, también miembro de la Defensa, volverá a hacer hincapié en lo edilicio, junto a lo presupuestario, como condiciones de autonomía institucional:

> *"Otro tema que se viene ahora es el del edificio propio; nosotros tenemos que tener nuestro espacio, nuestro lugar autónomo, así como lo tienen el Ministerio Fiscal, además del presupuesto, poder manejar el personal, es importante que el*

ámbito de funcionamiento sea distinto, sino es muy difícil lograr una plena autonomía" (FMPD-03).

Por otra parte, vemos consolidado el proceso de reforma policial y penitenciaria, con el funcionamiento del Juzgado de Ejecución, y los servicios penitenciarios provincial y federal. En cuanto a la Iglesia, aunque a fines de 2013 se produce un cambio con el nombramiento de un nuevo obispo en la provincia – Monseñor Vicente Bokalic[12]-, el rol de la Iglesia no volverá a tener el protagonismo que había tenido con Gerardo Sueldo ni con su discípulo Juan Carlos Maccarone, manteniendo una posición no tan central en el campo judicial penal.

En este período se consolidan también los medios de comunicación como actores con incidencia en el campo judicial penal, vinculados junto a los sectores empresariales, comerciales y sindicales, al campo económico. Al respecto cabe destacar el proceso de consolidación y evolución de los medios como agentes de lucha en el campo económico, analizado en la provincia recientemente por algunos estudios (Picco, 2016).

Aunque no concluirá la tensión entre los diferentes actores, los roles del Ministerio Público (acusación y defensa) y de los Jueces de Garantías (control), quedarán cada vez más definidos y aceptados en la práctica por los agentes intervinientes en el proceso penal, con un acompañamiento por parte de instituciones como el Colegio de Abogados, la Asociación de Magistrados y Funcionarios, y –en menor medida- del Sindicato de Empleados Judiciales.

En cuanto al vínculo con el campo académico, vemos aquí claramente la pérdida de poder de parte de la Universidad Católica de Santiago del Estero –antigua aliada del juarismo-, y la consolidación de los nuevos actores como el Centro Único de Capacitación, el INECIP, y también centros universitarios como la Universidad Nacional de Santiago del

[12] http://www.elliberal.com.ar/noticia/119028/monsenor-vicente-bokalic-iglic-nuevo-obispo-santiago-estero

Estero (aún sin contar todavía con la carrera de Derecho), la Universidad Siglo 21, la Universidad Blas Pascal –ambas instituciones privadas cordobesas con una fuerte incursión en la provincia en los últimos años-, y , en menor grado, la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, de Buenos Aires, y la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, de la provincia de Tucumán (ver Esquema N°5).

3. Conclusiones

En este trabajo intentamos delimitar el *campo judicial* en el marco de la administración de justicia de la provincia de Santiago del Estero, República Argentina, entendiéndolo –con Bourdieu- como un espacio de *autonomía relativa*, observando desplazamientos por parte de los agentes intervinientes en el campo a lo largo de este proceso de reforma que irá desde el año 2002 hasta el 2017.

La reforma procesal penal santiagueña no supuso -como se pudo vislumbrar a lo largo de este trabajo-, una modificación profunda de las relaciones de poder, ni –en general- la eliminación de actores relevantes en el campo jurídico o político. No obstante, el estudio pretende reflejar tensiones y modificaciones en el modo de ejercer el poder político, y, en particular, en el campo jurídico y judicial, el modo en el cual se ejerce el *derecho de decir el derecho*. Es posible afirmar entonces que la reforma no estuvo exenta de conflictos y tensiones, producto de la lucha entre los diferentes agentes en el campo judicial penal, quienes, en base a las pretensiones para ganar posiciones y capital dentro del campo, contribuyeron a producir desplazamientos en el propio campo.

En este sentido, cabe sostener que la reforma procesal penal de Santiago del Estero no implicó una expulsión de los actores del campo judicial penal, sino, en todo caso, una movilización táctica de parte de estos actores, quienes modificaron en algunos casos sus capitales específicos y su ámbito de poder, aunque dichos desplazamientos no impliquen ningún peligro para su permanencia en el campo.

Bibliografía

Bourdieu, Pierre. (1990). The Logic of Practice, Stanford, Stanford University Press.

Bourdieu, Pierre. (1997). Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción, Barcelona, Anagrama.

Bourdieu, Pierre. (2001a). "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico", Poder, derecho y clases sociales, Bilbao, Desclée de Brouwer.

Bourdieu, Pierre. (2001b). "Sobre el poder simbólico", Poder, derecho y clases sociales, Bilbao, Desclée de Brouwer.

Bourdieu, Pierre. (2007). El sentido práctico, Buenos Aires, Siglo XXI.

García Inda, Andrés. (1997). La violencia de las formas jurídicas, Barcelona, Editorial CD SL

Hathazy, Paul. (2013). Democratizing Leviathan: Bureaucrats, Experts and Politics in the Transformation of the Penal State in Argentina and Chile. Berkeley, Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in Sociology in the Graduate Division of the University of California.

Picco, Ernesto. (2016). Políticos, empresarios y laicos católicos. Historia y estructura de la élite de poder en Santiago del Estero, Rosario, Prohistoria.

Schnyder, Celeste. (2008). "Política y violencia en la Democracia argentina. El régimen juarista en Santiago del Estero", Actas del VIII Congreso Nacional sobre Democracia, Rosario, Argentina.

Schnyder, Celeste. (2013). Violencia y política, Santiago del Estero, Edunse.

Tenti, María Mercedes. (2013). La formación de un Estado Periférico, Santiago del Estero, Ediciones UCSE.

Vasilachis de Gialdino, Irene. (2006). "La investigación cualitativa", Estrategias de investigación cualitativa, Barcelona, Gedisa.

Fuentes normativas citadas

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (texto vigente), República Argentina.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (texto según reforma de 1997), República Argentina.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (texto según reforma de 2002), República Argentina.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (texto según reforma de 2005), República Argentina.

Código Procesal Penal de Santiago del Estero (CPPSE), Ley nro. 1733, del 06 de noviembre de 1941.

Código Procesal Penal de Santiago del Estero (CPPSE), Ley nro. 6941, del 17 de marzo de 2009.

Código Procesal Penal de Santiago del Estero (CPPSE) Vigencia temporal, Ley 6986, del 02 de agosto de 2010

Referencias obtenidas de Internet

Recuperado de: www.elliberal.com.ar

Recuperado de www.nuevodiarioweb.com.ar

Recuperado de www.lanacion.com

Recuperado de www.pagina12.com.ar

ANEXO Nº 1. Entrevistas

Se realizaron entrevistas en profundidad a 101 personas, desde el año 2008 hasta el año 2017 (en algunos casos varias entrevistas, en distintos momentos a lo largo de los diez años).

Se clasificaron las entrevistas de acuerdo al rol principal del entrevistado[13], para lo cual se identificaron los siguientes:

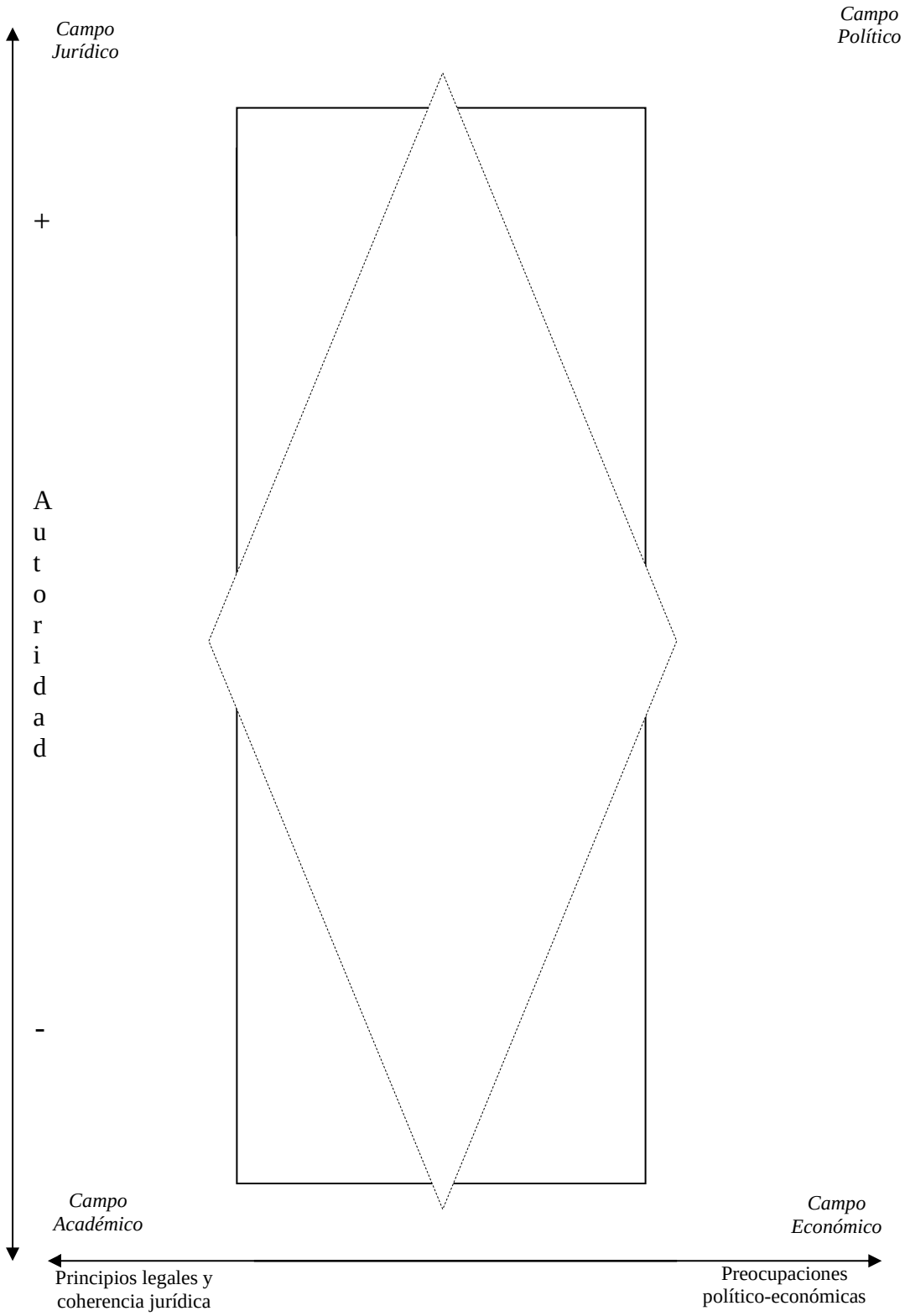
- 5 Informantes clave (IC)
- 15 Magistrados del Poder Judicial (MPJ), incluidos miembros del Superior Tribunal de Justicia
- 9 Funcionarios del Poder Judicial (FPJ)
- 7 Empleados del Poder Judicial (FPJ)
- 8 Funcionarios del Ministerio Público Fiscal (FMPF), incluido el Fiscal General de la Provincia
- 5 Funcionarios de la Defensa Pública (FDF)
- 6 Funcionarios y autoridades del Poder Ejecutivo (FPE), incluido el Subsecretario de Justicia de la Provincia
- 5 Funcionarios y autoridades del Poder Legislativo (FPL)
- 8 Abogados litigantes (AL)
- 9 Docentes Universitarios (DU)
- 6 Miembros del Servicio Penitenciario Federal (SPF)
- 4 Miembros del Servicio Penitenciario Provincial (SPP)
- 6 Estudiantes de Abogacía (EA)
- 8 Justiciables (ciudadanos que concurrían a Tribunales por alguna causa, en diversas calidades) (J)

A los fines de la cita de las entrevistas se mantienen las siglas y el número de identificación del entrevistado: por ejemplo SPF-01, MPJ -05, etc.

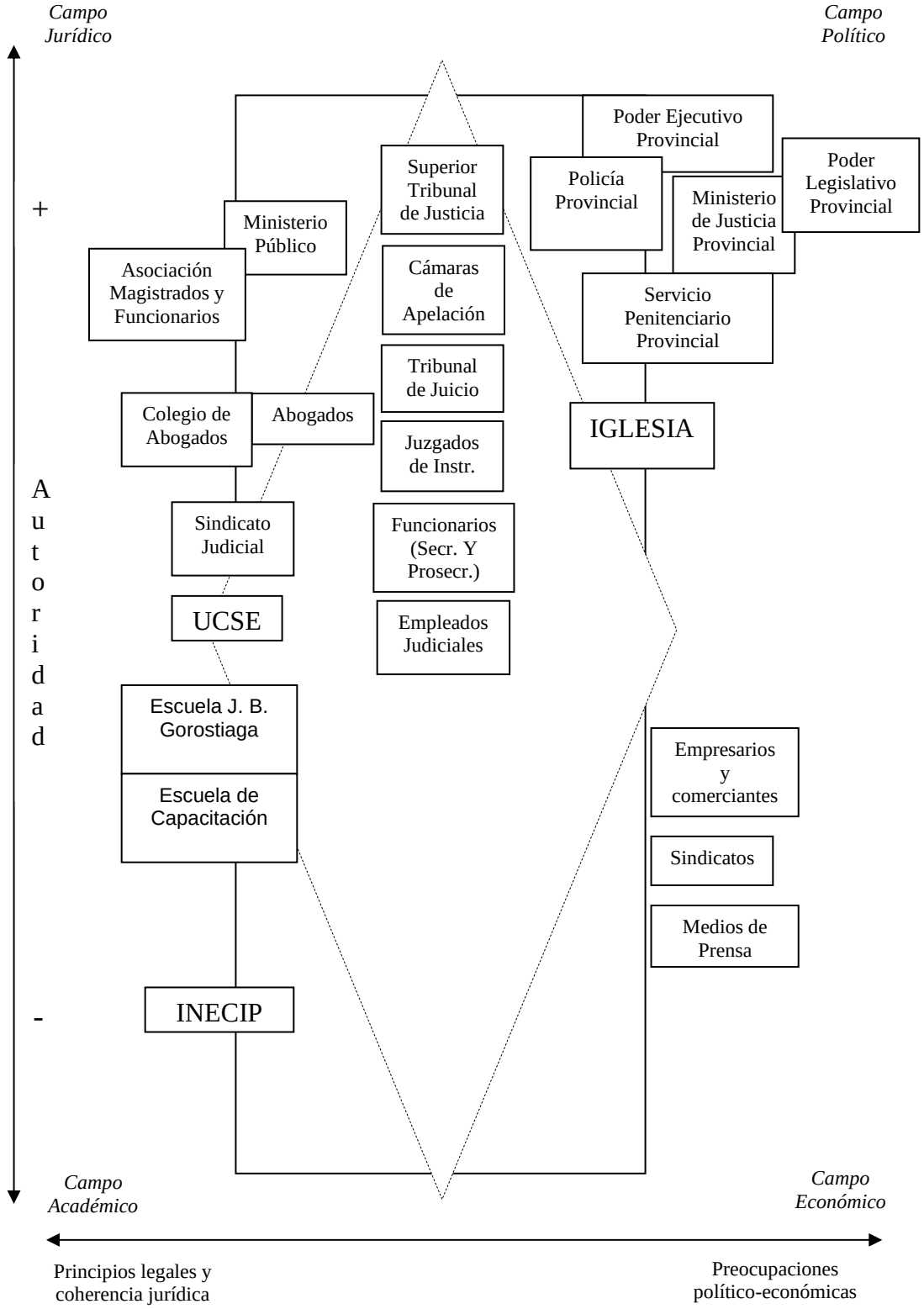
[13] En caso de que el entrevistado tuviera varios roles (por ejemplo: docente universitario y abogado litigante se resolvió por aquel desde el cual el entrevistado contestaba.

ANEXO Nº 2: ESQUEMAS DEL CAMPO JUDICIAL PENAL DE SANTIAGO DEL ESTERO

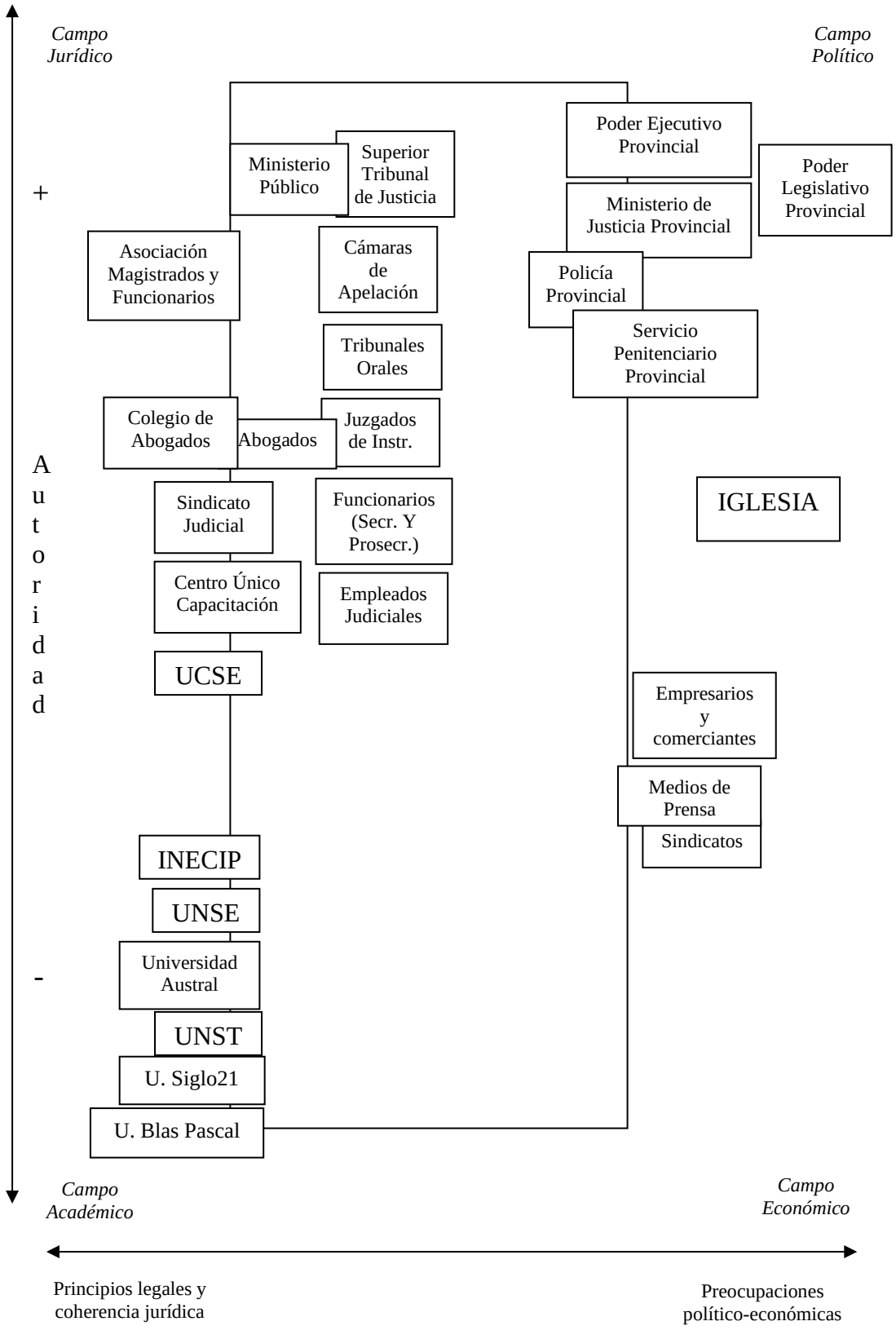
Esquema N° 1: Estructura básica del *campo judicial penal*



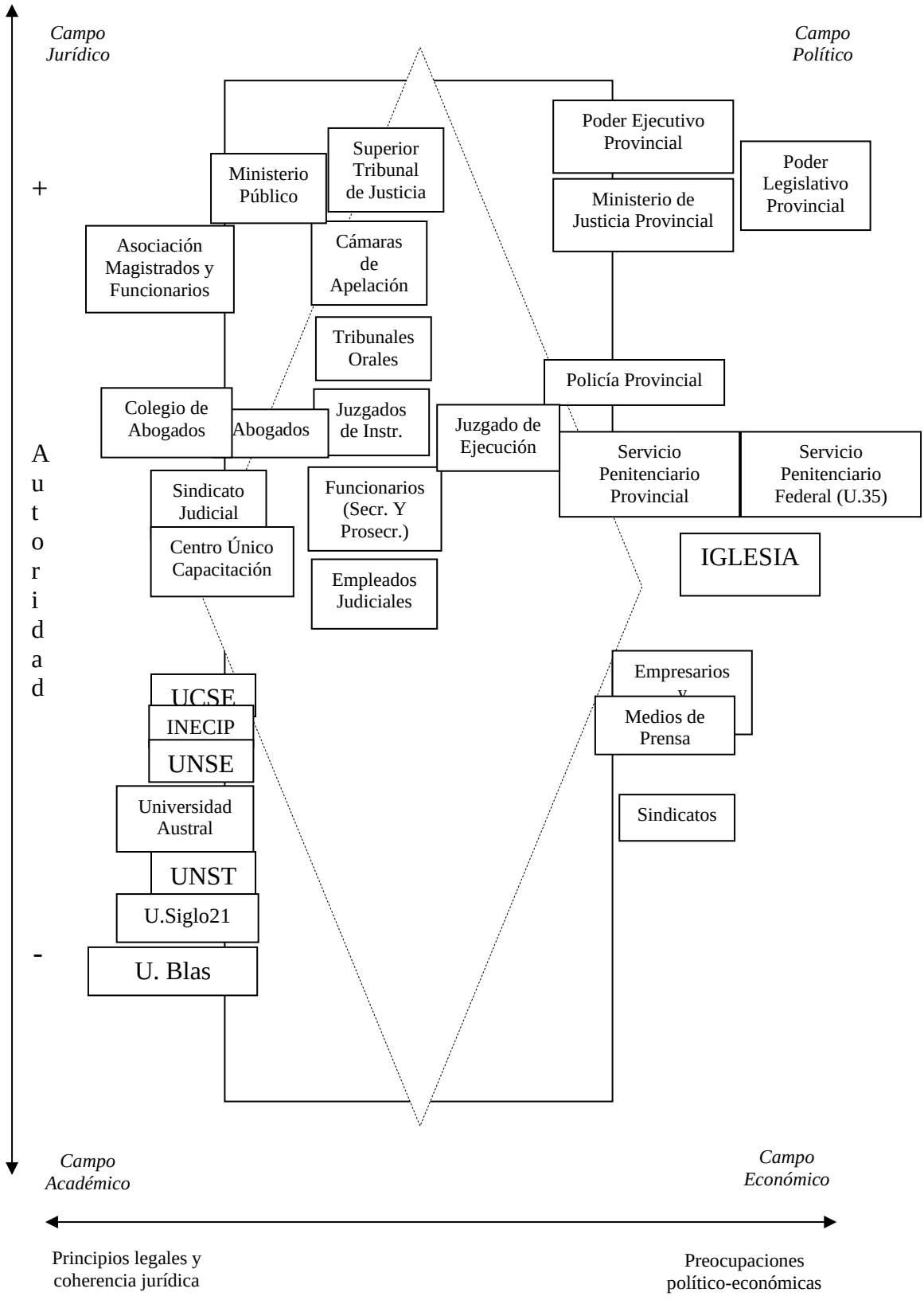
Esquema N° 2: *Campo judicial penal en Santiago del Estero en 2002*



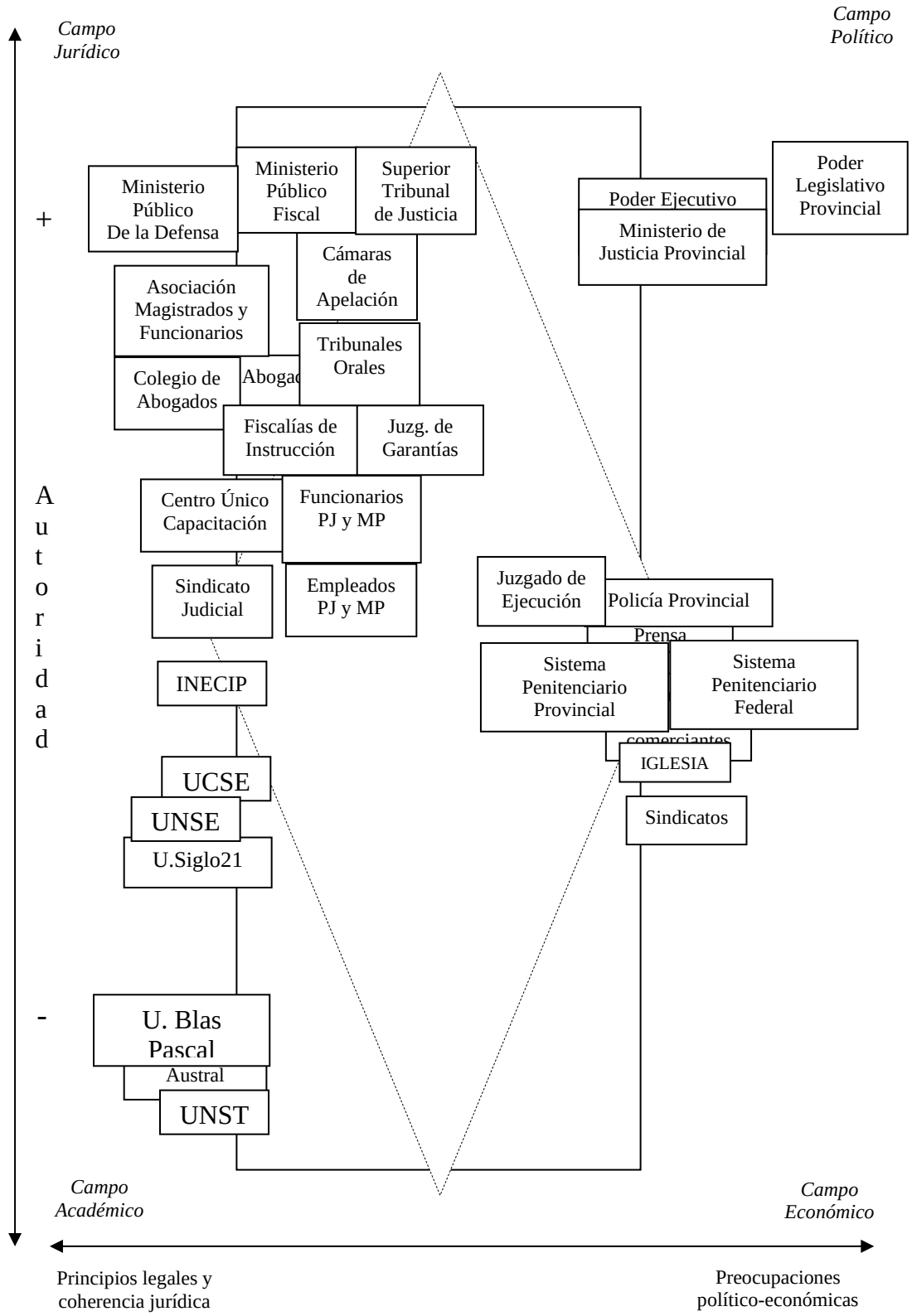
Esquema N° 3: *Campo judicial penal en Santiago del Estero en 2007*



Esquema N° 4: *Campo judicial penal en Santiago del Estero en 2012*



Esquema N° 5: *Campo judicial penal en Santiago del Estero en 2017*



ANEXO Nº 3. ENCUESTAS

En el año 2009 se realizaron encuestas a Abogados litigantes, en base a un guión que se detalla a continuación. Estas encuestas fueron replicadas en el año 2014. A continuación los resultados.

Año 2009

Total Abogados matriculados en la provincia 1656[14]

Total encuestados: 476 (cuatrocientos setenta y seis)

1- **Identificación** (si bien la encuesta es de carácter anónimo, se requieren diferentes datos identificatorios)

1.1-1. Título:

1.1-2. Edad:

1.1-3. Sexo:

1.1-4. Cantidad de años de ejercicio profesional:

1.1-5. Fueros en los que litiga:

2- ¿Cuál cree usted que es la **función** que cumple su profesión en la sociedad?

3- ¿Sabe en qué consiste el denominado "Poder Judicial en Cambio"?

a- Si, se claramente en qué consiste	139	29%
b- Conozco, pero no claramente	228	48%
c- Conozco muy poco	95	20%
d- Desconozco	14	3%

4- ¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?

a- Si, se claramente en qué consiste	102	21.5%
b- Conozco, pero no claramente	189	39.7%
c- Conozco muy poco	166	34.8%

[14] Datos año 2009, Colegio de Abogados de Santiago del Estero.

d- Desconozco	19	4%

5- ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?

a- Será positiva	187	39.2%
b- Será negativa	85	17.8%
c- No tiene opinión formada al respecto	204	43%

6- En caso de contestar con las variables "a" o "b" en la pregunta 5, ¿por qué cree que la reforma será positiva/negativa?

7- ¿Usted considera que la actividad en el campo jurídico se vincula a otros campos como el político o el económico? En caso afirmativo, ¿cómo cree que se configura esa vinculación?

Año 2014

Total Abogados matriculados en la provincia 1826[15]

Total encuestados: 582 (quinientos ochenta y dos)

1- **Identificación** (si bien la encuesta es de carácter anónimo, se requieren diferentes datos identificatorios)

1.1-1. Título:

1.1-2. Edad:

1.1-3. Sexo:

1.1-4. Cantidad de años de ejercicio profesional:

1.1-5. Fueros en los que litiga:

2- ¿Cuál cree usted que es la **función** que cumple su profesión en la sociedad?

3- ¿Sabe en qué consiste el denominado "Poder Judicial en Cambio"?

a- Si, se claramente en qué consiste	423	73%
b- Conozco, pero no claramente	142	24%

[15] Datos año 2014, Colegio de Abogados de Santiago del Estero.

c- Conozco muy poco	14	2%
d- Desconozco	3	1%

4- ¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?

a- Si, se claramente en qué consiste	385	66%
b- Conozco, pero no claramente	163	28%
c- Conozco muy poco	29	5%
d- Desconozco	5	1%

5- ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?

a- Será positiva	383	66%
b- Será negativa	95	16%
c- No tiene opinión formada al respecto	104	18%

6- En caso de contestar con las variables “a” o “b” en la pregunta 5, ¿por qué cree que la reforma será positiva/negativa?

7- ¿Usted considera que la actividad en el **campo jurídico** se vincula a otros campos como el **político** o el **económico?** En caso afirmativo, ¿cómo cree que se configura esa vinculación?

Comparación años 2009-2014

¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en Cambio”?

Año	**2009**	2014
a- Si, se claramente en qué consiste	29%	73%
b- Conozco, pero no claramente	48%	24%
c- Conozco muy poco	20%	2%
d- Desconozco	3%	1%

¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?

Año	**2009**	2014
a- Si, se claramente en qué consiste	21%	66%
b- Conozco, pero no claramente	40%	28%
c- Conozco muy poco	35%	5%
d- Desconozco	4%	1%

¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?

Año	**2009**	**2014**
a- Será positiva	39%	66%
b- Será negativa	18%	16%
c- No tiene opinión formada al respecto	43%	18%

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS RONDAS CAMPESINAS DEL PERÚ

Antonio Alfonso Peña Jumpa[1]

Código ORCID: 0000-0003-1571-0139.

apena@pucp.edu.pe

Resumen

El presente es un ensayo que analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que niega la titularidad de la función jurisdiccional especial regulado en el artículo 149º de la Constitución Política del Perú a la Ronda Campesina del caserío Las Malvinas, del Centro Poblado Vista Alegre de Zonanga, distrito y provincia de Jaén, en la región de Cajamarca. Se analizan y reflexionan los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional desde una perspectiva de la sociología y antropología del derecho. Se busca demostrar la hipótesis que considera que el Tribunal Constitucional tiene límites para comprender (interpretar e integrar) la realidad de la diversidad de las Rondas Campesinas en la Constitución Política del Perú.

Palabras claves:

Rondas Campesinas, Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas, Tribunal Constitucional, Justicia Comunal.

[1] Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado, Magister en Ciencias Sociales, *PhD in Laws*. Código ORCID https://orcid.org/0000-0003-1571-0139. Email: apena@pucp.edu.pe

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E AS PATRULHAS CAMPONESAS NO PERU

Resumo

Este é um ensaio que analisa a sentença do Tribunal Constitucional do Peru que nega a titularidade da função jurisdicional especial regulada no artigo 149 da Constituição Política do Peru à Patrulha Camponesa do caserio Las Malvinas, da Vista Alegre de Zonanga Centro Poblado, distrito e província de Jaén, na região de Cajamarca. Os argumentos do acórdão do Tribunal Constitucional são analisados e reflectidos a partir de uma perspetiva da sociologia e da antropologia do direito. Procura-se demonstrar a hipótese que considera que o Tribunal Constitucional tem limites para compreender (interpretar e integrar) da realidade da diversidade das Patrulhas Camponesas na Constituição Política do Peru.

Palavras-chave:

Patrulhas Camponesas, Comunidades Camponesas, Comunidades Nativas, Tribunal Constitucional, Justiça Comunitária.

THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE PEASANT PATROLS OF PERU

Abstract

This is an essay that analyzes the ruling of the Constitutional Court of Peru that denies the ownership of the special jurisdictional function regulated in article 149 of the Political Constitution of Peru to the Peasant Patrol of the Las Malvinas *caserio* (small rural area), of the Vista Alegre de Zonanga *Centro Poblado* (rural village), district and province of Jaén, in the Cajamarca region. The arguments of the judgment of the Constitutional Court are analyzed and reflected from a perspective of the sociology and anthropology of law. It seeks to demonstrate the hypothesis that considers that the Constitutional Court has limits to

understand (to interpret and integrate) the facts of Peasants Patrols diversity in the Political Constitution of Peru.

Keywords:

Peasant Patrols, Peasant Communities, Native Communities, Constitutional Court, Community Based Justicia.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha establecido, a través de una Sentencia del Pleno de sus Magistrados Nro. 468/2020, de fecha 23 de julio de 2020, publicada en noviembre del mismo año,[2] un precedente en el que sustentan que las Rondas Campesinas carecen de facultad jurisdiccional. Esta decisión se fundamenta en la interpretación literal del artículo 149 de la Constitución Política del Perú (CPP) asumida por los miembros del Tribunal Constitucional, lo que, a su vez, ha producido la reacción de las numerosas organizaciones de Rondas campesinas autónomas de la región de Cajamarca y otras regiones del Perú que consideran errada dicha interpretación y su precedente.

En el presente ensayo queremos comentar dicha sentencia y, a su vez, mostrar sus limitaciones. Partimos de la siguiente hipótesis: el Tribunal Constitucional del Perú tiene limitaciones para comprender (interpretar o integrar) la actuación de las diversas Rondas Campesinas de la realidad del país en el contenido del artículo 149º de la Constitución Política del Perú, siendo uno de estos casos la comprensión (interpretación o integración) de la actuación de la Ronda Campesina del caserío de Las Malvinas resuelto en su sentencia Nro. 468/2020, de fecha 23 de julio de 2020.

[2] Ver Tribunal Constitucional del Perú (2020), Sentencia Nro. 468/2020, en línea https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04417-2016-HC.pdf (visitado el 1ro/09/2023)

Para demostrar dicha hipótesis, vamos a presentar en primer lugar los detalles del artículo 149º de la CPP, destacando la experiencia conocida en el Perú de las Rondas Campesinas. Luego citaremos y analizaremos los criterios asumidos en la sentencia por el Tribunal Constitucional en el caso de la Ronda del caserío Las Malvinas, tanto en los hechos como en sus argumentos vinculados a las Comunidades Campesinas y Nativas, y a las propias Rondas Campesinas. Para este trabajo, asumiremos un análisis alternativo, basado en diversas concepciones del derecho, en particular aquellas identificadas como no-clásicas, que resumimos en el análisis socio-antropológico del derecho o de la sociología y antropología del derecho.[3] Al final realizamos un breve balance y conclusión de lo tratado.

Hacemos presente que el análisis que realizamos se basa sólo en el contenido de la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional (sentencia obtenida por 6 votos a favor y uno en contra). A este contenido de la sentencia del pleno se suman 4 fundamentos singulares de 4 magistrados y el voto singular en discordia de una magistrada; estos fundamentos complementarios y en discordia están pendientes de ser analizados en un trabajo posterior.

De otro lado, también hacemos presente que con fecha posterior a la sentencia que es objeto de análisis el Tribunal Constitucional ha emitido nuevas sentencias sobre las Rondas Campesinas en el Perú, sin embargo, ninguna de ellas descarta el contenido del análisis que presentamos. Así, con fecha 21 de enero de 2021, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia Nro. 154/2021, en la que declara infundada una demanda de amparo presentada por las Rondas de Marcapata, provincia de Quispicanchis, región de Cusco. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional aparentemente reconoce, en parte, la realidad de las facultades jurisdiccionales de las Rondas, pero, en su análisis posterior, al negar la autonomía

[3] El análisis socio-antropológico del derecho es una aproximación teórica que une la sociología del derecho y la antropología del derecho. Ambos hacen posible un análisis macro y micro de los problemas jurídicos en un país pluricultural como es el Perú. Para un mayor análisis teórico ver a Weber (2016), Durkheim (2014), Chiba (1987), Griffiths (1986), Merry (1988), entre otros. Para una síntesis del tipo de análisis socio-antropológico del derecho puede verse a Peña (2001).

de las Rondas frente a la jurisdicción de instituciones del Estado prácticamente niega esas facultades jurisdiccionales.

En un sentido semejante, con fecha 16 de febrero de 2021 y fecha 16 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional declaró improcedente dos demandas de Hábeas Corpus, dirigidas contras las Rondas Campesinas, a través de sus sentencias 319/2021 y 84/2023. En ellas el Tribunal Constitucional sentenció a favor de Rondas de Chachapoyas, región de Amazona, y Rondas de Moyobamba, región San Martín, respectivamente, pero a través de fundamentos procedimentales, sin tratar el tema de fondo de sus facultades jurisdiccionales.

A continuación, presentamos el análisis de la sentencia Nro. 468/2020, con un previo marco teórico del artículo 149º de la Constitución Política del Perú, como lo habíamos adelantado.

2. El artículo 149º de la Constitución Política del Perú

El artículo 149º de la CPP regula lo que se ha venido en denominar la "Jurisdicción Especial" o la "Función Jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas". En términos más sencillos, se trata del reconocimiento de la Justicia Comunal o Justicia Indígena en el Perú.[4] El texto del artículo 149º de la CPP es el siguiente:

> *Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas*
>
> *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que*

[4] Este reconocimiento de la justicia comunal o indígena tiene su antecedente en la Constitución Política de Colombia (1991). Posteriormente, las Constituciones de Bolivia (1994 y 2008) y Ecuador (1998 y 2008) tuvieron su propia regulación, para finalmente repetirse en la Constitución Política de Venezuela (1999).

> *no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*

De la lectura de dicha norma, se pueden obtener 6 temas centrales de análisis. Estos temas son los siguientes:

1) La intervención de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas.
2) El "apoyo" de las Rondas Campesinas.
3) El ámbito territorial de la función jurisdiccional.
4) El Derecho Consuetudinario.
5) El límite de los Derechos Fundamentales.
6) Las formas de coordinación con la Justicia de Paz y la Justicia Profesional.

El primer tema, se refiere al rol que cumplen las autoridades de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas. Estas autoridades originarias tienen un reconocimiento especial, históricamente más importante que el de las autoridades del Estado en tanto sus organizaciones sociales precedieron a lo que conocemos como Estado peruano hoy. En este sentido, es importante analizar el artículo citado en forma comparativa con el artículo 89º de la misma Constitución en el que se establece que las Comunidades Campesinas y Nativas cuentan con una propia personería jurídica, con autonomía y con una propia identidad. Conforme a esta última norma, las comunidades campesinas y nativas existen más allá del Estado peruano, lo que nos puede llevar a sustentar que no requieren del reconocimiento del Estado.

El segundo tema trata de las Rondas Campesinas del Perú, cuyo significado está relacionado al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, objeto de nuestro comentario. Las Rondas campesinas son organizaciones sociales rurales que surgieron para hacer frente al abigeato y los robos en general, y cuya característica principal consiste en promover u obligar a todos los pobladores de un lugar determinado (una comunidad, un caserío, un anexo o un centro poblado) en el que se encuentra la Ronda, a integrarse a su respectiva Ronda y a patrullar por su seguridad. Este trabajo se realiza como "apoyo a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas", según la norma constitucional. ¿En qué consiste este apoyo? ¿Cómo podemos definirlo en el contexto peruano? ¿Por qué es o no aplicable en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional? Son preguntas que trataremos de absolver al analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Solo cabe agregar preliminarmente que, en los hechos o en la realidad, se distinguen dos tipos de Rondas Campesinas: las Rondas denominadas "Autónomas" y las Rondas dependientes de las Comunidades Campesinas o de las Comunidades Nativas. Las primeras se encuentran en la región de Cajamarca, particularmente en su zona rural identificado a través de caseríos, anexos o centros poblados (que podemos denominar comunidades campesinas de hecho),[5] y se han extendido al oeste (en la parte andina de las regiones vecinas como Lambayeque y La Libertad) y al este (en la parte alta de la región amazónica de San Martín). Estas Rondas Autónomas tienen su propia organización ronderil de base en cada caserío, anexo o centro poblado, así como su federación distrital o regional que agrupa conjuntos de Rondas de base; ambos con su propia asamblea y directiva.

El segundo tipo de Rondas, aquellas dependientes de las Comunidades Campesinas y Nativas se encuentran mayoritariamente en las regiones del norte, centro y sur del país, tanto en la parte andina como en la amazónica. En las regiones de Piura, Amazonas, Cusco, Puno, y otras que registran numerosas comunidades campesinas y/o nativas, es posible

[5] Ver al respecto la explicación que brinda Peña (2013) al comentar el artículo 89º de la Constitución Política del Perú.

encontrar una sólida organización comunal que incluye a las Rondas Campesinas como una organización complementaria. En este último caso, tanto la organización comunal como la organización ronderil coordinan el cumplimiento de un mismo fin: control de la delincuencia, en particular el abigeato, o la inseguridad en sus respectivas comunidades.[6]

El tercer tema del artículo 149º de la Constitución Política del Perú se refiere al ámbito territorial donde opera o se aplica la justicia comunal o jurisdicción especial de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas que operan con el apoyo de las Rondas Campesinas. En principio, este ámbito territorial se refiere al territorio reconocido a la Comunidad Campesina o Comunidad Nativa respectiva. Sin embargo, dicho territorio no se limita al reconocimiento que formalmente ha otorgado el Estado, tal como lo explicamos en el primer tema, porque las Comunidades gozan de un derecho de personería jurídica e identidad cultural que antecede al mismo Estado. Dicho ámbito se puede extender a otros lugares en los que la Comunidad tenga posesión histórica, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Awas Tingni vs. Nicaragua.[7]

[6] Para una mayor comprensión de las Rondas Campesinas en Cajamarca se puede consultar la investigación de John Gitlitz y Telmo Rojas (1985). Respecto a las Rondas Campesinas en Comunidades Campesinas se puede consultar a Ludwig Huber y Karin Apel (1990). Una investigación reciente sobre Rondas Campesinas puede consultarse en la tesis de María Fernanda Chicoma Bazán (2020).

[7] Ver al respecto el caso Awas Tingni v. Nicaragua. En dicho caso la Corte Interamericana inició una interpretación extensiva del concepto de propiedad privada, en la Convención Americana de los DDHH, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

"148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

"149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (…)."

El cuarto tema comprende el derecho consuetudinario como tipo de derecho que aplican las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas. El derecho consuetudinario consiste en un derecho pragmático que se construye históricamente, a través de la repetición de actos de los miembros de un grupo social, al margen de un reconocimiento del Estado. Si bien este tipo de derecho existe en las Comunidades Campesinas y Nativas, es otro el derecho predominante en la práctica: existe más bien un derecho de diálogo y de acuerdos constantes, dependiendo del tipo de conflicto que se presente en la comunidad. Así, si es un conflicto familiar, corresponde aplicar el diálogo en el proceso de resolución; si es un conflicto comunal, corresponde aplicar decisiones y sanciones definidas normalmente por una asamblea comunal.[8]

El quinto tema se refiere a la preservación de los Derechos Fundamentales como límite en la labor jurisdiccional de las autoridades de las Comunidades Campesinas con el apoyo de las Rondas Campesinas. Los Derechos Fundamentales son aquellos derechos humanos esenciales, reconocidos internacionalmente y a nivel de cada Estado, dentro del propósito de construir una sociedad internacional y nacional equitativa o justa, donde la vida y la dignidad de la persona primen.[9] Sin embargo, el tema conduce por muchos subtemas o aspectos que se prestan a comentario. Alguno de estos subtemas o aspectos por definir consiste en preguntarnos ¿Cuáles son estos Derechos Fundamentales? ¿Quién define el marco de lo equitativo o justo que no afecte la vida y la dignidad de la persona? ¿Son Derechos Fundamentales sólo aquellos que define una norma o establece la autoridad oficial de un gobierno central? ¿Pueden las autoridades de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas definir un propio marco de lo equitativo y justo que no afecte la vida y la dignidad de la persona? ¿Cómo compatibilizar el concepto de los Derechos Fundamentales con el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural regulado en el artículo 2º, inciso 19º, de la misma Constitución Política del Perú? El tema es

[8] Ver al respecto los trabajos realizados con información de campo por el autor (Peña, 1998; 2004; 2006; 2009a). Ver también el trabajo de Ansión Et Al (2017).
[9] Para una mayor definición del concepto de Derechos Fundamentales se puede consultar a Peces-Barba (2004).

controvertido, sin embargo, se puede llegar a consensos a través de un análisis socio-antropológico del Derecho.[10]

El último tema, corresponde a los niveles de coordinación que existen o pueden existir entre las autoridades de esta jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas y la Justicia Profesional, incluida la Justicia de Paz. En la práctica estos dos grupos de autoridades han tenido niveles de coordinación desde años pasados, pero sin un efectivo orden de reciprocidad: las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas y las propias Rondas Campesinas han ayudado en su labor jurisdiccional a la magistratura profesional, pero sin recibir el mismo apoyo en su labor jurisdiccional comunal de estos magistrados o de las instituciones del Estado en general. Al respecto, se han presentado numerosos proyectos de ley para regular estos niveles de coordinación jurisdiccional, sin embargo, a la fecha no ha sido posible. La coordinación no es sencilla al tratarse de serios problemas en la interpretación de normas o patrones culturales, sobre todo cuando las autoridades comunales asumen conflictos que, en la perspectiva de la magistratura profesional o de las autoridades del Estado, se entienden como violatorios de los Derechos Fundamentales según se puede comprender del tema anterior.[11]

Con esta explicación previa del contenido del artículo 149º de la CPP podemos pasar a recoger la información y argumentos del TC sobre el tema de nuestra hipótesis.

3. El caso bajo análisis de la sentencia número 468/2020 del pleno del Tribunal Constitucional

[10] Ver al respecto los numerosos trabajos que se han presentado para tratar de plantear y aclarar el tema. Al respecto se puede consultar a Eberhard (2002), Calvo (2002), Peña (2002 y 2009b).
[11] Ver al respecto el Proyecto de Ley 773/2016-CR (2016), del Congreso de la República del Perú, entre otros.

El origen de la sentencia Nro. 468/2020 del Tribunal Constitucional (TC) corresponde a un caso de Hábeas Corpus iniciado en la región de La Libertad, y que llega como impugnación en la forma de agravio constitucional al TC. El conflicto se suscita como consecuencia de la detención de una persona que realiza la Ronda Campesina del Caserío denominado Las Malvinas, en el Centro Poblado de Vista Alegre de Zonanga, en el distrito y provincia de Jaén, en la región de Cajamarca, al norte del Perú. Los hechos ocurren a fines del mes de febrero del año 2016, cuando la Ronda Campesina mencionada, que podemos identificar como del tipo Autónoma (Ronda Campesina Autónoma), detiene a José Santos Castillo Fernández. Como efecto de ello, el detenido José Castillo presenta, a través de un familiar, la demanda de Hábeas Corpus cuestionando la arbitrariedad del actuar de la Ronda, a través de su presidente Sr. Adelino Barturén Romero, según sintetiza el mismo TC:

> *"Con fecha 26 de febrero de 2016, doña Orfelinda Castillo Fernández interpone demanda de hábeas corpus a favor de don José Santos Castillo Fernández y la dirige contra don Adelino Barturén Romero en su condición de presidente de la Ronda Campesina del caserío Las Malvinas (centro poblado Vista Alegre de Zonanga, distrito y provincia de Jaén); y contra los que resulten responsables (directivos y ronderos) de la Ronda campesina del caserío mencionado. Alega la vulneración de los derechos a la libertad personal y libre tránsito del favorecido.*
>
> *"Solicita que se ordene a los demandados que cumplan con devolver de inmediato la libertad al favorecido, quien ha sido detenido el día 25 de febrero de 2016 a las 22:00 sin motivo ni justificación alguna." (Sentencia TC, pág. 2)*

La señora recurrente de la demanda de Hábeas Corpus cuestiona la legitimidad de la detención de parte de la Ronda Campesina toda vez que se carece de mandato judicial. Ella señala a su vez que el detenido habría sufrido maltrato físico durante la noche de su detención. En los mismos hechos del caso, la demandante explica la posible razón del actuar de la Ronda Campesina: por la supuesta pérdida de tres bombas de fumigación a mochilas, según cita el propio TC:

> *"La recurrente sostiene que el presidente, directivos e integrantes de la Ronda Campesina del caserío Las Malvinas han dispuesto de manera indebida la privación de la libertad ambulatoria del favorecido, sin que exista justificación, menos mandato judicial; que el favorecido ha sido sometido a maltratos físicos durante la noche, los cuales han sido comunicados vía telefónica en horas de la mañana del 26 de febrero de 2016 a su hermano don Elder Castillo Fernández.*
>
> *"Alega que el motivo para detener al favorecido ha sido que, el 2015, en su condición de presidente del Comité de Productores de Café, recibió de parte del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) tres bombas de fumigación a mochilas, las cuales debían ser usadas por los productores de café, y que su hermano distribuyó. La recurrente afirma también que, en la fecha de la interposición de la demanda, las mochilas de fumigación fueron devueltas a Senasa; sin embargo, los ronderos denunciados no creen ello y piensan que el favorecido se ha quedado con éstas." (Sentencia, pág. 2 y 3)*

Si bien no son claros los argumentos de la defensa de la Ronda Campesina, los hechos se pueden comprender del propio resumen citado: la persona detenida tenía antecedentes de apropiación ilícita de bienes que no le pertenecían (eran de propiedad del Estado), como se explica más adelante, y en concepción de los miembros de la Ronda debía aplicarse alguna forma de sanción. Estos hechos se van construyendo también a partir de la propia declaración del señor José Santos Castillo Fernández que presta ante el Juzgado, luego de ser liberado. Así:

> *"[…] don José Santos Castillo Fernández, quien refirió que […] fue invitado a participar en una reunión comunal el día 25 de febrero de 2016 donde los comuneros le requirieron las tres mochilas para fumigación otorgadas a su persona por Senasa; que el demandado le refirió que era un moroso y no participaba en las reuniones de la comunidad y consultó a la asamblea si se le dejaba ir o se le sancionaba, a lo que la asamblea, a mano alzada, votó por que*

> *se le sancione. Desde ese momento quedó detenido. Añade que hicieron que realice ejercicios físicos en un colegio durante la noche y la madrugada; que lo obligaron a trabajar en el precitado colegio; que le dieron permiso para que vaya a la casa de su hermano a bañarse y luego regrese a realizar los mismos trabajos, y que estuvo vigilado en todo momento por personal ronderil, hasta el momento en que llegó el personal del juzgado y se procedió a liberarlo [el día 26 de febrero de 2016].” (Sentencia TC, pág. 3)*

Tras los hechos se comprueba que la detención del Sr. José Castillo Fernández fue solo de un día y que el acuerdo de la Ronda Campesina demandada o denunciada fue de sancionarlo. Las causas de su detención no son solo por la supuesta pérdida de instrumentos de fumigación, sino por sus antecedentes de ser una persona morosa respecto a los acuerdos de la asamblea comunal y no participar en las reuniones de la Comunidad o la Ronda Campesina.

Más adelante, estos hechos son confirmados y ampliados por el dirigente rondero denunciado, Sr. Adelino Barturén Romero, quien agrega que la persona que fue detenida, el Sr. José Santos Castillo Fernández, tenía otros antecedentes adicionales: sustracción de cables, tubos y un generador de la municipalidad; y que su detención se produjo por acuerdo de la Asamblea después que ésta comprobara su comportamiento cuando se le increpó por la sustracción de 8 mochilas de fumigación, de los que debía 3 y solo devolvió 2, estando uno pendiente (Sentencia TC página 4).

Bajo estos hechos, el Tribunal Constitucional comienza a delimitar los puntos controvertidos y luego presenta sus argumentos. No niega el acuerdo de la Ronda Campesina y la aplicación de su derecho “consuetudinario” que se integra a la propia Ronda Campesina a través de su asamblea comunal, como si fuera el de una Comunidad Campesina o Nativa.

El Tribunal Constitucional también comprueba el resultado de las instancias judiciales previas que juzgaron el caso. En primera instancia se declara fundada la demanda o denuncia de Hábeas Corpus contra la Ronda Campesina del Caserío Las Malvinas, por comprobarse la detención arbitraria del Sr. José Santos Castillo Fernández. En segunda instancia la sentencia apelada fue revocada, fundamentándose que la Ronda Campesina actuó en "el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y no fue arbitraria [la detención que realizó]." (sentencia pág. 4)

4. Argumentos del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas.

Los magistrados firmantes de la Sentencia del Pleno del TC analizan el caso de las Rondas Campesinas a partir de precedentes previamente establecidos por el mismo Tribunal Constitucional. Inician su análisis recurriendo a un precedente establecido en un caso del año 2013, en el que delimitan la competencia de la jurisdicción especial de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas o de la justicia comunal, particularmente en asuntos del derecho penal, en los que se pueden afectar los derechos fundamentales.

En dicho precedente el Tribunal Constitucional argumenta de manera general que se respeta la jurisdicción especial de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, porque así lo establece la Constitución y el ordenamiento jurídico del Estado (incluido el Convenio 169 de la OIT y el propio Código Penal en su artículo 18º)[12], pero sobre todo porque no es posible abarcar "lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede llegar a suponer" (argumento 22 del Expediente 07009-2013-PHC/TC)[13]. Luego, el mismo Tribunal Constitucional argumenta de manera especial la

[12] La Constitución Política del Perú, regula esta facultad en su artículo 149º como hemos comentado. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT (1989), regula la función jurisdiccional de los pueblos originarios en sus artículos 9 y 10. El artículo 18º del Código Penal de Perú confirma la autonomía de la jurisdicción especial de las Comunidades.

[13] Citado en página 6 de la sentencia objeto de análisis.

limitación de los derechos fundamentales en dicha jurisdicción de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas: confirma que dicho ejercicio reconocido en las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas "no debe vulnerar los derechos fundamentales" (argumento 9 del mismo expediente citado).

El Tribunal Constitucional peruano se respalda también en las normas del Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para confirmar esta posición. De acuerdo con el artículo 9.1. del Convenio 169 de la OIT los Pueblos Indígenas u Originarios, entre los que se encuentran nuestras Comunidades Campesinas y Nativas, pueden reprimir sus propios delitos (derecho penal) siempre que "sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".[14]

En un segundo momento y continuando con el análisis previo, pero ahora aplicado al caso de la Ronda Campesina demandada o denunciada, el pleno del Tribunal Constitucional suma dos argumentos más sobre el tema jurisdiccional especial de las comunidades campesinas y nativas en materia penal:

> *"8. (…) el hecho de que se acepte como perfectamente legítima la opción de una justicia comunal de tipo penal, no significa tampoco, como algunos erróneamente creen, que nuestro ordenamiento jurídico pretenda auspiciar una renuncia total a las potestades punitivas que tiene el Estado en relación con los delitos cuando de comunidades campesinas o nativas se trata.*
>
> *"9. En efecto, lo primero que debe recordarse es que no existen cláusulas constitucionales absolutas. Que el artículo 149 de la Constitución reconozca la jurisdicción comunal, no significa que esta última sustituya o reemplace a la justicia ordinaria. El vocablo "pueden", utilizado por el citado dispositivo para*

[14] Al respecto se puede consultar el Convenio 169 de la OIT (1989), vigente para el Perú desde 1995. Confrontar en particular los artículos 5, 8 y 9 del Convenio.

> *hacer referencia a las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, es aquí especialmente significativo. Si la intención de la norma constitucional hubiese sido la de darle a la justicia comunal un rol sustitutivo de la justicia ordinaria, el citado término estaría demás, debiéndose haber optado por el de "deben". (Sentencia, páginas 6 y 7).*

Conforme a estos nuevos argumentos, el Tribunal Constitucional ratifica el límite de los derechos fundamentales al ejercicio de la función jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas y Nativas. Pero también resalta una apreciación de unidad y exclusividad del derecho o el sistema jurídico, en materia penal, a favor de los órganos oficiales del Estado (argumento 8). Según se puede leer del argumento, las autoridades oficiales del Estado son las que tienen la prioridad en el ejercicio de las potestades punitivas; de ninguna manera lo podrían tener las autoridades de las Comunidades Campesinas o Nativas.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional argumenta que, en un análisis lingüístico del artículo 149º de la Constitución Política, la función jurisdiccional de las autoridades de las Comunidades Campesinas o Nativas no puede sustituir o reemplazar a la función jurisdiccional de las autoridades ordinarias del Estado. Según analizan, el verbo "pueden" en el contenido del artículo 149º de la Constitución Política no significa exclusividad o un rol sustituto de la función jurisdiccional ordinaria; si esto hubiere sido lo deseado por el poder constituyente, el artículo 149º de la Constitución Política del Estado se hubiere regulado bajo el verbo "deben", lo que no ha ocurrido.

En suma, el Tribunal Constitucional asume una interpretación restrictiva del artículo 149º de la Constitución Política del Perú: argumenta que de ninguna manera las autoridades de las Comunidades Campesinas o Nativas tienen facultades jurisdiccionales exclusivas en materia penal (y, probablemente, en todo tipo de materia); contrariamente, las autoridades

ordinarias del Estado que ejercen funciones jurisdiccionales sí tendrían exclusividad en materia penal (y, probablemente, en todo tipo de materia).

Esta es una apreciación de unidad y exclusividad del Estado, que aparentemente sigue la idea de un sistema jurídico sin contradicción en el territorio del país. En la realidad, sin embargo, tiene muchas limitaciones. Confirman una perspectiva clásica del derecho, donde destaca la concepción positivista en sus diversas escuelas, sin aceptar otra manera de pensar el derecho y, sobre todo, sin aceptar los cambios que el mismo positivismo ha experimentado en las últimas décadas.[15]

Desde una perspectiva socio-antropológico jurídico, el tema objeto de análisis, puede ser visto de otra manera. No se trata de un problema de unidad y exclusividad solo a favor de las autoridades del gobierno central, sino también de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas que también se integran al Estado. De acuerdo con ello, podemos sustentar lo siguiente:

1. El tema de la jurisdicción especial de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas no es un tema de legitimidad, sino de realidad.

2. La Constitución Política del Perú, como un conjunto normativo supremo o como un derecho supremo, no puede regular los problemas o dificultades que ofrece la realidad de un país en forma absoluta. La presencia de las Comunidades Campesinas y Nativas en el territorio que identificamos como Perú, fue antes de que existiera el Estado que conocemos hoy. Cuando llegaron los conquistadores europeos e iniciaron la imposición de un derecho diferente (el derecho europeo), 500 años atrás, se inició un

[15] Una apreciación de las diversas escuelas del positivismo jurídico puede consultarse en Bobbio (1995), o en Hernández Gil (1945). Una apreciación reciente del positivismo, identificado como postpositivismo, se puede leer en Robert Alexy (1997), Manuel Atienza (2006) y en Josep Aguiló (2007).

conflicto entre sistemas de derechos, que a la fecha no se resuelve. Esta situación es la que busca regular en parte el artículo 149º de la Constitución Política del Perú, pero con muchas limitaciones y dudas. Por esto último, su interpretación no puede ser la de una norma absoluta o cerrada. De ahí que no se puede regular con cláusulas absolutas el tema de la función jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú.

3. El uso del vocablo "pueden" en el artículo 149º de la Constitución Política del Perú, confirma que no nos encontramos frente a una norma absoluta y menos restrictiva. La función jurisdiccional de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas es facultativa, y así lo hacen en la práctica. Hay comunidades que recurren a la justicia ordinaria o profesional cuando así lo consideran (sobre todo cuando tienen recepción en las autoridades ordinarias del gobierno central), pero hay otras que prefieren resolver sus conflictos internos e intercomunales con su propia organización social y política.[16]

Tras los argumentos citados, se puede entender que el Tribunal Constitucional quiere confirmar la existencia de un ordenamiento jurídico en el que existe solo una manera de pensar el derecho y, en particular, una sola manera de reflexionar los derechos fundamentales. Es una perspectiva mono-jurídica propia de un derecho común canónico del siglo V o propia de un derecho único codificado para la república del siglo XVIII y XIX en la historia europea. Olvidan los miembros del Tribunal Constitucional los cambios ocurridos en el mismo derecho europeo actual, donde la idea de república ha cedido a una unión de Estados y donde la idea del estado de bienestar es prioridad.

[16] Ver al respecto numerosos trabajos que se han publicado a la fecha y que muestran esta justicia particular de las comunidades en el Perú y Latinoamérica. Un ejemplo de ello es el trabajo de Justicia Comunal en los Andes, el caso de la comunidad campesina de Calahuyo (Peña, 1998). Ver también a Hans Jurgen Brandt en su obra sobre Justicia Popular; Comunidades Campesinas y Nativas (1986).

5. Focalizando el problema de las rondas campesinas

El tema central del proceso constitucional bajo análisis es el de las Rondas Campesinas. Sin embargo, el tema previo de los límites de la función jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas resulta prioritario. El Tribunal Constitucional analiza la situación de las Rondas Campesinas en forma complementaria al tema anterior, adoptando igualmente una interpretación restrictiva del artículo 149º de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, la descripción de los argumentos del Tribunal Constitucional que aparecen en los párrafos 15 y 16 de la sentencia, nos ayuda a comprender su posición:

> *"15. Si bien, la justicia comunal puede avocarse al conocimiento de una multiplicidad de asuntos de la vida comunal, e incluso dentro de estos algunos de índole penal, conviene precisar, conforme a lo expresado en los considerandos precedentes, que solo tienen la atribución de ejercer dicha jurisdicción las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, otorgándose a las rondas campesinas un rol subsidiario, de apoyo a las autoridades comunales en el ejercicio de la jurisdicción comunal.*
>
> *"16. Ahora bien, las rondas campesinas, en tanto forma autónoma y democrática de la organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado y apoyar el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas; por ejemplo, en la solución de conflictos, realizando funciones de conciliación extrajudicial conforme a ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial (cfr. Artículo 1 de la Ley de Rondas Campesinas, Ley 27908)." (Sentencia, pág. 8).*

Conforme a los argumentos citados, el Tribunal Constitucional considera que las Rondas Campesinas tienen "un rol subsidiario, de apoyo a las autoridades comunales en el ejercicio de la jurisdicción comunal". Aquí no distingue entre Rondas Campesinas autónomas y Rondas Campesinas que complementan el trabajo de una Comunidad (como hemos definido al inicio); lo que nos lleva a afirmar que hacia ambos tipos de Rondas Campesinas dirige sus argumentos. Esto significa, según el Tribunal Constitucional, que las autoridades de la Rondas Campesinas (sean parte de una Comunidad Campesina o Nativa, o sean Autónomas) no podrían ser protagonistas del ejercicio de una función jurisdiccional especial, como sí lo pueden ejercer las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (argumentos del párrafo 15).

De otro lado, el mismo Tribunal Constitucional considera que ese rol subsidiario comentado anteriormente puede ejercerse conforme lo regula la Ley N°. 27908: esto es, ser interlocutores con el Estado y apoyar en la solución de conflictos realizando "conciliaciones" y "funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial" (Argumentos del párrafo 16). En este último párrafo el Tribunal Constitucional sí destaca al tipo de Rondas Campesinas autónomas (propias de la región de Cajamarca donde se encuentra la Ronda objeto del caso).

Nuevamente, tras estos argumentos, el Tribunal Constitucional analiza el artículo 149º de la Constitución Política del Perú bajo una concepción positivista o mono-jurídica. La interpretación restrictiva parte del contenido literal o lingüístico de la norma constitucional: las Rondas Campesinas sólo intervienen como "apoyo" de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas. Sin embargo, la realidad del contenido y la situación de las Rondas Campesinas nos puede conducir a otra interpretación que muy bien puede ser tenida en cuenta.

Siguiendo una concepción alternativa, como el de la sociología y antropología del derecho que anteriormente citamos, podemos destacar los siguientes hechos que se vinculan más con las Rondas Campesinas.

1. La distinción entre Rondas Campesinas autónomas y aquellas que se encuentran en la organización de una Comunidad Campesina o Nativa, define el rol que les corresponde a cada Ronda. En el caso del tipo de estas últimas Rondas Campesinas, que se encuentran en la organización de una Comunidad Campesina o Nativa, no habría inconveniente en seguir la interpretación literal y restrictiva asumida por el Tribunal Constitucional. En tal caso, las autoridades de las Comunidades Campesinas o Nativas tienen las facultades jurisdiccionales propias y sus Rondas Campesinas en efecto las complementan. Sin embargo, es otra la situación de las Rondas Campesinas denominadas Autónomas.

2. Las Rondas Campesinas Autónomas operan en un contexto de necesidad en donde complementan el trabajo de Comunidades Campesinas o Nativas que identificamos de hecho o como no-reconocidas o no-registradas. Estas son Comunidades que formalmente no tienen un reconocimiento o un registro de tales pero que son semejantes históricamente, por su espacio social y su identidad propia, a las Comunidades Campesinas o Nativas que sí pueden estar reconocidas y registradas. Estas Comunidades Campesinas o Nativas de hecho son aquellos denominados caseríos, anexos o centros poblados en los que las Rondas Campesinas autónomas operan.[17]

[17] Los caseríos, los anexos y los centros poblados son localidades rurales, identificados en general como área rural, zona rural, centros poblados o comunidades rurales. Una definición muy próxima para fines estadísticos aparece registrado en el glosario del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (Ver INEI, 2017), cuando define Centro Poblado Rural: "Centro poblado rural.- Se tienen 2 tipos de centros poblados rurales.- a) El centro poblado rural con 500 a menos de 2 mil habitantes, sus viviendas generalmente están agrupadas en forma contigua formando manzanas y calles. b) El centro poblado rural, aldea, campamento, unidad agropecuaria, etc. con menos de 500 habitantes, una de sus principales características es que tiene sus viviendas dispersas. Las categorías de centro poblado rural son.- pueblos, anexo, caserío, comunidad" (INEI, 2017, p. 263).

3. En los caseríos, anexos o centros poblados el rol de las autoridades comunales se fusiona con el de las Rondas Campesinas. Las autoridades de las Rondas Campesinas complementan o suplen a las autoridades de la organización del caserío, anexo o centro poblado. De ahí que el rol de las Rondas Campesinas Autónomas pueda asemejarse al de las Rondas Campesinas que son parte de una organización comunal o de una Comunidad Campesina o Nativa.

4. Pero la Ronda Campesina Autónoma puede ir más allá que la ronda que depende de una Comunidad cuando no existen autoridades en su caserío, centro poblado o anexo o cuando las autoridades de éstos están de acuerdo en que la ronda asuma dicha función. Dada la necesidad de la población del caserío, del centro poblado o del anexo donde se ubica o emerge la Ronda Autónoma, frente al abigeato o la inseguridad que sufren, el rol de las Rondas Campesinas se constituye en principal (con mayor razón si las autoridades del Estado se encuentran ausentes). Esta situación o necesidad real lleva a la Ronda Autónoma a realizar una labor jurisdiccional plena como si fuere una Comunidad Campesina o Nativa, siempre que su caserío, centro poblado o anexo lo acepte, como en efecto ocurre en regiones como Cajamarca. Entonces, las autoridades de la Ronda Autónoma se constituyen en los hechos en las autoridades del caserío, del centro poblado o del anexo, como si fueran de una Comunidad Campesina o Nativa, siguiendo el contenido regulado en el artículo 149º de la Constitución Política del Perú.

En suma, las Rondas Campesinas siempre pueden intervenir en la función jurisdiccional propia de las Comunidades Campesinas o Nativas, conforme lo regula el artículo 149º de la Constitución Política del Perú. Si la Ronda Campesina es del tipo de Ronda que es parte de una Comunidad Campesina o Nativa, su función jurisdiccional se ejerce en

En general, los caseríos, anexos y centros poblados se integran por conjunto de campesinos que tienen propias parcelas de tierra o actividades económicas de ganadería en el lugar. Se conocen e identifican históricamente, como si fueran Comunidades Campesinas o Comunidades Nativas, aunque nunca han recibido la denominación de Comunidad Campesina o el de Comunidad Nativa.

forma complementaria bajo la dirección de las autoridades de la Comunidad respectiva. Si la Ronda Campesina es del tipo de Ronda Autónoma, su función jurisdiccional se recoge del caserío, anexo o centro poblado al que pertenece y pasa a ejercerse con el consentimiento de su población. En este último caso se fusiona el cargo de las autoridades de la Ronda Campesina y del caserío, anexo, centro poblado o comunidad de hecho, siendo legítimo el ejercicio de su función jurisdiccional de acuerdo con el artículo 149º de la Constitución Política del Perú.

6. Balance y conclusiones

El Tribunal Constitucional al analizar el caso de la Ronda Campesina del caserío Las Malvinas (del Centro Poblado Vista Alegre de Zonanga, distrito y provincia de Jaén, en Cajamarca), a través del Hábeas Corpus interpuesto por doña Orfelinda Castillo Fernández, a favor de su hermano José Santos Castillo Fernández, sigue una interpretación restrictiva y lingüísticamente literal del artículo 149º de la Constitución Política del Perú. Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye que la intervención de la Ronda Campesina del caserío Las Malvinas "fue arbitraria [….], pues, conforme a los fundamentos supra, la Constitución reconoce como únicos titulares de la jurisdicción comunal a las Comunidades Campesinas y Nativas, no a las Rondas Campesinas" (párrafo 22 de la sentencia analizada), y falla ordenando que "la parte emplazada no vuelva a incurrir en los mismos actos que motivaron la interposición de la demanda" (Sentencia del pleno, parte final).

Este resultado, y los aspectos de análisis previo, nos lleva a sustentar la demostración de nuestra hipótesis: el Tribunal Constitucional del Perú tiene limitaciones para interpretar o integrar la actuación de las Rondas Campesinas en el contenido del artículo 149º de la Constitución Política del Perú. Estas limitaciones de parte del Tribunal Constitucional las hemos visto en el caso de la Ronda Campesina de Las Malvinas, de Jaén, región de Cajamarca, porque responde al tipo de Ronda Autónoma. El Tribunal Constitucional no acepta que la Ronda Campesina Autónoma intervenga en la función jurisdiccional, salvo se

trate de una intervención con funciones específicas como el de celebrar conciliaciones extrajudiciales o desempeñar labores de seguridad y paz comunal, conforme se encuentra regulado en la Ley N° 27908.

En forma contraria, siguiendo el análisis socio-antropológico del derecho sobre los hechos referidos en la sentencia y sobre las situaciones y necesidades de la población de los caseríos, centros poblados y anexos identificada con las Rondas Campesinas Autónomas, el contenido del artículo 149 de la Constitución Política del Perú se puede aplicar a su favor, para asumir una función jurisdiccional plena en forma semejante a como si fuere una Comunidad Campesina o Nativa.

.

De acuerdo con este análisis interdisciplinario y la realidad del país, dado el caso concreto de la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de análisis, resulta necesario asumir una interpretación amplia (no restrictiva) del artículo 149º de la Constitución Política y, de ser necesario, un proceso de construcción de conceptos o de integración jurídica que lleve a comprender la real situación de la Ronda Campesina identificada como Autónoma.

Tras esta interpretación extensa y la integración de los hechos del caso es posible sustentar que las Rondas Campesinas de tipo Autónoma, como es el caso de la Ronda Campesina del Caserío Las Malvinas, también pueden intervenir con facultades jurisdiccionales en la resolución de conflictos que ocurran o se les someta en su caserío. La necesidad que sufre el pueblo del caserío, anexo o centro poblado que hemos identificado como Comunidad Campesina o Nativa no-registrada (formalmente) o existente de hecho, así como el consentimiento de este pueblo, constituyen requisitos que orientan la intervención de la Ronda Campesina como una alternativa que fusiona el cargo de autoridad del caserío, anexo o centro poblado con el de la Ronda propiamente, haciendo posible su titularidad en la facultad jurisdiccional especial que regula el artículo 149º de la Constitución Política del Perú.

7. Bibliografía.

Aguiló Regla, Josep. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 30, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 665-675

Alexy, Robert. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción del Alemán, de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales. 346 pp.

Ansión, J., Peña A., Rivera M. y Villacorta A. (2017). *Justicia intercultural y Bienestar Emocional: restableciendo vínculos*. Lima: PUCP, 339 p.

Atienza, Manuel. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona, España: Ariel. 320 pp.

Bobbio, Norberto, (1995). Jusnaturalismo y positivismo jurídico. En *El problema del positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara, 4ta. edición, 67-90 pp.

Calvo García, M., Ed., (2002). *Identidad Cultural y Derechos Humanos*. Madrid: International institute for Sociology of Law and Dykinson.

Chiba, M. (1987). Three dichotomies of law in pluralism. In *Tokai Law Review*, Tokio, Nº1.

Chicoma Bazán, María Fernanda (2020). *El actuar de la jurisdicción especial de las rondas campesinas del caserío Campo Alegre en el distrito de Namora y su apreciación del concepto de dignidad que regula la constitución política del Perú, en su artículo 1ero*. Lima, PUCP, Tesis de Maestría en Derechos Humanos, 324 pp.

Congreso de la República del Perú (2016). Proyecto de ley Nro. 773/2016-CR ,presentado con fecha 14 de diciembre de 2016. En línea:

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0077320161214...pdf (visitado el 1ro/09/2023)

Constitución Política de Bolivia [Cons]. Art. 191º, 192º, 193º. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 246º. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Ecuador [Const]. Art. 83º y 84º, Art. 191º. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).

Constitución Política del Perú [Const]. Art. 149º, Art. 2º, inciso 19. 1ro. enero de 1994 (Perú).

Constitución Política de Venezuela [Const]. Art. 121º, Art. 260º. 20 de diciembre de 1999 (Venezuela).

CONVENIO 169 de la Organización Internacional del Trabajo [Convenio 169]. Artículos 5, 8 y 9. Junio de 1989 (Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo)

Durkheim, E. (2014). *La División del Trabajo Social*. Buenos Aires: Ediciones LEA. Primera edición en francés 1983.

Eberhard, Christoph, (2002). Derechos humanos y diálogo intercultural. En Calvo, M., Ed., 2002. *Identidad Cultural y Derechos Humanos*. Madrid: International institute for Sociology of Law and Dykinson.

Gitlitz, John S, y Telmo Rojas (1985): Las rondas campesinas en Cajamarca – Perú. *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales* (16) (Ejemplar dedicado a: Apuntes 16), 115-141.

Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? En Revista *Legal Pluralism and Unofficial* L. 1.

Hernández-Gil, A. (1945). *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*. Madrid: Rev. Derecho Privado, 399 pp.

Huber, Ludwig y Karin Apel (1990). Comunidades y rondas campesinas en Piura. *Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos*, (19), Nro. 1, pp. 165-182.

INEI, Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Glosario de Términos de *Censos nacionales 2017: XXII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima, INEI. En línea: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1383/anexo02.pdf (visitado 30-09-2021).

Merry, S. (1988). Legal Pluralism. En: *Law and Society Review*. Vol 22. Nro. 05, 1988

Peces-Barba, G. (2004): *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, 365 pp.

Peña Jumpa, A. (1998). *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: PUCP, 389 p.

Peña Jumpa, A. (2001). Un análisis socio-antropológico del derecho para el Perú. *BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero*, (28) 433-456.

Peña Jumpa, A. (2002). Límites a la concepción universal de los derechos humanos en sociedades pluriculturales: el caso de los Aymaras del Sur Andino. En Calvo, M., Ed., 2002. *Identidad Cultural y Derechos Humanos*. Madrid: International institute for Sociology of Law and Dykinson.

Peña Jumpa, A. (2004). *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Toteria y Liga Agraria de Huancané*. Bogotá: ILSA, 345 p.

Peña Jumpa, A. (2006). *Communitarian Law and Justice based on People's Identity: The Aymara experienc*e. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven. Ph.D. in Laws.

Peña Jumpa, A. (2009a). *Multiculturalidad y Constitución. El caso de la Justicia Comunal en las Comunidades Aguarunas del Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Peña Jumpa, A. (2009b). Derechos fundamentales y justicia comunal: la aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú. *Ius Et Veritas* (39), 276-285.

Peña Jumpa, A. (2013). Las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución Política del Perú: Un Análisis Exegético del Artículo 89º de la Constitución. Revista *Derecho y Sociedad*, (40), 195-206.

Proyecto de Ley 773/2016-CR (2016). Ley de Desarrollo del Artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que regula la coordinación Intercultural de la Justicia. Lima, Congreso de la República.

Tribunal Constitucional del Perú (2020). Sentencia Nro. 468/2020, de fecha 23 de julio de 2020. En línea: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04417-2016-HC.pdf (visitado el 1ro/09/2023)

Tribunal Constitucional del Perú (2021). Sentencia Nro. 154/2021, de fecha 21 de enero de 2021. En línea: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03158-2018-AA.pdf (visitado el 1ro/09/2023)

Tribunal Constitucional del Perú (2021). Sentencia Nro. 319/2021, de fecha 16 de febrero de 2021. En línea: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02407-2019-HC.pdf (visitado el 1ro/09/2023).

Tribunal Constitucional del Perú (2023). Sentencia Nro. 84/2023, de fecha 16 de febrero de 2023. En línea: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00134-2022-HC.pdf (visitado el 1ro/09/2023).

Weber, M. (2016). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de cultura Económica. 1452 pp. Primera edición en alemán 1922.

POLÍTICAS ECONÓMICAS DE ESTADO: EL LUGAR DEL DERECHO EN LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA SUBNACIONAL ARGENTINA 2001 - 2010

Alejandro Gabriel Manzo[1]

Código ORCID 0000-0002-9512-0798

alemanzo@unc.edu.ar

Resumen

Los ciudadanos demandan instituciones fuertes y estables, algo que no ha sido la regla en la historia económica argentina. Al calor de la crisis de 2001 se activó en el país un complejo proceso de reestructuración de la deuda subnacional que se alejó de esta tendencia. En su marco, casi 100 jurisdicciones renegociaron sus deudas con miles de acreedores. Su arquitectura financiera fue utilizada por cuatro presidentes y complementada con una serie de reformas de fondo con vocación de perdurar en el tiempo. Todos ellos recurrieron a normas jurídicas para delinear sus principales aspectos. Este artículo procura reconstruir esta política de desendeudamiento, prestando especial atención a las cualidades y al rol que asumió en ella el Derecho. A estos efectos, pone en práctica una perspectiva teórica novedosa que se ordena en torno al nexo entre Derecho y efectividad. Se argumenta que la estabilidad de este proceso no emergió de un consenso originario sino que, por el contrario, fue el resultado de una cadena dinámica de equilibrios y rupturas que no anularon más que superficialmente los antagonismos del campo político argentino. En este proceso el Derecho no logró institucionalizarse, restándole desde allí posibilidades de cumplir con sus objetivos más estructurales.

[1] Investigador Adjunto de CONICET en el Instituto de Estudios sobre Derecho, Justicia y Sociedad (IDEJUS) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina.

Palabras claves: deudas subnacionales, reestructuración, instituciones, políticas de Estado, estado de excepción.

POLÍTICAS ECONÔMICAS DE ESTADO: O PLACE DO DIREITO NA REESTRUTURAÇÃO DA DÍVIDA SUBNATIONAL ARGENTINA 2001 - 2010

Resumo

Os cidadãos exigem instituições fortes e estáveis, algo que não foi regra na história econômica argentina. No calor da crise de 2001, um complexo processo de reestruturação da dívida subnacional foi ativado no país que se apartou dessa tendência. No seu marco, quase 100 jurisdições renegociaram as suas dívidas com milhares de credores. Sua arquitetura financeira foi utilizada por quatro presidentes e complementada por uma série de reformas de fundo destinadas a perdurar no tempo. Todos eles recorreram a normas legais para delinear seus principais aspectos. Este artigo procura reconstituir esta política de des-endividamento, prestando especial atenção às qualidades e ao papel que o Direito nela assumiu. A etos efeitos, põe em prática uma nova perspectiva teórica que se ordena em torno do vínculo entre Direito e efetividade. Argumenta-se que a estabilidade desse processo não surgiu de um consenso original, mas, ao contrário, foi o resultado de uma cadeia dinâmica de equilíbrios e rupturas que apenas superficialmente anulou os antagonismos do campo político argentino. Nesse processo, o Direito não conseguiu institucionalizar-se, reduzindo suas possibilidades de cumprir com seus objetivos mais estruturais.

Palavras-chave: dívidas subnacionais, reestruturação, instituições, políticas do Estado, estado de exceção.

STATE ECONOMIC POLICIES: THE PLACE OF LAW IN THE RESTRUCTURING OF THE ARGENTINIAN SUBNATIONAL DEBT 2001 - 2010

Abstract

Citizens demand strong and stable institutions, something that has not been the rule in Argentine economic history. In the events of the 2001 crisis, a complex process of subnational debt restructuring was activated in the country, which moved away from this trend. In its context, almost 100 jurisdictions renegotiated their debts with thousands of creditors. Its financial architecture was used by four presidents and complemented by a series of fundamental reforms constructed to last over time. All presidents drew to juridical norms to outline their main aspects. The article seeks to reconstruct this policy of debt relief, paying special attention to the qualities and role that Law assumed in it. For these purposes, the paper puts into practice a novel theoretical perspective ordered around the link between Law and effectiveness. It is argued that the stability of this process did not emerge from an original consensus but, on the contrary, was the result of a dynamic chain of balances and ruptures that only superficially annulled the antagonisms of the Argentine political field. In this process, the Law failed to become institutionalized, reducing its possibilities of fulfilling more structural objectives.

Keywords: subnational debts, restructuring, institutions, State policies, state of exception.

I- Introducción

Desde fines de 1990, los estudios enclavados en el ámbito subsoberano cobraron renovado impulso. La globalización fue acompañada de procesos de urbanización y desnacionalización que desviaron a las ciencias sociales de su arraigada tradición Estado-nación céntrica (Beck, 1998). En Argentina, los programas de descentralización otorgaron a

las provincias un peso económico y político creciente que se vio reflejado en la proliferación de investigaciones destinadas a abordarlas (Barros, 2016:80; Gantus, 2016:203).

Sus nuevas responsabilidades fueron seguidas en estos años por modificaciones en la composición y formas de administración de sus cuentas públicas y, en particular, en sus fuentes de financiamiento (Cosentino et. al, 2017; Centrángolo y Gatto, 2003). Para principios de 1990 el grueso del financiamiento subnacional provenía del ámbito local –en particular, de la banca pública–, mientras que a finales de esta década las provincias emitían bonos en los mercados financieros globales y accedían a créditos directos de la banca privada multinacional y de las instituciones financieras internacionales (Liendo, 2010; Álvarez et. al, 2015).

En este proceso de transformación, el gobierno nacional aumentó sus capacidades de control sobre la gestión del endeudamiento subnacional. En efecto, durante el régimen de convertibilidad (1991-2001), la Nación dictó un conjunto de resoluciones por medio de las cuales operacionalizó una serie de nuevas facultades de «supervización», «coordinación» y «aprobación» del acceso al crédito por parte de las provincias y municipios argentinos (Manzo, 2022; Consentino, et. al, 2017).

Sin embargo, este nuevo plexo normativo no logró evitar que a fines de 1990 estos Estados ingresaran en un acelerado ciclo de sobre-endeudamiento. Con ello, para el momento del estallido de la crisis de 2001, el peso de su deuda pública alcanzó su máximo histórico y muchas de las jurisdicciones subnacionales carecieron de los recursos necesarios para afrontarla (Morales, 2022).

Se inició así un complejo proceso dirigido a reestructurar las condiciones de pago originariamente pactadas. De esta reestructuración participaron 18 provincias y 77 municipios que renegociaron –en conjunto– deudas por una cuantía superior a los 12.000 millones de dólares (Manzo, 2022:226).

Se trató de un proceso cuyo andamiaje financiero fue construido en el tiempo inmediatamente anterior a la crisis del 2001 y reflotado, en sucesivas instancias, luego de su estallido hasta el año 2010. Se está en presencia así de un andamiaje que cortó transversalmente el mandato de cuatro presidentes (De La Rua, Duhalde, Kirchner y Fernández de Kirchner), convirtiéndose en el pilar de una serie de programas de desendeudamiento de los Estados subnacionales argentinos (Duarte, 2006).

Considerando que este andamiaje se exteriorizó de principio a fin a través de normas jurídicas, cabe aquí preguntarse: ¿Qué cualidades y roles asumió el Derecho en este proceso? Y más específicamente ¿Cómo contribuyó a estabilizarlo en el tiempo?

Los trabajos de la literatura especializada que analizan la dimensión institucional del endeudamiento provincial se ordenan en torno a la noción de «eficiencia». Básicamente, estudian las distintas reglas fiscales que regulan esta clase de endeudamiento en un territorio dado –usualmente las clasifican y comparan con las de otros territorios– con el fin de mostrar sus virtudes y limitaciones a la hora de alcanzar determinados objetivos macroeconómicos (Álvarez, et. al, 2015; Liendo, 2010; Consentino et. al., 2017; Melamud, 2009).

Este artículo procura cambiar el eje del debate, sustituyendo la noción de eficiencia por la de «efectividad» y, al hacerlo, pasar de una perspectiva centrada en «cuál es la mejor regla», a una con centro en «cómo y porqué determinadas reglas favorecen o minan la institucionalización de las políticas públicas económicas»; es decir, cómo coadyuvan o socavan la construcción de «políticas económicas de Estado» (Guiliany y Zabala 2008; Guardamagna y Cueto, 2013).

Esta modificación tiene sentido desde el momento en que se piensa aquí que la institucionalización de una política, como la analizada, con vocación de estabilizar a las deudas públicas dentro de un sendero continuo de sustentabilidad es central para el desarrollo de nuestras sociedades y, en particular, para la plena vigencia de los Derechos Humanos de los sectores sociales más vulnerables (Bohoslavsky, 2019).

De allí que, este trabajo pretenda reconstruir empíricamente el aludido proceso de reestructuración dando cuenta de las cualidades y el lugar que las autoridades que lo promovieron le asignaron al Derecho. A estos efectos, toma como fuente primaria de datos las normas jurídicas que lo exteriorizaron e información estadística pertinente del Ministerio de Economía de la Nación (MECON).

El artículo se divide en tres partes. En la primera, introduce las herramientas teóricas-conceptuales que lo guían, presentando un enfoque de análisis que procura superar las limitaciones de los abordajes jurídicos-formales de las políticas de Estado sin incurrir en aquellas otras que se desprenden de los estudios que restan al Derecho cualquier autonomía. En la segunda, reconstruye el proceso de reestructuración señalado. Finalmente, analiza las cualidades que asumió el Derecho y el rol que desempeñó en su estabilización durante el período 2001-2015.

El artículo muestra que la efectividad de esta política de desendeudamiento fue posible, precisamente y en buena medida, por su continuidad durante cuatro mandatos presidenciales. A diferencia de lo que postulan las perspectivas jurídicas-formales, argumenta que esta estabilidad no emergió de un consenso originario que se mantuvo inalterado a lo largo de todos estos años sino que, por el contrario, fue el resultado de una cadena dinámica de equilibrios y rupturas que no anularon más que superficialmente el conflicto entre las posiciones antagónicas que estructuran la política en Argentina. En este proceso el Derecho sólo contribuyó secundariamente a su estabilidad y no logró institucionalizarse, restándole desde allí posibilidades de cumplir con sus objetivos más profundos.

II- Las instituciones en la Economía: las funciones del Derecho en la construcción y estabilización de la política económica.

Las corrientes económicas liberales carecen desde sus orígenes de una teoría del Estado y, desde allí, han relegado históricamente a las instituciones a un lugar secundario en sus estudios (Foucault, 2007; Polanyi, 1989). Se trata de una aserción que hunde sus raíces en sus propios presupuestos. En efecto, el individualismo metodológico, dominante en estas corrientes desde la revolución marginalista del siglo XIX, diluye cualquier dimensión agregada de análisis a sus fundamentos micro, de tal forma que, las instituciones –como entidad autónoma de análisis– desaparecen como tales (March y Olsen, 1993; Domínguez Martin, 2019).

Consecuentemente, en el marco de estas corrientes, el abordaje de las instituciones quedó en manos de investigaciones jurídicas-formales.[2] Como bien explica Mendíaz (2007:5), en estas investigaciones, ahora encuadradas bajo el título de «viejo institucionalismo», primaba el análisis de los detalles que configuraban las diferentes estructuras administrativas vinculadas al Estado. Se trataba de trabajos dogmáticos y poco comparativos, en los que el nexo entre estas estructuras y la Sociedad aparecía especialmente invisibilizado (Friendland y Alford, 1999).

Para la década de 1980, los promotores de estas corrientes –en sus versiones «neo»– se vieron en el apuro de tener que desmantelar el Estado de Bienestar sin contar con una teoría que explicase la naturaleza y el funcionamiento del Estado (Sousa Santos, 2003). Paradójicamente, resolvieron este dilema no a partir de la construcción de una teoría semejante sino, por el contrario, de la exportación de los presupuestos de la economía ortodoxa al campo del análisis del Estado con las denominadas escuelas del «*rational choice*» y de la «elección pública» (Powell y Dimaggio, 1999; Romero, 1999).

[2] Nos referimos aquí a las corrientes liberales ortodoxas. Claro está, en el campo heterodoxo, las instituciones adquirían otra visibilidad como, por ejemplo, en el caso del institucionalismo económico de Veblen (Domínguez Martin, 2019a).

Este panorama cambió a finales de 1990 con la crisis del consenso de Washington y, en consecuencia, de la utopía de un orden global enteramente gobernado por el Mercado (De Angelis, 2003). En este contexto, las instituciones económicas cobraron trascendencia a partir de un doble movimiento interrelacionado. Por un lado, en las posiciones dominantes del campo económico, aparecieron nuevas corrientes de pensamiento que les asignaron un lugar destacado (North, 1990)[3] y se admitieron insumos provenientes de las ciencias políticas (Boughton, 2001).[4]

Por otro lado, las propias ciencias políticas trajeron de «vuelta al Estado» (Sckopol, 1990). Las corrientes liberales desplazaron los análisis de la política en clave de *homo aeconomicus* con la emergencia de los «nuevos institucionalismos» (Powell y Dimaggio, 1999; Romero, 1999) y las críticas hicieron lo propio con el «marxismo instrumentalista», pensando al Estado como una dimensión relativamente autónoma de las fuerzas sociales (Poulantzas, 1998; Sckopol, 1990).

Por uno y otro camino, desde entonces, las instituciones adquieren renovada atención en el abordaje de la política económica (Mendíaz, 2007). Pensadores de izquierda y de derecha afirman que éstas constituyen un elemento central para el desarrollo de nuestras sociedades (Castellani y Sowter; 2016: 62). En la agenda pública priman los discursos que demandan no sólo mejores instituciones económicas sino también más estables; discursos que demandan «políticas económicas de Estado» (Guardamagna y Cueto, 2013: 61).

La palabra «institución» se piensa aquí en su acepción sociológica, que difiere de la meramente formal prevaleciente en el mundo jurídico. Las instituciones son algo distinto de los institutos normativizados en el papel y existen como tales, si y sólo si se reproducen a través de las prácticas concretas de los agentes sociales. Las instituciones suponen marcos estandarizados de acción y comprensión del mundo que, en su dimensión externa, constriñen

[3] El neo-institucionalismo económico de North fue aceptado en el *mainstream* económico porque, a diferencia del sociológico y del histórico, no rompe con el *rational choice* (Mendiaz, 2007:17).
[4] Tal vez el ejemplo más claro de la admisión de estos insumos se encuentre en los discursos de la «gobernanza» que inundaron por entonces los debates del FMI y del BM (De Angelis, 2003).

el comportamiento de estos agentes y, en su dimensión interna, son actuados por ellos de manera rutinaria (Mendíaz, 2007:35).[5]

Las instituciones así entendidas pueden o no estar relacionadas con el Derecho escrito y pueden estarlo de distintas maneras. En efecto, puede darse el caso en que las instituciones sociales existan enteramente al margen de las normas jurídicas y también aquél, en el que estándolo en un primer momento se normativicen a partir de su reconocimiento jurídico. Incluso, puede darse el proceso inverso, que es el que aquí nos interesa. Es decir, puede darse aquel supuesto en el que lo prescripto en una norma se vuelva cuerpo/mente en el comportamiento de los ciudadanos y, consecuentemente, se institucionalice en el sentido sociológico del término.

A *priori* las normas jurídicas tienen vocación de hacerlo. Esto es, tienen vocación de que su espíritu se reproduzca en el tiempo en prácticas rutinizadas de los agentes sociales. Cuando ello acontece, el Derecho escrito en el papel adquiere plena vigencia en la Sociedad y los mandatos de la autoridad política se auto-cumplen sin necesidad del ejercicio de la fuerza física o de otros tipos de coacción (Weber, 1991).

En el caso concreto nos interesa analizar si las normas que cristalizaron la política de desendeudamiento se institucionalizaron en las prácticas de los funcionarios públicos. Estas normas persiguieron tres niveles de objetivos diferentes; buscaban: en lo superficial, reducir el peso de la deuda subnacional para jalar la economía fuera de la situación de emergencia en la que se encontraba; en un plano más profundo, alcanzar un nivel de endeudamiento en el que las provincias contaran con los recursos suficientes para cumplir con sus compromisos financieros sin mayores esfuerzos; finalmente, a escala estructural, evitar que se generaran

[5] La palabra rutinaria aquí es clave (Friendland y Alford, 1999:303). En un extremo de la academia, aparecen las corrientes economicistas de la acción en las que las normas se cumplen o no según un cálculo racional y en el otro, las culturalistas en la que los sujetos las actúan de manera automática. El *habitus* de Bourdieu (1993) y la de *reflexividad* de Giddens (1999) –por nombrar dos autores de peso en el campo– rompen con esta dicotomía a partir de un entendimiento de la acción en términos de una razón o consciencia práctica.

nuevos ciclos de sobreendeudamiento que pusieran en jaque su sustentabilidad (Manzo, 2022).

Estos tres niveles de objetivos requerían plazos de maduración diferente –si se quiere, de corto, mediano y largo plazo– y, consecuentemente, de la estabilidad de esta política en el tiempo. De cumplirse en su totalidad, ésta habría dejado de ser una «política de gobierno» para pasar a ser una «política de Estado» (Guiliany y Zabala 2008; Guardamagna y Cueto, 2013).

Éstas últimas configuran la expresión más acaba de la utopía liberal de configurar un orden social consensual regulado por normas; una sociedad pacífica y armoniosa en donde los conflictos puedan ser anulados por una racionalidad formal universal y un acuerdo abstracto de valores comunes a todos sus miembros (Sousa Santos, 2003; Mouffe, 2002).

En su concepción más aceptada, las políticas de Estado: a) constituyen la manifestación más significativa de la capacidad de conducción de un Estado; b) emergen de un acuerdo general sobre un plan estratégico central para su desarrollo; c) encarnan valores nucleares de la Sociedad y buscan resolver sus problemas estructurales; d) se sostienen en el tiempo más allá del color político-ideológico de un gobierno dado (Guiliany y Zabala 2008; Guardamagna y Cueto, 2013).

Partiendo desde una episteme bourdieuana, este artículo procura disputar esta conceptualización en dos aspectos. En primer lugar, en su carácter «prospectivo»; esto es, disputar la idea de que emerge desde un plan originario que se desenvuelve en el tiempo de forma más o menos lineal, unilateral e inmutable (Guardamagna y Cueto, 2013:76). Bajo esta conceptualización subyace la concepción evolutiva de la Modernidad, que se retroalimenta con la cualidades de externalidad, neutralidad y objetividad asignadas en ella al Derecho (Bourdieu, 2001; García Villegas, 2014).

En segundo lugar, en su carácter «consensual» (Guardamagna y Cueto, 2013:76). Una vez instauradas las políticas de Estado, en esta conceptualización, el conflicto se entiende

como ya superado. El propio acuerdo originario se piensa en términos culturales y construido sobre la base de un orden constituido a partir de la sumatoria de un conjunto de partes interdependientes, capaces de tender por sí mismas al equilibrio (Mouffe, 2002; Martínez y Cássia, 2014). El Derecho coadyuva a reforzar este imaginario al ser pensado en términos universales, fruto de un sistema jurídico cerrado, complejo y autorreferente que se reproduce al margen de los intereses de la política y la economía (Bourdieu, 2001).

Desde la perspectiva aquí seguida esta conceptualización desconoce el carácter ontológicamente conflictual de la Sociedad (Bourdieu, 2001). La política en particular *es*, en sí misma, un campo de disputas antagónicas (Mouffe, 2002; Martínez y Cássia, 2014). Esta aseveración no implica desconocer la posibilidad de alcanzar acuerdos políticos, sino que, por el contrario, busca exhibir que estos acuerdos son el resultado de una hegemonía siempre precaria y en disputa (Guardamagna y Cueto, 2013).

Desde allí que, las políticas de Estado se entiendan en este trabajo siempre como procesos dinámicos, sin un propósito teleológico establecido de antemano, de una vez y para siempre (Guardamagna y Cueto, 2013). El propio Derecho que las exterioriza es capaz de adquirir aquí significados diversos, fruto de las posiciones en lucha que procuran imponer su visión como la legítima (Bourdieu, 2001; Morea, 2020).

III- El proceso de reestructuración de la deuda de los Estados subnacionales en Argentina 2001-2010.

Superada la crisis tequila, la economía de las jurisdicciones subnacionales en Argentina parecía estabilizada. En efecto, para 1997 las provincias exhibían equilibrio fiscal y sus deudas representaban en términos de recaudación la mitad que la deuda nacional (Cetrángolo y Gatto, 2003; Liendo, 2010).

En los años subsiguientes este escenario cambió. Una serie de *shocks* externos golpearon el régimen de convertibilidad imperante y hacia mediados de 1998 la economía nacional ingresó en una recesión de la que no se recuperará hasta cuatro años después.

En este marco, el gobierno central comenzó a autorizar un creciente endeudamiento de las provincias para afrontar los requerimientos de dólares que este régimen exigía, en un contexto de acelerada fuga de divisas.

Con ello, el stock de deuda provincial –que entre 1996 y 1997 había disminuido cerca de un 15%–, se multiplicó por dos veces y media entre 1997 y 2001, pasando de representar del 4% al 11,2% del PBI (ver tabla y gráfico N° 1).

Tabla N° 1: Stock de deuda provincial años 1996/2001

En millones de pesos

Año	Total sin deuda flotante
1996	13.921,465
1997	11.802,259
1998	13.164,151
1999	16.565,323
2000	21.347,636
2001	29.970,577

Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON

La naturaleza de esta deuda afectaba el normal desenvolvimiento de la economía argentina considerada como un todo, puesto que devengaba intereses usurarios –de más del 20% en 2001– e incluía plazos de devolución inusualmente cortos (Álvarez et. al, 2005:16; Liendo, 2010:11).

Bajo esta dinámica, el endeudamiento subnacional operaba como una suerte de bola de nieve, demandando cada vez mayores divisas para afrontarla; divisas que, precisamente, escaseaban y huían por entonces del mercado argentino.

De allí que, las autoridades nacionales hayan decidido asistirlas financieramente.[6] Esta asistencia se operacionalizó a través de un mecanismo *sui generis* –la emisión de Letras que en la práctica operan como «cuasi-monedas»– que buscaba evitar que las provincias contrajesen más préstamos inconvenientes, sin recurrir a la emisión monetaria prohibida por ley de convertibilidad (Decreto 1004/01).

Complementariamente, en noviembre de 2001, la Nación y las provincias suscribieron un acuerdo dirigido a profundizar el ajuste fiscal exigido por el FMI (Takagi, 2004:91). Este acuerdo –conocido bajo el nombre de Segunda Adenda al Compromiso Federal– habilitó la reestructuración objeto de estudio.[7]

En efecto, su artículo 7° prescribe que las provincias podrían encomendar a la Nación la renegociación de sus deudas, siempre que ellas, una vez que éstas fuesen reestructuradas, garantizase su pago a partir de sus recursos coparticipados. Asimismo, la Nación aceptaba dichas deudas –a través del denominado «Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial» (FFDP)[8]– a condición de que las provincias se comprometieron a no aumentar sus gastos primarios ni a asumir nuevo endeudamiento (art. 7, Adenda).

Esta Adenda venía en realidad a refrendar lo prescripto días atrás por el Decreto N° 1378/01. En virtud de éste, las provincias interesadas en participar en el canje debían delegar a la Nación sus deudas para la reestructuración a partir de la suscripción de convenios individuales estandarizados por Resolución N° 774/01 del MECON.

[6] Esta asistencia se efectuó en el marco de la política de «déficit cero», ley Nº 25.453, que se trasladó al ámbito subnacional con la suscripción de un pacto de gobernabilidad en julio de 2001 (ver Decreto 1387/01).
[7] El Compromiso Federal fue un pacto fiscal firmado por las provincias y la Nación el 17 de noviembre de 2000 y refrendado por la ley 25.400. El 10 de enero de 2001 se le había efectuado una primera adenda; la segunda, puede verse en el Anexo III del Decreto 1387/01.
[8] El FFDP había surgido en 1995 con el objeto de asistir a las provincias en la privatización de sus bancos públicos y, luego, había adquirido diferentes funciones (Decreto 286/95; FFDP, 2010).

Claro está, la operatoria se perfeccionaba sólo si los acreedores voluntariamente aceptaban los nuevos títulos (Decreto 1378/01 y 1584/01). A fin de expresar su aceptación, ellos debían presentar los títulos originales de sus acreencias en las entidades financieras designadas por el BCRA y aguardar al control de los mismos por parte de las autoridades pertinentes (art. 7, Resolución 744).

Los primeros días de diciembre de 2001, los acreedores interesados en el canje efectivamente comenzaron a efectuar tal presentación. Sin embargo, por entonces la situación del país se deterioraba rápidamente. El 1° de ese mes se instauró el denominado «corralito bancario» y cinco días después el FMI anunció que retiraba su apoyo al país (Takagi, 2004). Las autoridades nacionales procuraron evitarlo y, sin conseguirlo, renunciaron a sus cargos.

El proceso de reestructuración iniciado, consecuentemente, quedó trunco. Los acreedores se quedaron así sin los títulos originales de sus acreencias, que se mantuvieron bajo el resguardo de la Caja de Valores hasta nuevo aviso (Liendo, 2010).

Tras el estallido de la crisis, Argentina declaró el *default* de su deuda pública nacional. En las provincias, la suerte de los acreedores fue dispar. Mendoza y Buenos Aires cayeron en cesación de pagos,[9] mientras que el resto activó negociaciones con ellos tendientes a conseguir una serie de concesiones informales que les posibilitará cumplimentar con el cronograma de pagos, en la esperanza que se reactivará el canje abortado.

Estas esperanzas se sustentaban en los movimientos políticos de principios de 2002. En el marco de la emergencia declarada por ley N° 25.651, el nuevo gobierno nacional convocó a los gobernadores provinciales con el objeto de afianzar su débil gobernabilidad.

El Pacto que surgió de dicha convocatoria marcó un hito en la estabilización del país. Esto es así, porque la totalidad de las provincias más CABA brindaron su apoyo a un conjunto

[9] Ver Consentino, et. al (2017:6).

de reglas-marco que posibilitaron encauzar la relación federal fiscal durante la crisis y sentó el compromiso para avanzar hacia reformas más profundas.[10]

De igual modo, el Pacto formalizó la voluntad de las partes de reactivar la reestructuración suspendida. Su art. 8, en términos semejantes a los del acuerdo de fines de 2001, advirtió que las provincias podrían traspasar sus deudas a la Nación para su renegociación, garantizando su pago y aceptando el monitoreo de sus cuentas. Su art. 9, por su parte, fijó el compromiso de las jurisdicciones provinciales de bajar el déficit fiscal y, al mismo tiempo, de abstenerse de emitir nueva deuda.

Ahora bien, este Pacto también prescribió que las acreencias que ingresaron al canje se pesificaran. La citada ley N° 25.561 había puesto fin al plan de convertibilidad (art. 2) y sus decretos reglamentarios N° 71/02, 214/02, 410/02 y 477/02 había pesificado diferentes tipos de obligaciones dinerarias a distintos valores, en un régimen que se conoció como de «pesificación asimétrica».

Las dudas sobre cómo se realizaría la pesificación en el canje y sobre el resto de las condiciones que asumiría, se despejaron con la emisión del Decreto N° 1579/02 y su Resolución reglamentaria N° 539/02 de agosto y octubre de ese año, respectivamente.

La oferta de canje se dirigía a reestructurar la deuda provincial tanto en moneda y Ley local como extranjera (art. 1, Resolución 539/02). Correspondía al MECON decidir cuál era en concreto la deuda elegible para la operación. A tal fin, éste enumeró uno por uno los títulos públicos elegibles por cada provincia e incluyó a los préstamos con entidades bancarias y financieras por medio de una fórmula genérica (Resoluciones 774/01 y 809/01, y Decreto 1579/02).

Asimismo, las provincias podrían encomendar a la Nación la incorporación de otras deudas, garantizando la totalidad de su pago (art. 12, Decreto 1579/02); prescripción que

[10] El Pacto fue suscrito el 27 de febrero de 2002 y ratificado por la ley N° 25.570.

apuntaba, en particular, a incluir la deuda de sus municipios (inc. "i", Anexo I, Resolución 539/02).

Al igual que en 2001, los acreedores interesados en participar debían presentar sus títulos en las entidades financieras designadas. Finalizado el plazo a estos efectos, por resolución oficial, el MECON haría público el listado de deudas aceptadas, que se canjearían por los nuevos títulos (Resolución 539/02).

Estos nuevos títulos serían emitidos por el FFDP, con quien las provincias quedaban en adelante obligadas. Como su pago estaba garantizado con recursos provinciales coparticipados y, subsidiariamente, nacionales, dichos títulos fueron conocidos como «BOGAR» («Bonos Garantizados»; art. 3 y 5 Decreto 1579/02).

Aquellos acreedores que ya hubiesen presentado sus títulos antes del estallido de la crisis, podrían optar por retirarlos de la Caja de Valores o sumarse a la nueva operatoria (art. 2 Decreto 1579/02). Esta opción tenía sentido desde el momento en que las condiciones de la nueva oferta habían variado con respecto a las del canje abortado.

El gobierno nacional les exigía ahora a los acreedores mayores concesiones para afrontar la crisis. Aquellos que aceptasen la oferta verían nacionalizarse sus acreencias tanto en términos de moneda como de legislación aplicable (mientras que antes conservarán la moneda y legislación originaria), percibirán una tasa de interés anual fija del 2% (antes del 7%) y su capital se pagaría en 156 cuotas desde el año 2005 (antes el plazo de gracia era de dos años). Los BOGAR, consecuentemente, tendrían un plazo de duración de 16 años y su valor se pesificará a 1,4 y actualizará a partir del coeficiente CER (art. 3, Decreto 1579/02).

El período para aceptar estas condiciones se abrió en octubre de 2002. El 11 y el 16 de diciembre por Resoluciones N° 742 y 765, respectivamente, el MECON oficializó las acreencias aceptadas.

En el proceso participaron 18 Provincias, logrando reestructurar 9.646 de los 10.865 millones de dólares en éste involucrados; es decir, logrando reestructurar el 88,79% de la deuda a la que se dirigió.[11]

La asunción de un nuevo gobierno nacional, en mayo de 2003, no implicó la discontinuidad del proceso. Por el contrario, a dos meses de asumido, éste decidió la apertura de un nuevo canje en las mismas condiciones señaladas, fundamentalmente, para incorporar deudas municipales (Resolución MECON N° 150/03). Esta operatoria se instrumentaliza en septiembre y la aceptación de las ofertas presentadas se oficializó dos meses después (Resoluciones MECON N° 272/03 y 633/03).

Otro tanto aconteció con los programas de saneamiento financiero subnacional complementarios de la reestructuración; el denominado programa de «financiamiento ordenado» (PFO) y el de «unificación monetaria» (PUM).

A través del PFO –que se mantuvo vigente desde 2002 a 2004– la Nación otorgó a las provincias financiamiento en condiciones ventajosas para atender los servicios de las deudas contraídas, a cambio de una serie de condicionalidades, que incluían límites al endeudamiento (Decreto 2263/02, 297/03 y 1274/03). El PUM, por su parte, se dirigió en 2003 a rescatar las cuasimonedas emitidas a través de títulos emitidos por el Estado nacional cuyo pago recae sobre las provincias participantes (Decreto 743/03 y ley 25.736).

La continuidad entre el gobierno saliente y el entrante se manifestó, asimismo, en el «Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal» (ley N° 25.917 de 2004); régimen que había sido previsto en el Acuerdo de 2002 que reabrió el canje analizado.

Si bien este régimen no cumplimentaba con su objetivo de máxima –sancionar un sistema de coparticipación–, si lo hacía sobre el contenido de muchos de los aspectos

[11] A fin de presentar estas cifras, transformamos los montos presentados en pesos por Álvarez et al. (2015:17) a una tasa de cambio de un dólar/dos pesos (valor a febrero de 2002). Las cifras son coincidentes con las exhibidas por Damill-Frenkel-Rapetti (2005:36).

propuestos en el referido Acuerdo.[12] En su núcleo se encontraba un conjunto de reglas fiscales orientadas a una administración financiera ordenada, transparente y coordinada entre los distintos niveles de la relación federal (Melamud, 2009; Álvarez et. al, 2015).

En lo atinente al endeudamiento, la Ley N° 25.917 estableció límites cuantitativos a la toma de deuda por parte de las provincias argentinas (art. 21), la prohibición de que dicha toma se efectuase para financiar gastos corrientes (art. 12), un procedimiento para el control del nivel de endeudamiento subnacional (art. 25), la previsión de programas nacionales de asistencia financiera (art. 26) y, finalmente, la conformación de un organismo encargado de vigilar el cumplimiento de lo regulado: el «Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal» (art. 27-30).

Durante los años subsiguientes, el andamiaje institucional del Decreto 1579/02 continúo siendo utilizado; en particular, para renegociar la propia deuda del FFDP e incorporar otras deudas municipales y provinciales que no habían ingresado en las operatorias anteriores (Decreto, 977/05; FFDP, 2010).[13]

El peso de estos nuevos procedimientos puede visualizarse observando que, entre fines de 2003 y de 2008 –cuando ya había asumido un nuevo gobierno–, el saldo bruto de BOGAR emitidos ascendió desde los 9.678 millones de dólares a los 12.159 millones; es decir, aumentó un 25% desde que se había cerrado el último canje general de septiembre de 2003 (MECON, 2003; 2008).

El proceso culminó, en términos de innovaciones institucionales, en 2010 con el lanzamiento del denominado «Programa Federal de Desendeudamiento de las Provincias Argentinas» (Decreto 660/10 y Resolución MECON 346/10). Este Programa tuvo por objeto

[12] En particular avanzaba sobre lo prescripto en los inc. “a”, “c”, “d” y “h” del art. 7 del Acuerdo, a donde remitimos (ver ley 25.570).

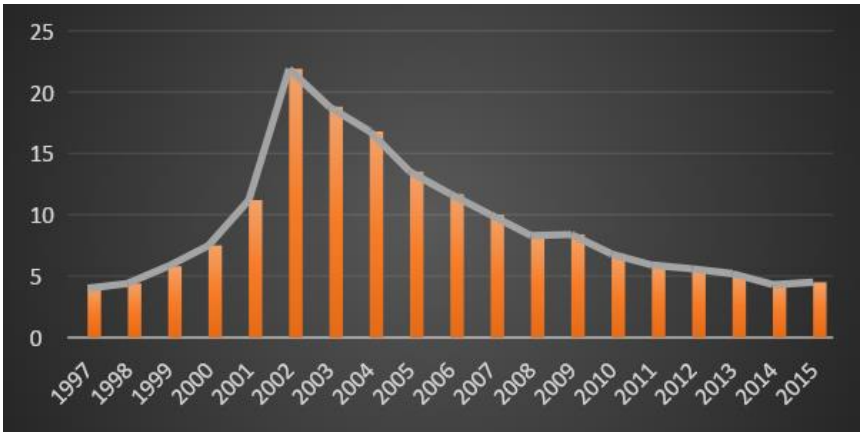
[13] No se trató de una nueva operatoria general sino de operatorias parciales efectuadas a nivel de provincias particulares que renegociaban sus deudas en uso del andamiaje descrito (Duarte, 2006:4).

reestructurar la deuda que las provincias habían contraído con la Nación a lo largo de todo el proceso estudiado.

Esta reestructuración se dividió en dos momentos. En primer lugar, se recortó el *stock* de las deudas provinciales existentes a partir de los recursos puestos a disposición por la Nación a estos efectos del denominado «Fondo de Aportes del Tesoro Nacional». En segundo lugar, se reestructuró el monto remanente: a) ampliando los plazos de pago de la deuda provincial desde el año 2018 hasta el 2030; b) fijando una tasa de interés anual fija del 6% y anulando el coeficiente de actualización CER; c) concediendo un plazo de gracia de aproximadamente dos años para pagar la primer cuota del capital e intereses de estas deudas reestructuradas (art. 4 y cc., Decreto 660/10).

Gráfico N° 1: stock de la deuda provincial como porcentaje del PBI.

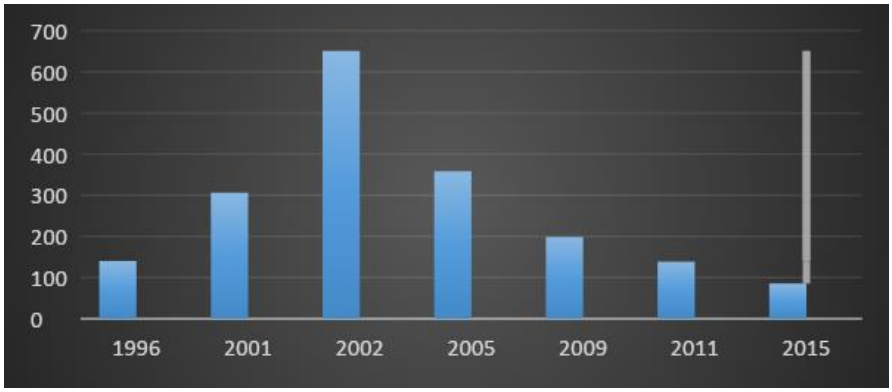
Años 1997 y 2015



Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON.

Gráfico N° 2: significación del stock de la deuda provincial en términos de ITOP

Años seleccionados, entre 1996 y 2015



Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON.

El estallido de la crisis del 2001 impactó fuertemente sobre las cuentas de los Estados subnacionales. Durante el año 2002, el peso del *stock* de la deuda provincial alcanzó su máximo histórico, llegando su valor a representar el 21,9% del PBI y 6.5 veces el total de los «Ingresos Tributarios de Origen Provincial» (ITOP) (gráficos N° 1 y 2).

Desde entonces se produjo un marcado proceso de desendeudamiento, en el que contribuyeron las políticas estudiadas. Para mediados del año 2006 el *stock* de sus deudas en términos de PBI había bajado a la mitad de su máximo histórico y para 2015 su significación era casi cinco veces inferior. En términos de sus ingresos este proceso fue aún más marcado, llegando este último año a representar el 85,54% de sus ITOS; es decir, un valor 7.6 veces más bajo que el de 2002 e, incluso inferior, al de 1996 (gráficos N° 1 y 2).

IV- El papel del Derecho en el proceso de reestructuración subnacional 2001-2010.

A fin de instrumentalizar el proceso estudiado las autoridades pertinentes recurrieron de principio a fin a normas jurídicas. A partir de ellas, en el presente título, abordamos las cualidades y el rol que asumió en este proceso el Derecho.

Primero, presentamos aquellos aspectos de esta dimensión que contribuyeron a estabilizar y, luego, nos focalizamos en aquellos otros que *a priori* socavan la posibilidad de que éste cumpliese con sus objetivos de más largo plazo.

IV.1- Contribuciones del Derecho a la organización, operacionalización y cristalización del canje subnacional.

El canje subnacional analizado fue un proceso internacional. Si bien éste se dirigió a reestructurar tanto deuda interna como externa, al no distinguir entre una y otra, su dinámica necesariamente debió respetar la forma y lógica que asumen estos fenómenos en el ámbito global.

En este ámbito, no existe una ley de quiebras internacional o semejante que ordene estos eventos. Sin embargo, desde 1970, el FMI emerge como su coordinador habitual y, desde este rol, fija una serie de reglas *soft law* que dan vida a lo que se conoce como el «régimen internacional de reestructuraciones de Deudas Soberanas» (REDs).[14]

A fines de 1990 este régimen se encontraba en crisis. Los gobiernos de los países centrales –principales accionistas del Fondo– discutían la cuantía y efectividad de sus rescates financieros a países emergentes en crisis y solicitaron un mayor involucramiento del sector privado.

Fruto de estas discusiones, a principios de los 2000, se efectuaron una serie de modificaciones en los marcos de financiamiento del FMI que en esencia limitaban dichos rescates, ampliando consecuentemente el posible universo de casos de reestructuraciones. Ante esta nueva realidad, estos gobiernos difundieron por entonces un conjunto de cláusulas contractuales estandarizadas con reglas específicas para mejorar la sustanciación de estos eventos.

[14] A fin de profundizar sobre el contenido de éste y los dos párrafos subsiguientes remitimos a Manzo (2020).

Dichas cláusulas no existían al momento de la crisis argentina de 2001, lo que influyó decisivamente sobre las cualidades y dinámica que asumió el canje estudiado. En estos eventos, en el ámbito internacional, suelen intervenir tres agentes: el Estado deudor, sus acreedores y la comunidad internacional. En el caso concreto, el Derecho ordenó la interacción entre estos agentes en función de los siguientes cuatro elementos.

En primer lugar, la referida carencia de una ley de quiebras internacional se tradujo en la participación/no participación de la comunidad internacional en el proceso abordado. A diferencia de lo que acontece en el ámbito interno, en donde los concursos preventivos o las quiebras se sustancian necesariamente frente a un tercero –los tribunales especializados a estos efectos–, en este ámbito la comunidad internacional puede o no hacerse presente.

De allí que, en el canje estudiado, el FMI –como representante de dicha comunidad– haya intervenido en el proceso antes de la crisis de 2001, pero no así en su etapa posterior, en la que su relación con el país adquirió un carácter crecientemente conflictivo. Formalmente, esta intervención se selló a través de la suscripción de un Acuerdo *stand by* con las autoridades nacionales en marzo de 2000 (Takagi, 2004).

Hasta su tercera revisión, en mayo de 2001, el Fondo consideraba a la deuda argentina como sustentable y no exigía su reestructuración. A partir de ella, esto cambió. En dicha revisión sus condicionalidades incorporan la necesidad de realizar un "canje voluntario y en condiciones de mercado" (Takagi, 2004:85); canje que, paradójicamente, considerando la preocupación creciente de las autoridades sobre las cuentas provinciales, no incluyó las deudas subnacionales.[15]

Algo que sí aconteció en la revisión subsiguiente de agosto de 2001, en la que un porcentaje relevante de la asistencia financiera del FMI se otorgaría a condición de alcanzar

[15] La 3° revisión del Acuerdo del FMI incluía parámetros para monitorear las finanzas provinciales (Takagi, 2004:72) y el ministro Cavallo (2005:143) consideraba su equilibrio como prioritario.

un nuevo acuerdo con las provincias (Takagi, 2004:91); acuerdo que, suscrito en noviembre de ese año, fue precisamente aquel que activó el canje estudiado.

De conformidad al ministro Cavallo (2005), el Fondo brindó su apoyo a las reestructuraciones realizadas, pero no se involucró en un sentido más profundo en la organización y difusión de estos procesos.

Luego de la crisis, el canje subnacional se reabrió sin que el país contase con un acuerdo con el FMI. Los compromisos suscritos en enero y septiembre de 2003 –que quedaron en suspenso desde julio de 2004 (Manzo, 2012)– no implican el involucramiento del organismo en el proceso estudiado, por lo que tal como se señaló, éste se efectuó al margen de la participación de la comunidad internacional.

En segundo lugar, los contratos internacionales jugaron un papel clave en la dinámica que asumió el canje. Estos contratos se suscriben entre el deudor soberano y sus acreedores al momento de la operatoria de crédito y son claves en la organización de estos eventos, precisamente ante la ya comentada ausencia de una ley de quiebras internacional.

El elemento distintivo de los contratos involucrados en el proceso abordado fue el de poseer la denominada «cláusula de consentimiento unánime» (Manzo, 2020a). Esta cláusula prescribía que no podría efectuarse ninguna modificación en los términos originarios de la deuda contraída, sin el acuerdo de todos los acreedores abarcados en la reestructuración; dicho de manera más precisa, el acuerdo con el deudor de sólo alguno de ellos –aunque fuesen mayoría– no era vinculante para el resto (Manzo, 2020a).

Bajo su amparo, los acreedores no tuvieron la necesidad de organizarse colectivamente; algo que con la difusión posterior de las Cláusulas de Acción Colectiva (CACs) se ha convertido en la práctica habitual durante estos eventos (Manzo, 2020). Consecuentemente, en el proceso abordado no existieron diálogos formales entre un Comité

que los representase y las autoridades argentinas. Simplemente, estas últimas presentaron una oferta de reestructuración que ellos individualmente decidieron o no aceptar.

En tercer lugar, aparecieron los Acuerdos entre la Nación y las provincias de noviembre de 2001 y febrero de 2002. Estos fueron el vehículo jurídico escogido hacia el interior del Estado argentino al momento de saltear las dificultades que implica la coordinación de la voluntad de multiplicidad de agentes autónomos –como las provincias– con intereses políticos y económicos muchas veces contrapuestos. Dichos Acuerdos fueron el punto pie inicial del proceso estudiado y definieron las condiciones generales bajo las cuáles se realizaría.

Si bien con coincidencias sustanciales, estos Acuerdos mostraron diferencias formales de peso. En efecto, mientras que el primero asumió la forma de una simple Adenda a un compromiso previo, el segundo se erigió como un verdadero Pacto y, como tal, fue ratificado por el Congreso nacional a través de la Ley N° 25.570. Con ello, el Derecho, en esta segunda etapa del proceso, contribuyó a jerarquizar y a cristalizar en el tiempo el acuerdo político que le dio origen.

El último elemento a considerar aquí fueron las «leyes de delegación de poderes» N° 25.414 y 25.561 de 2001 y 2002, respectivamente. Por los referidos Acuerdos las provincias habían transferido a la Nación la potestad de renegociar sus deudas; estas leyes, a su vez y dentro de la esfera de esta última, delegaban tal potestad desde el Congreso al Ejecutivo y, dentro de éste, puntualmente a su cartera económica.[16]

Con ello, el Derecho coadyuvó a ordenar y a encauzar las relaciones activadas en un proceso sumamente complejo, en el que intervinieron decenas de deudores y miles de acreedores de diferentes estructuras, naturaleza y nacionalidades. Los cuatro elementos

[16] Las referidas leyes efectuaban la delegación señalada desde el Congreso al Ejecutivo. Los decretos emanados de este último Órgano las ponían, a su vez, en cabeza del MECON.

jurídicos reseñados convergen de tal forma de ubicar al MECON en el centro mismo del universo del canje analizado.

En efecto, este Ministerio se convirtió en el agente desde donde irradiaron el grueso de las definiciones que dieron forma y vida en la práctica a la operatoria. El resto de los agentes intervinientes operó frente a ellas más bien por reacción, pudiendo con sus prácticas refrendarlas o rechazarlas.

Es fundamental observar que en esta dinámica las normas jurídicas fueron el vehículo a través del cual dichas definiciones se comunicaron y difundieron. El canje abordado se hizo inteligible al público por medio de una maraña de decretos del poder ejecutivo y sus respectivas resoluciones reglamentarias. La aceptación o el rechazo de las provincias y acreedores interesados se expresaron también por medio de normas jurídicas, en la forma de nuevos convenios o contratos pertinentes.

Se trató de un Derecho especialmente contextualizado y circunstancial. Los referidos decretos y resoluciones asumieron el lenguaje técnico propio del campo financiero y definieron hasta los más finos aspectos de los procedimientos a seguir. Sus anexos presentaron, incluso, los convenios y las notificaciones tipo que las partes deberían completar y suscribir. Consecuentemente, el Derecho jugó un rol clave en la operacionalización del proceso estudiado.

Finalmente, cabe advertir que éste también fue llamado a instrumentalizar los aspectos más estructurales de dicho proceso. El referido régimen de responsabilidad fiscal adquirió la forma de una «ley-convenio» (la N° 25.917). Esta clase de leyes, como su propio nombre lo indica, ratifican compromisos alcanzados entre partes autónomas y son claves en Estados federales para cristalizar su voluntad sobre temáticas de interés común.

A través de este régimen las provincias y la Nación se comprometieron jurídicamente a guiar sus prácticas a partir de una serie de reglas fiscales orientadas a dar continuidad a la

política de desendeudamiento activada por medio del canje, en particular evitando nuevos ciclos de sobre-endeudamiento.

IV.2- ¿La negación del Derecho a través del Derecho? Elementos jurídicos que socavaron la posible institucionalización de la política de desendeudamiento.

El canje estudiado activó una serie de complejos dilemas jurídicos. La manera en la cual las autoridades argentinas los resolvieron –se entiende– es fundamental para visualizar las cualidades y el rol que asumió el Derecho a lo largo de esta política de desendeudamiento. Aquí lo analizamos tomando como fuente primaria de datos los «considerandos» de los decretos y resoluciones a partir de los cuales el canje se instrumentaliza.[17]

El Decreto 1378/01 constituyó el puntapié inicial de este proceso. Cuando uno observa su contenido, lo primero que advierte es que se trató de un «decreto-ómnibus».[18] En efecto, la reestructuración provincial se incorporó en esta normativa, por un lado, como un apéndice de la reestructuración nacional prevista y, por otro lado, junto a un conjunto de medidas tributarias, laborales y fiscales que nada tenían que ver con la gestión del endeudamiento propiamente dicho.[19]

El problema surge al observar que en el ordenamiento constitucional argentino estas medidas constituyen competencia exclusiva del Congreso (art. 75, CN). De allí que el propio Decreto haya remitido en sus considerandos a la ley N° 25.414 –conocida popularmente como «ley de superpoderes»– para legitimar el obrar del Órgano Ejecutivo al respecto.

[17] Esta elección metodológica se justifica en tanto en los propios considerandos las autoridades deben dar cuenta de las razones que legitiman su obrar y de las fuentes jurídicas de las que emanan sus facultades; razones y fuentes que se cotejan aquí con lo prescripto en la Constitución Nacional (CN).

[18] Término popularmente difundido para hacer referencia a normativas que incorporan un paquete de medidas que deberían tramitarse por separado.

[19] En concreto, el decreto 1378/01 estableció medidas para: 1) sanear y capitalizar al sector privado; 2) devolver el IVA a determinados sujetos; 3) alivianar el peso fiscal de la intervención de la CSJN en medidas cautelares resueltas contra entidades estatales; 4) reducir la carga tributaria del Trabajo.

A través de esta norma, sancionada en marzo de 2001, el Congreso efectivamente delegó en dicho Órgano tales facultades. La amplitud de esta delegación fue tal que –en palabras de Vernetti (2018:189)– por su intermedio el Congreso renunció al ejercicio de prácticamente todas sus competencias constitucionales en materia económica y se justificó en razón de la situación de emergencia que atravesaba el país.

Paradójicamente, dicha delegación no incluyó aquellas competencias objeto de estudio; es decir, aquellas competencias que habilitaban al Ejecutivo a reestructurar las deudas insustentables. Esta omisión se explica en virtud de la existencia de una ley previa –la N° 24.156 de Administración Financiera– que en su art. 65 ya lo hacía y a la cual, precisamente, remitía el Decreto 1378/01.

Corresponde aclarar que esta delegación se consideraba por entonces inconstitucional y por buenas razones. La CN prescribe como regla, la prohibición de la delegación legislativa (art. 76 CN). Excepcionalmente puede efectuarse por Ley, siempre y cuando la norma aclare con precisión el plazo y el contenido puntual –o sea, la «base cierta»– de la delegación (art. 76 CN). El dilema jurídico aparece en el caso concreto al advertir que el referido art. 65 no cumplía con ningún de esos dos extremos: esto es, establecía una delegación legislativa por tiempo indeterminado y sin base cierta (Vernetti, 2018).

Por otra parte, el Decreto 1378/01 ataba la reestructuración de la deuda elegible, por un lado, a la transferencia de recursos fiscales específicos para garantizar su pago y, por otro lado, a una serie de condicionalidades económicas. A fin de justificar su competencia en estas materias, el Ejecutivo remitió en los considerandos del aludido Decreto a una nueva fuente de potestad legislativa subsidiaria de las otras dos ya mencionadas: aquella propia del art. 99 inc. 3 de la CN.

Esta prescripción también establece como regla la prohibición del ejercicio de competencias legislativas por parte del mencionado Órgano; excepcionalmente, las puede

ejercer en casos de «necesidad y urgencia» (art. 99 inc.3). De allí que, los considerandos del Decreto 1378/01 hayan expresado: "que la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la CN para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente [Decreto]".[20]

Asimismo, debe advertirse que a través del ejercicio de las citadas atribuciones la Nación avanzaba sobre competencias que la Constitución argentina pone en cabeza de las provincias (art. 5, 121 y 123 CN). El Decreto 1378/01 no hacía mención a la cuestión, básicamente porque la puesta en marcha del canje se efectuaría si y sólo si estas últimas las delegaban a la Nación.

Ahora bien, para que dicha delegación fuese válida debía necesariamente seguir las formas establecidas por la Constitución a tales efectos. En este sentido, corresponde mencionar que ésta prescribe que todo reparto de competencias y funciones propias de la relación federal fiscal debe efectuarse a través de un pacto ratificado por el Congreso (Montbrun, 2019); es decir, debe realizarse por medio de una «ley-convenio» aprobada a través de procedimientos y mayorías especiales (art. 75 inc. 2 CN).

Sin embargo, éste no fue el caso en el proceso estudiado. Esto es así, ya que el compromiso por el cual las provincias y la Nación acordaron efectuar la reestructuración abordada fue ratificado por Decreto –el N° 1584/01– y no por ley, tal como constitucionalmente correspondía; Decreto que, a la postre, fue posterior a las resoluciones del MECON N° 774 y 795 que operacionalizaron este proceso en la práctica.[21]

[20] Ver pág. 4 de los considerandos Decreto 1378/01. Para complejizar aún más la cuestión corresponde observar que el propio art. 99 inc. 3 veda dicha posibilidad para el ejercicio de facultades en materia tributaria. Desde allí, aparecen dos opciones: que el ejercicio de la facultad legislativa por parte del Ejecutivo en materia tributaria haya sido en este caso: 1) nula (art. 99 inc. 3 CN); 2) válidas al estar contempladas en la delegación efectuada por la comentada ley N° 25.414.

[21] El Decreto 1584/01 fue el único de todo el proceso abordado que procuró argumentar en favor de las capacidades de intervención de la Nación en la gestión del crédito subnacional y lo hizo a través de la mención del art. 124 CN (ver considerandos). El problema es que este artículo, con eje en el ámbito internacional, podría usarse para justificar esas capacidades sólo para el caso de la deuda externa provincial, pero no para el de la interna, que también se incluyó en el canje.

Estas inconsistencias temporales dan cuenta del clima de frenesí económico que se vivía en los albores de la crisis. Damill, Frenkell y Rapetti (2005:21) ejemplifican este clima, mostrando que el período de aceptación de la oferta del 2° mega-canje nacional–aquél precisamente activado junto con el provincial por Decreto 1387/01– se abrió sólo por 3 días (del 27 al 30 de noviembre de 2001) y, en dicho lapso, ingresaron al mismo 42 mil millones de dólares; 12 mil millones más que al megacanje de junio y en condiciones más gravosas para los acreedores.

En la etapa inmediatamente posterior a la crisis el instrumento jurídico central en la configuración de la reestructuración provincial fue el ya citado Decreto 1579/02. Sus considerandos dan cuenta de la manera en la cual las nuevas autoridades gestionaron los dos grandes dilemas jurídicos heredados de la etapa anterior; es decir, aquellos dilemas que emergen de la posible tensión entre el canje estudiado y las competencias constitucionales asignadas, por un lado, a los distintos niveles de la relación federal fiscal y, por otro lado, dentro del nivel nacional, al Congreso y al Ejecutivo.

En relación al primer dilema, el referido Decreto dio cuenta que las provincias delegaron a la Nación las competencias para proceder en esta operación y aceptaron las condicionalidades impuestas a través del Pacto de febrero de 2002, ratificado, tal como la Constitución lo exige, por ley del Congreso N° 25.570.

En vinculación al segundo dilema, el Decreto 1579/02 mostró dos fuentes como legitimantes de la actuación del Ejecutivo en el caso concreto. En primer término, hizo referencia a la situación de «necesidad y urgencia» que impedían en dicho momento seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes; esto es, remitió al ya mencionado art. 99 inc. 3 de la CN.

Esta clase de argumentación es disputada desde la doctrina especializada en «Derecho de emergencia» (Pinése, 2005; Vernetti, 2018). Dada la redacción de los art. 76 y 99 de la

CN las excepciones al ejercicio de la potestad legislativa por parte del Congreso deben interpretarse de forma "hiper-restrictiva" (Vernetti, 2018:183). Por regla debe priorizarse siempre la división de poderes y, por lo tanto, tiene que existir una verdadera imposibilidad material del Parlamento para que en un caso dado el Ejecutivo se arrogue sus facultades. La falta de rapidez del trámite legislativo no es argumento suficiente a estos efectos (Pinése, 2005).

Estas consideraciones tienen sentido en el caso concreto si se observa que, luego del estallido de la crisis, el canje subnacional se cocinó a fuego lento y sin el frenesí de los últimos meses de 2001. De hecho, el mencionado Decreto salió en agosto de 2002 –6 meses después del Pacto aludido– e hizo uso de una arquitectura institucional ya construida, por lo que es difícil que se configure en este caso el requisito de la «urgencia» como fundamento del desplazamiento del Congreso.

En segundo término, el Decreto 1579/02 aludió a la delegación legislativa efectuada por ley de emergencia N° 25.561 que, efectivamente, transfería al Ejecutivo por plazo determinado y con base cierta –es decir, cumpliendo *a priori* con lo dispuesto por el art. 76 de la CN– competencias vinculadas a la reestructuración de las deudas subnacionales (art. 1, 12 y cc). Visto así, la remisión de este Decreto al art. 99 inc. 3, operaba en el caso concreto de forma supletoria a esta normativa.

Ahora bien, la cualidad distintiva al respecto del periodo post-crisis de 2001 fue la prórroga de esta delegación durante los años subsiguientes. En efecto, luego de la recuperación económica del año 2002, el Congreso continúo delegando al Ejecutivo sus facultades constitucionales en los mismos términos y con la misma amplitud del momento más virulento del estallido de la crisis; de hecho, la mencionada ley 25.561 había sido sancionada el 6 de enero de 2002. Visto así, durante todo el periodo abordado (2002-2015) tal delegación se mantuvo vigente de forma continua.[22] Con ello, las sucesivas aperturas del canje se efectuaron bajo la órbita del Ejecutivo y sin intervención directa del Legislativo.

[22] Ver leyes de prórroga N° 25.820, 25.972, 26.077, 26.167, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729 y 26.896.

El régimen de responsabilidad fiscal de 2004, por su parte, vino a regularizar una situación jurídica gris para el federalismo argentino. Durante los´ 90 y a través de normas administrativas, la Nación se había arrogado de hecho las facultades de supervización, coordinación y autorización del endeudamiento subnacional, sin una base constitucional sólida que las sustentase (Manzo, 2022:217). Ahora, las provincias validan dichas facultades por medio de un régimen emergido de un Pacto, ratificado por ley N° 25.917 del Congreso.

Sin embargo, en el marco de la crisis global de 2008, las autoridades argentinas decidieron dejar de lado los límites incorporados en este régimen para prevenir posibles sobreendeudamientos subnacionales futuros[23] y, de manera semejante a como aconteció con la citada ley 25.661, una vez superado el momento más crítico de la emergencia económica, prorrogar año a año esta situación de excepción hasta cubrir el resto del período aquí abordado.[24]

Finalmente, cabe en este título advertir que la última gran operatoria de este proceso –aquella institucionalizada por el ya comentado Decreto 660/10– también fue efectuada por el Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas. No obstante ello, fue la más prolija en términos jurídicos, en cuanto dichas facultades fueron delegadas por el Congreso para efectuar esta operación concreta a través de un artículo específico en la ley de presupuestos del año precedente (ver art. 74 de la ley 26.546 y considerandos del Decreto 660/10).

V- Reflexiones finales

La literatura especializada en deuda, que aborda la dimensión institucional del fenómeno, focaliza su atención en los denominados «mecanismos de control del acceso al crédito subnacional» y ordena sus análisis en torno a indagar cuál de los arreglos jurídicos –los administrativos, los legales o los contractuales– y en qué combinación es el más eficiente

[23] En concreto, el art. 2 de la ley N° 26.530 dejaba sin efecto las limitaciones al endeudamiento subnacional contenidas en los arts. 12, 15, 21 y 24 de la Ley 25.917 a los que remitimos.
[24] La situación de excepción se mantuvo vigente desde el ejercicio fiscal 2009 hasta el 2015 por ley 26.530, decreto N° 2054/10, ley 26.728, 26.784, 26.895 y 27.008.

al tiempo de establecer una relación adecuada entre estos Estados subnacionales y el mercado financiero internacional (Álvarez, et. al, 2015; Liendo, 2010; Consentino et. al., 2017; Melamud, 2009).

Este artículo abandona esta clase de debates, para centrarse en la problematización de la contribución del Derecho a la efectividad de las políticas públicas del sector. Puntualmente, se planteó el desafío de abordar empíricamente su contribución a la estabilización de una política que, a contramano de la tendencia reinante en Argentina, se mantuvo vigente más allá de los vaivenes propios del campo político nacional; más allá del «péndulo» –en la clásica definición de Diamand (1985)– que describe la orientación económica argentina, según gobiernen liberales o desarrollistas (ahora en sus versiones "neo").

El análisis efectuado muestra que pueden alcanzarse resultados económicos deseables en ambientes de baja calidad institucional. En efecto, los datos aportados posibilitan advertir que la política analizada coadyuvó a producir un marcado desendeudamiento de las cuentas provinciales y que, en dicho desenlace, su continuidad en el tiempo fue un factor clave.

Dicha continuidad, se exhibió, no fue el corolario de un plan originario ni de un acuerdo de fondo entre las posiciones antagónicas del campo político argentino. Esta conclusión es clave porque desafía –en palabras de Guardamagna y Cueto (2013)– la visión «prospectiva» y« consensual» dominante en los estudios de políticas de Estado y la reemplaza por una «retrospectiva/instrumental» y «conflictual»

Tal como se mostró, la arquitectura financiera del canje emergió en 2001 con el objetivo tangible de refinanciar los vencimientos más acuciantes de la deuda subnacional y evitar así el estallido de la crisis en gestación (Decreto 1378/01). Incluso, luego de su estallido y aun activando una reestructuración más profunda, el objetivo central de la política continuó siendo pragmático y, fundamentalmente, de corto plazo: el saneamiento fiscal de las provincias para jalar su economía fuera de la recesión (Decreto 1579/02).

No fue sino hasta 2010 y dos presidencias después, que la palabra «desendeudamiento» apareció en escena (Decreto 660/10). Los considerandos de este Decreto describen «retrospectivamente» a todos los programas del periodo analizado *como si* hubiesen formado parte de un plan del Estado nacional orientado a efectuar un cambio estructural en la composición y gestión del acceso al crédito subnacional; *como si* hubiesen sido desde el inicio diseñados como piezas integrantes de una política integral de desendeudamiento (Decreto 660/10).

Visto desde la óptica del 2010, la arquitectura financiera de 2001 no sólo planteaba objetivos relativamente diferentes sino que se incluía en un marco ideológico ajeno. Efectivamente, en 2001 ésta venía a apuntalar el ajuste económico ortodoxo en marcha, mientras que en 2010 procuraba fomentar la política estatalmente expansiva imperante.[25] Se está en presencia de dos marcos ideológicos que se asientan sobre una construcción opuesta de la relación Estado/Mercado/Sociedad y definitoria, por excelencia, del antagonismo que ordena en las últimas décadas el campo político en Argentina (Rapoport, 2013).

Se observa, de este modo, que el Derecho utilizado para instrumentalizar esta arquitectura no adquirió un significado cristalizado de una vez y para siempre. Las cualidades de neutralidad y externalidad asignadas desde «el formalismo» al fenómeno jurídico (Bourdieu, 2001), quedan aquí fuera de foco y, en su lugar, se advierte un Derecho maleable que se dota de sentido a partir de las propias prácticas de los diferentes funcionarios que lo actúan.

Cada gobierno entrante, se mostró, no descarta lo realizado por el anterior, sino que lo reciclaba en un entendimiento relativamente distinto. Los representantes subnacionales, aún de orientación económica opuesta, brindaban su apoyo al proceso no necesariamente por una coincidencia ideológica de base, sino en virtud de sus propios intereses; es decir, en virtud de la posibilidad que éste les brindaba de renegociar sus deudas en condiciones más

[25] Ver estas diferencias en los considerandos de los Decretos del canje 1378/01 y 1584/01 y en los del Decreto N° 2054/10 que prorrogaba las excepciones al régimen de responsabilidad fiscal.

ventajosas que si lo hiciesen individualmente (Álvarez et. al, 2015). La Nación, por su parte, se aseguraba el control de sus cuentas. Con ello, la política avanzaba de mandato a mandato a partir de una cadena de rupturas y acuerdos políticos bajo el liderazgo de diferentes élites económicas dirigentes.

El Derecho contribuyó a sellar estos acuerdos. A diferencia de las lecturas «instrumentalistas» que piensan al fenómeno jurídico como mero reflejo de fuerzas externas (Bourdieu, 2001), éste se presentó aquí como un discurso con eficiencia propia. El análisis efectuado permite advertir que el Derecho emergió como un vehículo adecuado para exteriorizar, difundir, jerarquizar, organizar y operacionalizar el proceso estudiado.

Sin embargo, no pudo avanzar hacia funciones más profundas, careciendo desde allí de la capacidad para coadyuvar a convertir sus objetivos de más largo plazo –aquellos vinculados a estabilizar el endeudamiento subnacional en niveles continuos de sustentabilidad– en cuerpo/mente de las élites económicas dirigentes sin importar su adscripción política-ideológica.

Para que ello aconteciera, este núcleo normativo del proceso –operacionalizado principalmente en la Régimen de Responsabilidad Federal Fiscal– debería haberse ubicado por encima de las distintas visiones en competencia sobre *cómo, cuánto y por qué* Argentina debe insertarse en el mercado financiero internacional.

No obstante ello, esto no aconteció. En efecto, en 2015, en una nueva oscilación del péndulo, asumió un gobierno nacional que fomenta el acceso al crédito externo por parte de los Estados subnacionales en una dinámica semejante a la de fines de los ´90. La profundidad del sobreendeudamiento que entonces se produjo, generó que, al concluir su mandato,

muchos de ellos quedaran al borde del *default* y debieran realizar una nueva reestructuración general de sus deudas.[26]

La manera en la que el Derecho se utilizó y las cualidades que asumió en el proceso abordado permiten explicar en buena medida el porqué de su incapacidad para contribuir de un modo más profundo a su institucionalización.

En este sentido, el análisis realizado posibilitó visualizar cómo en el periodo 2001-2015 una y otra vez los cimientos constitucionales de la división de poderes y de distribución federal de competencias fueron puestos entre paréntesis al momento de instrumentalizar la política en cuestión; la mayoría de las veces sin respetar plenamente las formas y/o la sustancia que la propia Constitución exige a tales efectos.

Este estado de excepción no se circunscribe a las etapas más acuciantes de las crisis enfrentadas sino que, por el contrario, adquirió a lo largo del periodo carácter permanente. Se invirtió, de este modo, en el caso abordado el vínculo esperado entre la excepcionalidad y la normalidad –convirtiendo lo excepcional en regla–, con la paradoja adicional de que esta inversión fue jurídicamente reglada; esto es, fue el propio Derecho el encargado de poner entre paréntesis la normalidad del orden constitucional en los aspectos señalados.

Es fundamental aquí subrayar que este orden se suspendió, pero no se anuló. Como bien explica **Pavlovich Jiménez (2008:62)**, en esta clase de estados la dicotomía normalidad/anormalidad prevista en los ordenamientos jurídicos se concilia a favor de la anormalidad, sometiendo al Derecho al ámbito de lo político. Los estados de excepción no se ubican dentro ni fuera del Derecho sino que lo hacen en una suerte de umbral, en una zona de indiferenciación, en una «tierra de nadie» –en palabras de Agamben (2005:24)– en la que el Ejecutivo se convierte en amo y señor**.**

[26] En 2020 y 2021, 11 provincias reestructuraron deudas por un monto superior a los 12 mil millones de dólares. Para ver las cualidades que asumió este nuevo ciclo de sobre-endeudamiento y reestructuración remitimos a Manzo (2022) y Morales (2022).

El Derecho que emerge en estas situaciones aparece más ligado que nunca a su voluntad*;* es decir, pierde autonomía en relación al campo político (**Pavlovich Jiménez, 2008:60)**. Esta voluntad, desanclada de los constreñimientos más estructurales del orden constitucional, es capaz, como vimos, de decretar reglas y luego fijar sobre ellas excepciones sin respetar –más que en apariencias– las formas y/o sustancia previstas a estos efectos por dicho orden.

Cuando ello acontece, el Derecho encuentra crecientes dificultades para despolitizar las políticas públicas acordadas (Martínez y Cássia, 2014:87), tal como aconteció en el caso estudiado en el que aún aquellos aspectos más estructurales del proceso de desendeudamiento quedaron atrapados en la lógica amigo/enemigo del espacio político argentino.

Efectivamente y como bien explica Levet (2019), este proceso fue leído por el gobierno entrante en 2015 en términos negativos –como fruto de una herencia de aislamiento internacional del país– y, como tal, debía ser dejado de lado, sin prestar incluso mayor atención a sus dimensiones de salvaguarda de la sustentabilidad financiera.

Con ello, debe concluirse que la continuidad de este proceso estuvo asociada fundamentalmente a la voluntad política de los gobiernos que lo instrumentalizaron; cuando esta voluntad cambió de sentido, el proyecto simplemente se derrumbó. Se trató, en consecuencia, de una política de un gobierno que se convirtió, en los términos descritos, en una «política de gobiernos», pero que nunca pudo institucionalizarse como «política de Estado». El Derecho contribuyó a la consecución de sus objetivos de corto y mediano plazo, aunque no pudo aportar en demasía a la realización de aquellos de más largo plazo.

VI- Bibliografía

Agamben, Giorgio (2005), *Estado de excepción*, Homo sacer II, 1, reimpresión, Adriana Hidalgo Editoras, Buenos Aires.

Álvarez, Claudia, Mariel Manes, Paredes Pablo y Gabriela Ivani, (Álvarez et al.), (2015), "El acceso al crédito de los gobiernos sub-nacionales", disponible en https://www.economia.gob.ar/dnap/deuda/documentos/el_acceso_al_credito_de_los_gobiernos_subnacionales.pdf, consultada el 01-07-2022.

Barros, Sebastián, (2016), "Estudios sobre el gobierno en la Argentina contemporánea", en Estudios sobre Estado, gobierno y administración pública en la Argentina contemporánea, Barros S (coord.), Cap II, pat. 77-170, Ed. CLACSO, Bs. As.

Beck, Ulrich (1998) ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós

Bohoslavsky, Juan Pablo, (2019), "Complicity of international Financial institutions in violation Of human rights in the context of Economic reforms", Columbia Human Rights Law Review, Vol. 52.1, pp. 203-250, New York.

Boughton, James. 2001. Silent Revolution: The International Monetary Fund 1979–1989. Washington: IMF.

Bourdieu, Pierre, (1993), Razones Prácticas: sobre la Teoría de la Acción, Ed. Anagrama, Barcelona

Bourdieu, Pierre, (1996), Poder, Derecho y Clases Sociales, Ed.: Palimpsesto Derechos Humanos y Desarrollo, México D. F.

Castellani Ana y Leandro Sowter, (2016), "Estudios sobre el Estado en la Argentina contemporánea", en Estudios sobre Estado, gobierno y administración pública en la Argentina contemporánea, Barros S (coord.), Cap I, pat. 21-76, Ed. CLACSO, Bs. As.

Cetrángolo, Oscar y Francisco Gatto, (2003), "Las provincias en la crisis argentina: algunos elementos para discutir las prioridades de la cooperación internacional", documento de trabajo, CEPAL, disponible en https://repositorio.cepal.org/handle/11362/28460, consultada el 01-07-2022.

Cosentino, Adrián; Isasa, Matías y Guillermo Hang, (Consentino, et. al) (2017), "El financiamiento de los gobiernos subnacionales". Asociación Argentina de Presupuesto y Administración Financiera Pública, Disponible en

https://docs.asap.org.ar/public/doc/El%20financiamiento%20de%20los%20gobiernos%20sub-nacionales

Damill, Mario, Roberto Frenkell y Rapetti, Martín, (2005), "La Deuda Argentina: Historia, Default y Reestructuración", CEDES, http://www0.gsb.columbia.edu/ipd//pub/Frenkel_Debt_English.pdf, consultada el 01-09-10

De Angelis, Massimo. 2003. "Neoliberal Governance , Reproduction and Accumulation." The Commoner 7 (spring-summer): 1–28.

Diamand, Marcelo, (1985), "El péndulo argentino: ¿Hasta cuándo?", Revista Argentina de Política Económica y Social nº 4, Instituto de Política Económica y Social, Buenos Aires, pp.93-134.

Domínguez Martín, Rafael, (2019), "La revolución marginalista y el paradigma neoclásico", en Historia del Pensamiento Económico de Domínguez Martín, tema 5, pp. 1-31, disponible en https://personales.unican.es/domingur/contenidos.htm, consultada el 21-11-22.

Domínguez Martín, Rafael, (2019a), "Críticos y reformistas de la corriente principal", en Historia del Pensamiento Económico de Domínguez Martín, tema 6, pp. 1-28, disponible en https://personales.unican.es/domingur/contenidos.htm, consultada el 21-11-22.

Duarte, Fernando (coord.), (2006), "Antecedentes, Actualidad y Perspectivas del Endeudamiento Provincial", Observatorio de Políticas Públicas, CAT.OPP/CAG/2006.09, Jefatura de Gabinete, Estado nacional, Argentina

FFDP, (2010), "Canje de la Deuda Pública Provincial", Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial (FFDP), disponible en https://www.economia.gob.ar/hacienda/ffdp/canje.html, consultada el 10-10-2022.

Foucault, Michel, (2007), El Nacimiento de la biopolítica: curso en el College de France 1978-1979, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Friedland, Roger- Robert, Alford (1999), "Introduciendo de nuevo a la sociedad: símbolos, prácticas y contradicciones institucionales", pp: 294-329, El Nuevo institucionalismo

en el análisis institucional, Dimaggio, Paul-Powell, Walter. (Compiladores), Ed. Fondo de cultura económica, México.

Gantus, Diego, (2016), "Estudios sobre la administración pública en la Argentina contemporánea", en Estudios sobre Estado, gobierno y administración pública en la Argentina contemporánea, Barros S (coord.), Cap III, pat. 171-241, Ed. CLACSO, Bs. As.

García Villegas, Mauricio, (2014), La eficacia simbólica del Derecho: sociología jurídica del campo político en América Latina, Ed. IEPRI/Debate, Bogotá.

Giddens, Anthony, (1999), La Constitución de la Sociedad: Bases para la Teoría de la Estructuración, Ed.: Amorrortu editores, Buenos Aires.

Guardamagna, Melina y Walter Cueto, (2013), "Políticas de estado en democracia: la relación Estado/Sociedad como ámbito de construcción de la política", Revista de estudios transfronterizos, Vol. XIII / n° 2 / julio-diciembre, pp. 59-80, Iquique, Chile.

Guiliany, Jesús García y Hirio Zabala Capitillo, (2008), "Políticas de Estado como sustento de la organización ciudadana", Depósito legal, Año 5 Vol.2, pp. 111-129, URBC, Venezuela.

Levet, Samanta, (2019), "Los economistas en el campo político argentino: el peso del saber económico en las representaciones políticas del conflicto de los Fondos Buitre", Tesis de Maestría en Sociología CEA, UNC, en biblioteca del CEA, (inédita).

Liendo, Horacio, (2010), "Cesación de pago de Provincias", Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Público, 1- 3 de septiembre, Potrero de los Funes, San Luis

Manzo, Alejandro G., (2012), "Argentina y el FMI en el escenario inmediatamente posterior a la crisis del 2001: analizando sus relaciones en el canje de la deuda externa 2003-2005", Revista Estudios, N° 28, julio-diciembre, pp. 73-94, CEA, UNC, Córdoba.

Manzo, Alejandro G., (2020), "IMF Sovereign Debt Restructuring Framework: Origin, Evolution and Latest Updates of its Main Components", Revista Direito GV, V.16 N. 2, p. 1-45, Brasil.

Manzo, Alejandro G., (2020a), "Global Justice: Why not State jurisdictions in transnational financial disputes?", Revista Direito e Práxis, Vol. 11, N.03, 2020, p. 1483-1547, Río de Janeiro, Brasil.

Manzo, Alejandro G., (2022), "Estrategias de reestructuración de deuda pública sub-soberana a la luz de las experiencias argentinas 2002 y 2020", en Debates actuales sobre dinámica y reestructuraciones de deuda pública desde la Argentina, Catamutto F. (coord..), pp. 211-230.

Manzo, Alejandro y Cecilia González Salvá, (2012), "La crisis del neoliberalismo en Argentina. Una mirada retrospectiva sobre las causas del default 2001. Buscando razones para entender el quiebre de nuestro país con el FMI", Revista Passagens, Vol. 4 N° 2, mayo-agosto, pp. 299-327, UFF, Brasil.

March, James y Johan Olsen, (1993), "El Nuevo Institucionalismo: Factores Organizativos de la Vida Política", pp:1-43, Rev. Zona Abierta, Ed. Pablo Iglesia, Madrid.

Martínez, Horacio y Rita de Cássia, (2014), "De enemigos a adversarios: la transformación del concepto de lo político", Volumen 11, número 24, enero-abril, p. 83-102, Andamios, México.

MECON (2003), "Boletín fiscal 4° trimestre de 2003", disponible en https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/boletin/4totrim03/4totrim03.pdf, consultada el 7-3-2023.

MECON, (2008), "Boletín Fiscal", Tercer Trimestre, Secretaría de Hacienda, abril de 2009, disponible en https://www.economia.gob.ar/onp/ejecucion/2015, consultada el 20-10-2022

Melamud, Ariel D. (2009), "Reglas fiscales en Argentina: el caso de la ley de responsabilidad fiscal y los programas de asistencia financiera", CEPAL – Gestión Pública No 71, pp. 1-57.

Mendíaz, María Graciela, (2007), "El Estado y las políticas públicas: las visiones desde el neo-institucionalismo", disponible en https://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/847/Mend%C3%ADaz_%20El%20Estado%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas_A1a.pdf?sequence=1, consultada el 10-02-2023.

Montbrun, Alberto, (2019), "Distribución de competencias entre Nación y Provincias", disponible en http://www.albertomontbrun.com.ar/archivos/competencias_nacion_provincias.pdf, consultada el 27-03-2023.

Mora A., Jorge, (1984), "Estado y Política Económica", praxis 29-30, enero junio, pp. 35-44, Quito.

Morales, José M., (2022), "Análisis descriptivo del endeudamiento de las provincias argentinas desde 2003 a 2019", en Debates actuales sobre dinámica y reestructuraciones de deuda pública desde la Argentina, Catamutto F. (coord..), pp. 185-210.

Morea, Adrián O., (2020), "Las relaciones entre la política y el derecho", disponible en www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200221, consultada el 20-02-2023.

Mouffe, Chantal (2002), "Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal", en Revista de Filosofía de Santa Fe, Tópicos, núm. 10, p. 05-25, Santa Fe.

North, Douglas (1990) Estructura y Cambio en la Historia Económica, Ed. Alianza, Madrid.

Pavlovich Jiménez, Gretty Del Carmen, (2008), "El estado de excepción: la tensión entre la política y el derecho", Justicia Juris,, Vol 10. Octubre 2008 - Marzo 2009 Pag. 37-49, Colombia.

Pinése, Graciela G., (2005), "El derecho de emergencia o el derecho en emergencia", Id SAIJ: DACC050009, disponible en www.saij.jus.gov.ar, consultada el 23-03-2023.

Polanyi, Karl, (1989), La gran transformación: crítica del liberalismo económico, La Piqueta, Madrid.

Poulantzas, Nicos, (1998), Poder político y clases sociales en el Estado capitalista, Ed. siglo XXI editores, 28° edición, México.

Powell, Walter y Dimaggio, Paul, (1999), El Nuevo institucionalismo en el análisis institucional, Ed. Fondo de cultura económica, México.

Rapoport, Mario, (2013), "Los economistas ortodoxos vs los heterodoxos", en el Ojo de la Tormenta: la economía política argentina y mundial frente a la crisis, Rapoport, Fondo de Cultura Económica, pp. 17 a 57, Bs. As.

Romero, Jorge. J, (1999), "Estudio Introductorio. Los Nuevos Institucionalismos: sus diferencias, sus cercanías", pp:7-75, El Nuevo institucionalismo en el Análisis Institucional, Dimaggio, Paul-Powell, Walter (compiladores), Ed. Fondo de Cultura Económica, México.

Skocpol, Theda, (1990), "El Estado Regresa al Primer Plano: Estrategias de Análisis en la Investigación Actual", pp: 114-146, Rev. Torres Política: Teoría y Método, Ed. Educa Flasco, C. Rica.

Sousa Santos, Boaventura, (2003), "Hacia una concepción Postmoderna del Derecho", Crítica a la Razón Indolente, capítulo II, pp 132-214, Ed Descleé de Brouwer, Bilbao.

Takagi, Shinji y otros, (2004), Informe sobre la evaluación del Papel del FMI en Argentina, 1991–2001, Oficina de Evaluación Independiente del FMI, http://www.ieo-imf.org/eval/complete/pdf/07292004/espanol.pdf, consultada el 01-09-21.

Vernetti, Luciano, (2018), "Argentina-FMI: corsi e ricorsi", Ensayo en Derechos en acción, Año 3 N° 7, Otoño, pp. 177-205, Bs. As.

Tablas y gráficos

Tabla N° 1: Stock de deuda provincial años 1996/2001

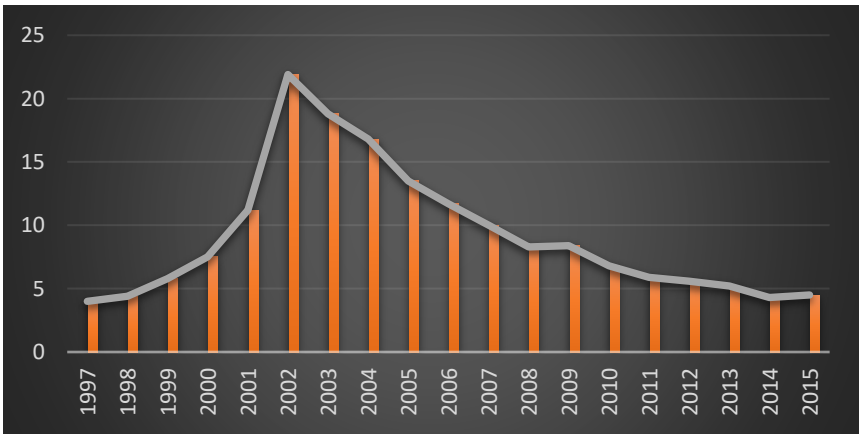
En millones de pesos

Año	Total sin deuda flotante
1996	13.921,465
1997	11.802,259
1998	13.164,151
1999	16.565,323
2000	21.347,636
2001	29.970,577

Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON.

Gráfico N° 1: stock de la deuda provincial como porcentaje del PBI.

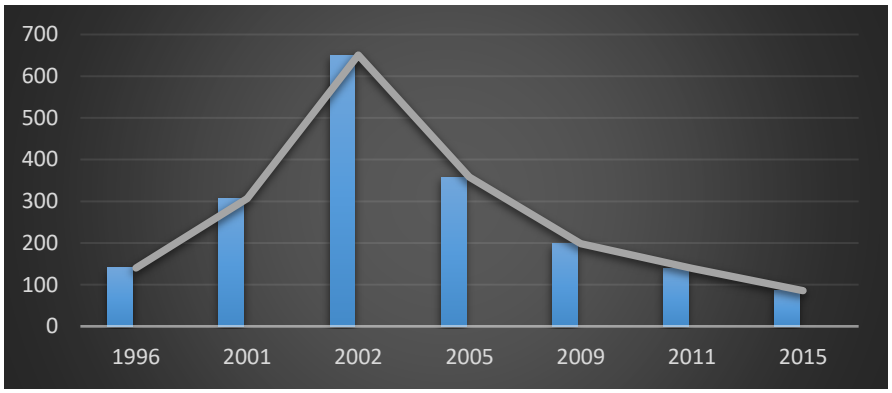
Años 1997 y 2015



Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON.

Gráfico N° 2: significación del stock de la deuda provincial en términos de ITOP

Años seleccionados, entre 1996 y 2015



Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Asuntos Provinciales del MECON.

INDIFERENCIACIÓN Y SEGREGACIÓN PUNITIVA DE LA ADOLESCENCIA EN URUGUAY: LA LEY DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE 2020

Marcos Hernández Carballido[1]
mhernandezcarballido@gmail.com
Código ORCID: 0000-0002-9931-272X

Resumen

Este trabajo fue desarrollado durante el Diploma en Penalidad Juvenil de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay) Edición 2021. El objetivo del mismo consiste en un análisis de los cambios introducidos por la Ley Nº 19.889 (LUC, ley de urgente consideración) en el Sistema Penal Adolescente uruguayo, desde una perspectiva socio-jurídica. Para ello se propone primero una recapitulación del contexto sociopolítico y los antecedentes legislativos de la nueva ley, luego una presentación crítica de los cambios introducidos y un análisis de su compatibilidad con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y finalmente, se analiza la matriz de riesgo subyacente en la LUC y se busca descifrar a qué paradigma criminológico responde la nueva normativa.

Palabras clave:

Segregación punitiva – Derecho Penal Juvenil – Sistema Penal Adolescente Uruguayo – Culpabilidad – Vulnerabilidad

[1] Abogado (Facultad de Derecho, Universidad de la República (Montevideo, Uruguay). Diplomado en Penalidad Juvenil (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

INDIFERENCIAÇÃO E SEGREGAÇÃO PUNITIVA DA ADOLESCÊNCIA NO URUGUAI: A LEI DE CONSIDERAÇÃO URGENTE DE 2020

RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido durante o Diploma em Penalidade Juvenil da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade da República (Uruguai) Edição 2021. O objetivo do mesmo consiste em uma análise das mudanças introduzidas pela Lei nº 19.889 (LUC, lei de urgência) no Sistema Penal do Adolescente Uruguaio, a partir de uma perspectiva sócio-jurídica. Para o efeito, propõe-se, em primeiro lugar, uma recapitulação do contexto sociopolítico e do enquadramento legislativo da nova lei, seguidamente uma apresentação crítica das alterações introduzidas e uma análise da sua compatibilidade com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e, finalmente, , procura-se decifrar qual o paradigma criminológico que responde à nova regulamentação.

Palavras chave:

Segregação punitiva – Direito Penal Juvenil – Sistema Penal do Adolescente Uruguaio -

Culpa – Vulnerabilidade

UNDIFFERENTIATION AND PUNITIVE SEGREGATION OF ADOLESCENCE IN URUGUAY: THE LAW OF URGENT CONSIDERATION OF 2020

Abstract

This work was developed during the Diploma in Juvenile Penalty of the Faculty of Social Sciences of the University of the Republic (Uruguay) Edition 2021. The objective of the same consists of an analysis of the changes introduced by Law No. 19,889 (LUC, law of urgent

consideration) in the Uruguayan Adolescent Penal System, from a socio-legal perspective. For this purpose, firstly, a recapitulation of the sociopolitical context and the legislative background of the new law is proposed, then a critical presentation of the changes introduced and an analysis of their compatibility with the International Convention on the Rights of the Child, and finally, an attempt is made to decipher which criminological paradigm responds to the new regulations.

Keywords:

Punitive segregation – Juvenile Criminal Law – Uruguayan Adolescent Criminal System - Guilt – Vulnerability

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre los cambios introducidos por la Ley N° 19.889 del 9 de julio de 2020 (LUC) en materia de sistema penal juvenil, los cuales consisten básicamente en seis artículos que modifican el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) aumentando la respuesta punitiva al conflicto penal.

En primer lugar, se repasan los antecedentes legislativos y políticos (II) así como el contexto sociopolítico (III) en que aparecen las modificaciones en cuestión. Luego de presentar los cambios introducidos por la LUC (IV), se analiza su compatibilidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) (V). Posteriormente se intenta una interpretación en clave de teoría criminológica sobre la LUC (VI) y se analiza la "matriz de riesgo" subyacente en este cuerpo normativo (VII). Finalmente, se concluye con una reflexión sobre el estado actual del sistema penal juvenil en relación al paradigma de la protección integral (IX).

II. Antecedentes legislativos y sociopolíticos de la LUC: el "giro punitivo" del gobierno progresista

Los antecedentes legislativos son indisociables de los antecedentes sociopolíticos. Como fruto de la política, las leyes reflejan el resultado de las tensiones y disputas de poder en una sociedad –y una cultura- determinada, en un momento determinado.

En primer lugar cabe destacar que las modificaciones al CNA que se reseñarán ocurren en el marco del llamado "giro punitivo" que ocurrió hacia el segundo gobierno del Frente Amplio (PATERNAIN, 2014: 10; DIGHIERO, 2020), marcado por el aumento de la preocupación por la seguridad y el aumento del delito en un contexto de mejora de los indicadores socioeconómicos y desarrollo de la agenda derechos. Este "giro punitivo" constituye un mojón importante a la hora de considerar el derrotero de la política criminal en el país y comprender el proceso que derivó en la LUC.

De acuerdo con David GARLAND (2001: 235), ciertos cambios propios de la modernidad tardía han influido en la estructura social y las sensibilidades culturales, propiciando determinadas políticas de control del delito y modificando la experiencia del mismo especialmente en las clases medias, configurando lo que el autor denomina "*el complejo del delito*". Ante el desprestigio del "*welfarismo* penal" el Estado responde al problema de la criminalidad con más preocupación por los efectos que por las causas, de manera que conviven dos estrategias: las *asociaciones preventivas* (relacionada con la "*criminología del individuo o de la vida cotidiana*" (ITURRALDE, 2007) y la *segregación punitiva* (relacionada con la "*criminología del otro*" (ITURRALDE, 2007). En este marco, incluso los partidos progresistas se ven tentados a modificar sus discursos y sus políticas dando un giro conservador ante la confrontación de sus adversarios: en palabras de GARLAND (2001) "*subieron la apuesta en vez de cambiar el juego*". Este enfoque teórico es una clave interpretativa interesante para comprender el caso uruguayo y cómo el "*giro punitivo*" del ciclo progresista alienta un posicionamiento aún más punitivo por parte de sus

adversarios políticos, que a la postre, se impusieron en las elecciones (PÉREZ DE SIERRA, 2019).

Desde la sanción del CNA en el año 2004, que adaptó la normativa interna a los compromisos internacionales asumidos por el Estado uruguayo, varias leyes han operado reformas punitivas (LÓPEZ, MACAGNO y PALUMMO, 2017: 13), entre las cuales se destaca la "*tríada legislativa*" (ABELLA, 2018: 60), conformada por las leyes N° 18.777 del 15 de julio de 2011, N° 18.778 del 6 de julio de 2011 y N° 19.055 del 4 de enero de 2013. También debe mencionarse la Ley N° 18.771 del 1° de julio de 2011, que si bien no modifica al CNA, crea "con carácter transitorio" el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA), como sucesor del Sistema de Ejecución de Medidas para Jóvenes en Infracción (SEMEJI, ex INTERJ) para la ejecución de las medidas socioeducativas impuestas por la justicia penal juvenil (LÓPEZ, MACAGNO y PALUMMO, 2017).

De acuerdo con LÓPEZ, MACAGNO y PALUMMO (2017: 13), estas normas marcan una segunda etapa de la historia reciente de la penalidad juvenil, diferente de la iniciada con la aprobación del CNA que estuvo signada por la adecuación a los estándares internacionales. Los objetivos principales de los cambios introducidos fueron ampliar las conductas criminalizables, aumentar los plazos máximos de privación de libertad cautelar y aumentar penas, vulnerando principios como el de especialidad de la penalidad juvenil y excepcionalidad de la privación de libertad (LÓPEZ, MACAGNO y PALUMMO, 2017).

En cuanto al contexto sociopolítico de estas leyes –antecedente del contexto actual- cabe decir que fueron aprobadas durante la discusión pública de un proyecto de reforma constitucional para bajar la edad de imputabilidad penal que fracasó luego de la campaña del movimiento "No a la Baja" (ABELLA, 2018). Las mismas surgen en el marco de una *hegemonía conservadora* en materia de políticas de seguridad (PATERNAIN, 2013 y 2012), en la cual la adolescencia ocupaba un lugar privilegiado del discurso, como uno de los actores principales de la criminalidad, aun cuando la evidencia indicaba otra cosa, probablemente a causa de la desproporcionada e irresponsable difusión mediática de algunos hechos

particulares[2]. Desde el año 2009 la inseguridad se había posicionado como la principal preocupación de los uruguayos y uruguayas, asociada a delitos contra la propiedad cometidos por adolescentes (PATERNAIN, 2013). Según MACHADO (2018), al igual que en otros momentos de nuestra historia, en los años 2012 y 2013 se posicionó a *los menores* como el núcleo del problema de la delincuencia en el país.

Otro factor relevante en el contexto de estas normas fue la referida mejora de los indicadores socioeconómicos ocurrida a partir del primer gobierno del Frente Amplio, coincidente con el aumento de la preocupación por el delito (y también del delito mismo) (PATERNAIN: 2014 y 2012) a medida que decaían otras preocupaciones como el desempleo (MACHADO, 2018). Los discursos sobre las causas de la criminalidad propios de la izquierda, vinculados a factores socioeconómicos, cedieron a la crítica conservadora[3] ante el aumento del delito en un contexto de prosperidad (PATERNAIN, 2012: 84 y 90). Esta convergencia de los discursos de izquierda y derecha es la base del consenso político y social sobre el cual se aprueban las reformas legislativas: las tres leyes contaron con un amplio respaldo de todos los partidos con representación parlamentaria, refiriendo en su argumentación al llamado "Documento de Consenso" de la Comisión Interpartidaria de Seguridad Pública de 2010 (ABELLA, 2018), en una clara manifestación de la *hegemonía conservadora* (MACHADO, 2018).

Más acá en el tiempo, luego de la "*tríada legislativa*" y la creación del SIRPA, vendría la Ley N° 19.367 del 31 de diciembre de 2015 que sustituyó al SIRPA por el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA) y la Ley N° 19.551 del 25 de octubre de

[2] Básicamente fugas frecuentes en establecimientos de privación de libertad y delitos violentos (GOPAR BON, 2020: 112, 116 y 119; MACHADO 2020: 87). A través de actores políticos y mediáticos se construyó el relato de una criminalidad adolescente cada vez más precoz y más brutal, alentada por la impunidad que garantiza la "puerta giratoria" del sistema, con significativa participación en el fenómeno de la delincuencia general. Verdaderos mitos que han sido rigurosamente discutidos por Luis Eduardo MORÁS (2016).

[3] El documento "Estrategia por la vida y la convivencia" elaborado por el gobierno en 2012 es elocuente: "durante años la izquierda ha tenido un discurso monocorde que explicaba la criminalidad y el delito por los factores sociales y económicos derivados, casi exclusivamente del impacto de las políticas neo-liberales" (PÉREZ DE SIERRA, 2019).

2017 que adecua el proceso judicial infraccional adolescente al modelo acusatorio de la normativa procesal penal para adultos (Código del Proceso Penal vigente desde el 1° de noviembre de 2017) y extendió nuevamente los plazos de privación de libertad cautelar en los casos del Art. 116 BIS del CNA. Esta modificación tuvo algunos aspectos positivos (DIAZ, 2019) que la LUC acaba por poner en entredicho, particularmente por la derogación de la suspensión condicional del proceso (Art. 33 LUC) y la polémica aplicación del proceso abreviado en la justicia penal de adolescentes (Art. 28 LUC).

Cabe mencionar también el criticable[4] "Proyecto de Código de Responsabilidad Infraccional Adolescente" de 2013[5] que no fue aprobado y que de acuerdo con DÍAZ (2019) fue parte de la estrategia de endurecimiento punitivo y disminución de las garantías. Debe señalarse que muchos de los cambios efectivamente introducidos –todos en el marco de dicha estrategia- acompañaron una tendencia similar a la política criminal en materia de sistema penal adulto.

Esta característica de la legislación de los últimos años es lo que Rafael PATERNAIN dio en llamar la "*hipótesis de la indiferenciación*"[6]: supone el deterioro del principio de especialidad en el ámbito de la penalidad juvenil, que tiende a asemejarse cada vez más a la normativa de adultos. El inicio de este proceso ya ha sido advertido (URIARTE y ZUBILLAGA, 2017; MACHADO, 2020).

[4] Véase URIARTE y ZUBILLAGA, 2017: 293.

[5] Producto de la Comisión creada a tales efectos por la Ley N° 19.055.

[6] Curso de Políticas de seguridad, paradigmas de gestión y adolescentes. Diploma en Penalidad Juvenil edición 2021, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República.

III. Contexto sociopolítico de la LUC: la restauración neoliberal-autoritaria y las cifras del sistema penal juvenil

III. 1. Elecciones, gobierno e inseguridad

Con el trasfondo del "*giro punitivo*" y la "*tríada legislativa*", la característica central del contexto sociopolítico en el que surge la LUC es el final del "ciclo progresista" en Uruguay y la llegada al gobierno del Partido Nacional con respaldo de otros partidos de la –hasta entonces- oposición. Este momento histórico presenta ciertas características que permiten afirmar una tendencia hacia la restauración de lo que se puede denominar el modelo neoliberal-autoritario, existente en Uruguay desde la década del ´70[7], y que se viera interrumpido durante los tres gobiernos frenteamplistas.

En clave de interpretación teórica de este contexto, conviene tener presentes las ideas de GARLAND (ITURRALDE, 2007: 61 y ss.). El ascenso del modelo neoliberal y neoconservador en Estados Unidos y Reino Unido significó una reducción del Estado, especialmente en la esfera económica, pero al mismo tiempo la creación de un aparato estatal más fuerte y autoritario. Se buscaba maximizar la libertad económica pero al mismo tiempo intensificar el control social, pasando del "*welfarismo penal*" al "*complejo del control del crimen*", bajo el influjo de dos grandes fuerzas: las transformaciones económicas y sociales de la modernidad tardía y la hegemonía del neoliberalismo y el neoconservatismo como doctrinas económica y política respectivamente (ITURRALDE, 2007).

La seguridad fue un tema central en la campaña electoral (QUEIROLO, 2020; NOCETTO, PIÑEIRO y ROSENBLATT 2020; DIAZ, 2021), particularmente en la primera vuelta, ya que simultáneamente se sometió a votación un proyecto de reforma constitucional impulsado por la campaña "vivir sin miedo", respaldado por el entonces senador (y

[7] Si bien esta afirmación puede ser controversial, no es exagerada. Por razones de extensión no es oportuno detenerse en su fundamentación, pero cabe referir al trabajo de CARRIQUIRY (2011: 4 y ss.).

precandidato a la presidencia por el Partido Nacional) Jorge Larrañaga. La similitud entre esta estrategia político-electoral y la desarrollada en 2014 con el plebiscito por la baja de la edad de imputabilidad por el candidato colorado Pedro Bordaberry es evidente.

Los contenidos del proyecto pueden resumirse muy sucintamente en la creación de una Guardia Nacional con efectivos militares para el cumplimiento de tareas policiales, el aumento de penas (a través de la eliminación de institutos que permiten una liberación anticipada), la implementación de la "prisión permanente revisable" y la habilitación de allanamientos nocturnos[8]. Esta vez, el foco principal de la preocupación por la inseguridad no estuvo puesto en los adolescentes, sino más bien en el narcotráfico y los delitos violentos.

A semejanza de lo ocurrido en 2014, el proyecto de reforma fracasó luego de la campaña realizada por el movimiento "No a la Reforma". Sin embargo, la designación de su principal promotor como Ministro del Interior y la implementación de algunas de esas propuestas en la LUC (particularmente lo que refiere a la apuesta por la privación de libertad (DIAZ, 2021) marcan la relevancia que tuvo el proyecto.

Ahora bien, la LUC surge como la consagración legislativa del programa común de la coalición de derechas[9] conformada para ganar el balotaje de 2019. La "Coalición Multicolor" reúne a los partidos de la otrora oposición: Partido Nacional, Partido Colorado, Partido Independiente, Partido de la Gente y el recientemente creado Cabildo Abierto. Esta coalición elaboró su plataforma programática en un documento denominado "Compromiso por el País", el primer antecedente directo de la LUC (QUEIROLO, 2020). Este documento contenía trece "líneas estratégicas" que incluyen temas vinculados a la política económica y

[8] Para conocer más sobre el proyecto y su contexto es aconsejable la lectura de NÚÑEZ TOMÁS, 2019.
[9] La misma incluye posturas ideológicas que oscilan desde la centro-derecha a la derecha radical, con elementos neoliberales, conservadores y autoritarios (QUEIROLO, 2020: 101).

las finanzas públicas, las políticas de seguridad, la política de defensa, la educación, las políticas sociales, la agenda de derechos, el trabajo, la salud y el medio ambiente.

En materia de seguridad bajo el título "Una policía respetada, una sociedad pacífica" se plantea -entre otras cosas- declarar la emergencia nacional en seguridad pública, el "combate frontal" al delito y al narcotráfico, dotar a la policía de más capacidades institucionales y jurídicas, revisar el sistema de libertades vigiladas y construir más cárceles. Específicamente en relación al sistema penal juvenil la única referencia del documento consiste en la conservación de los antecedentes judiciales y administrativos de los adolescentes autores de delitos gravísimos.

Una vez electo presidente, Lacalle Pou dio a conocer el primer borrador del proyecto de LUC, que si bien había sido mencionado durante la campaña sorprendió incluso a sus aliados de coalición en cuanto a los contenidos (RAINUSSO, 2020). Si bien este borrador sufrió modificaciones hasta su aprobación, el articulado en materia de seguridad siempre fue significativo (cerca del 25% del total de artículos), con el detalle simbólico de ser la primera sección del proyecto.

La irrupción de la pandemia de covid-19 a escasas dos semanas de la asunción del gobierno retrasó la entrada al parlamento del proyecto de LUC, que finalmente ingresó el 23 de abril de 2020 (bajo las medidas sanitarias tendientes a la reducción de la movilidad), y fue aprobado con veinticinco artículos menos y más de trescientas modificaciones al cabo del plazo acotado de discusión establecido constitucionalmente para este tipo de proyectos[10] (RAINUSSO, 2020).

[10] Art. 168 de la Constitución de la República de la República Oriental del Uruguay (1967).

La LUC fue cuestionada desde su génesis o incluso desde antes. La izquierda acusó al gobierno entrante de asumir con un "programa oculto", además de criticar la utilización del mecanismo constitucional de los proyectos de ley con declaratoria de urgente consideración para aprobar una "ley ómnibus" en tiempo récord, lo cual menoscaba la deliberación democrática[11]. A lo acotado de los plazos se suma la magnitud del proyecto y el contexto de pandemia, lo cual hizo muy difícil la participación de organizaciones en el debate parlamentario así como la movilización popular, razones todas estas que llevaron al Frente Amplio y a diversas organizaciones sociales a impulsar una campaña para promover un referéndum contra 135 artículos, la cual superó con creces las firmas necesarias para habilitar la consulta popular, pero sin embargo, no logró el éxito electoral.

III. 2. Las cifras del sistema penal juvenil en los últimos años

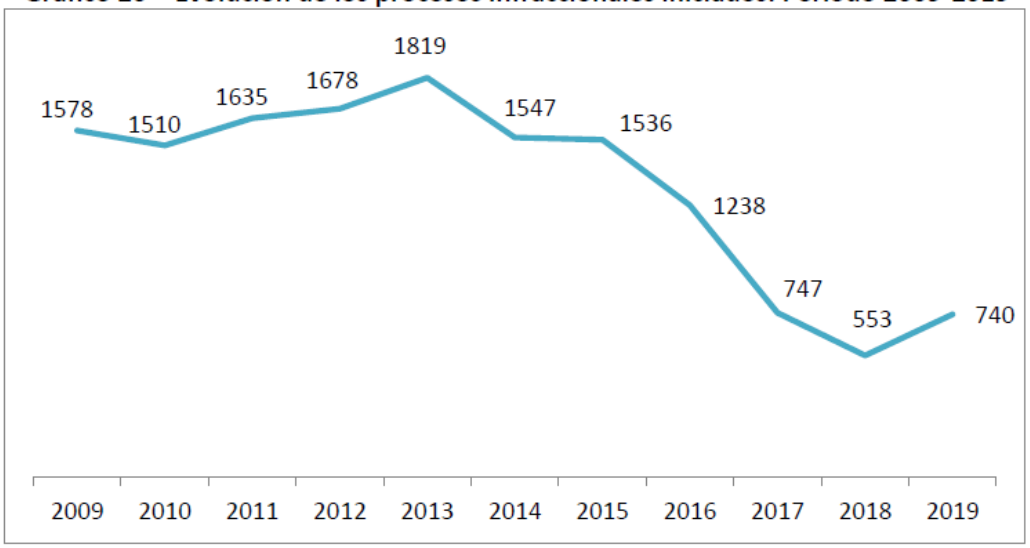
Si bien la preocupación por la inseguridad nunca dejó de estar en agenda, la penalidad juvenil pasó a un segundo plano, y quizá esto se explica por la mejora de las cifras en los últimos años.

El indicador más confiable de la evolución de la infracción adolescente disponible en las estadísticas del Poder Judicial es la cifra de procesos infraccionales iniciados[12]. A continuación se presenta la evolución de dicho indicador durante el período 2009-2019 a través de una gráfica extraída del "Informe: Procesos Infraccionales Adolescentes año 2019" del Poder Judicial:

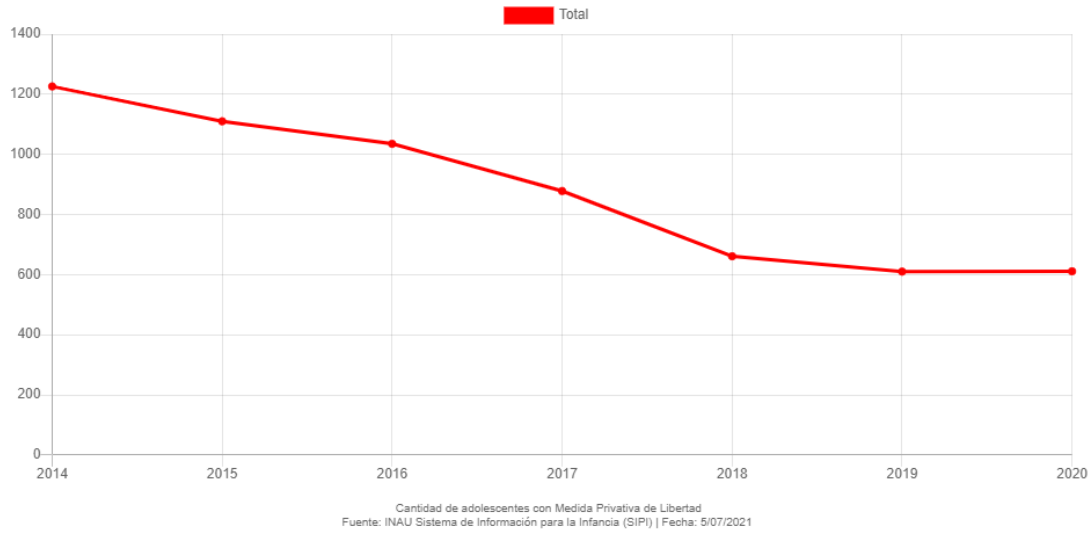
[11] De acuerdo con análisis de experiencias anteriores, esta maniobra política puede responder a la necesidad de introducir rápidamente modificaciones legislativas previendo las dificultades que podrían presentarse en el futuro para alcanzar acuerdos, teniendo en cuenta que se trata de un gobierno de coalición (PEP, 2019).

[12] Otros indicadores podrían ser los asuntos iniciados (que incluyen expedientes que no necesariamente conducen a determinar la responsabilidad de los adolescentes), y los procesos infraccionales concluidos que reflejan las causas cerradas por año (sin distinguir las formas de conclusión del proceso ni el año en que iniciaron). Los asuntos infraccionales iniciados indican la cantidad de procesos judiciales iniciados en ese año para determinar la responsabilidad penal de un adolescente (sin perjuicio de cual sea la forma de conclusión).

Gráfico 20 – Evolución de los procesos infraccionales iniciados. Período 2009-2019



Si atendemos a la cifra de adolescentes que transitaron cada año por el sistema penal juvenil (esto es, la suma de adolescentes en privación de libertad, semi-libertad o medida cautelar en el año), según datos del Observatorio INISA del MIDES disponibles desde 2014 (MIDES, 2021), la evolución ha sido la siguiente:



En general se aprecia una mejora de los indicadores, tanto en las cifras del Poder Judicial como en las del Observatorio del INISA, que algunos podrían interpretar a la luz de la teoría de la elección racional como un impacto positivo de la "*tríada legislativa*" (particularmente de la ley N° 19.055 de 2013, que sin perjuicio de la incidencia de hechos

particulares, parece haber sido alentada por intelectuales militantes de dicha teoría (MORÁS, 2016).

Según esta interpretación, "elevar los costos" del crimen tendría un efecto disuasivo. Sin embargo esta lectura *economicista* es cuestionable, ya que de acuerdo con MORÁS, carece de contextualización histórica del fenómeno, renuncia a considerar el delito como una construcción social compleja y mediada por relaciones de poder, así como a considerar condicionantes estructurales, entre otras falencias (MORÁS, 2016). Además, de acuerdo con FALERO, "para reconocer oportunidades también debe haber individuos condicionados a reconocerlas" (FALERO, citado en MORÁS, 2016), y en general los ofensores tienden a tomar decisiones imprudentes, cortoplacistas, con escasa información y sin ponderar consecuencias (ROJIDO y TRAJTENBERG, 2014), es decir, todo lo contrario a la racionalidad. De acuerdo con estos autores, la teoría de la elección racional es débil tanto a nivel micro (para explicar por qué las personas cometen delitos) como a nivel macro (para explicar el impacto de ciertos factores en las tasas de criminalidad): la evidencia empírica pone en duda el potencial de la *rational choice* para cumplir el primer objetivo y el análisis metodológico hace lo propio respecto al segundo, ya que en rigor, los estudios macro no comprueban la racionalidad, sino que la asumen como un *supuesto* para explicar las relaciones estadísticas que investigan (ROJIDO y TRAJTENBERG, 2014).

No parece razonable interpretar los datos con esta teoría y por razones de extensión no es posible profundizar aquí en otras líneas de interpretación. Revelar las verdaderas causas de este cambio exige una investigación empírica aún pendiente, que quizá, debería considerar otros factores muy diferentes del aumento de penas y la reducción de garantías, por ejemplo, las políticas sociales y fenómenos socioeconómicos ocurridos en los últimos años[13].

[13] Por sugerir un elemento entre muchos que se podrían considerar, las políticas sociales de infancia y adolescencia en los últimos lustros entre otras cosas lograron la drástica reducción de niños, niñas y adolescentes en situación de calle: de 7840 en 2005 (CABO, 2013: 33) a 0 en 2019 (Presidencia de la República, 2019).

Sin embargo, pese a la reducción del número de adolescentes sometidos al sistema penal juvenil (cifra que por lo demás siempre fue una muy pequeña parte de las cifras de criminalidad (MORÁS, 2016), así como la menor presencia de la infracción adolescente en la discusión sobre seguridad, la coalición de derechas le dedicó un capítulo de la LUC a la penalidad juvenil consagrando viejas respuestas de dudosa eficacia a un problema que si alguna vez existió, ya no tiene la relevancia que tuvo.

IV. Los cambios de la LUC en materia de sistema penal juvenil

IV. 1. Introducción a los cambios de la LUC en materia de seguridad

Conviene presentar muy brevemente los contenidos de la LUC en su Sección I: seguridad pública, dentro de la cual se encuentran las normas sobre adolescentes. Esta sección cuenta con una decena de capítulos con normas en materia penal, procesal, de procedimiento y orgánica policial, estupefacientes, adolescentes, privación de libertad, consejo de política criminal y penitenciaria, espectáculos públicos y espacio aéreo, entre otras.

Si se revisa el articulado, son abundantes las modificaciones que profundizan reformas de carácter represivo introducidas en el sistema penal por leyes de la última década, aprobadas por el gobierno progresista[14]. En cambio, muchas de las que suponen auténticas innovaciones, son las vinculadas a la ampliación de los márgenes de discrecionalidad de la

[14] Para mencionar algunos ejemplos: cambios inquisitivos en el CPP (Ley N° 19.653), aplicación de las figuras del colaborador y el agente encubierto (Leyes N° 18.494 y N° 19.574), "ocupación indebida de espacios públicos" (Ley N° 19.120) aumento de penas en estupefacientes (Ley N° 19.513) y en delitos sexuales (Ley N° 19.580), limitación o eliminación de alternativas a la prisión y mecanismos de liberación anticipada (Leyes N° 19.446, N° 19.653 y N° 19.831), legislación sobre adolescentes (todas las mencionadas en este trabajo) y regulación del derecho de admisión en espectáculos públicos (Ley N° 19.534).

policía y la flexibilización del uso de la violencia (especial pero no únicamente para funcionarios del Estado)[15].

Estas líneas de continuidad y ruptura dan cuenta de la *hegemonía conservadora*. Cabe destacar que a diferencia de otras áreas (p. ej. economía o políticas sociales[16]), en materia de seguridad el gobierno entrante no planteó una reformulación radical de las políticas sino más bien un reforzamiento de las existentes. Este es otro ejemplo que avala la idea de que ciertas lógicas sociopolíticas –que podemos caracterizar con SIMON como "*gobierno a través del delito*" (PÉREZ DE SIERRA, 2019)- en relación a la inseguridad van más allá de los ciclos económicos y la rotación de partidos en el gobierno (PATERNAIN, 2012).

IV. 2. Los cambios de la LUC en materia de sistema penal juvenil

En materia de sistema penal juvenil la LUC contiene seis artículos bajo el Capítulo V "Normas sobre adolescentes privados de libertad", además de otras modificaciones que también les afectan, como las que refieren a legislación policial y procesal penal[17].

En síntesis, se modifica el régimen de semi libertad restringiendo su aplicación cuando el adolescente haya sido "penado" [sic] por ciertos "delitos" [sic] entre los que se incluyen –entre otros- la rapiña y las lesiones graves (Art. 75); la duración máxima de las medidas se aumenta de cinco a diez años para ciertas infracciones gravísimas (Art. 76); se eleva de doce a veinticuatro meses la privación de libertad preceptiva mínima establecida por la ley N° 19.055 ampliando sus supuestos así como los casos en que procede la privación

[15] Por ejemplo presunciones de legítima defensa (Art. 1 LUC), modificaciones a la ley de procedimiento policial (Arts. 42 a 51 LUC) y al CPP (Arts. 22 a 24 LUC), habilitación a personal retirado a portar armas y reprimir delitos (Arts. 64, 65 y 111 LUC), "ley de derribo" (Art. 111 y ss. LUC), tipificación del agravio a la autoridad (Art. 11 LUC) y la resistencia al arresto (Art. 4 LUC), habilitación del interrogatorio policial (Art. 21 LUC) y ampliación de plazos e hipótesis que habilitan la "conducción" (Art. 18, 43 y 52 LUC).

[16] El País (06/06/2021). "Martín Lema: "Más de la mitad de los programas se rediseñarán"". Recuperado de https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/martin-lema-mitad-programas-redisenaran.html

[17] Entre estas se destaca la derogación de la suspensión condicional del proceso, la aplicabilidad del proceso abreviado y de la libertad a prueba.

cautelar de libertad preceptiva (Art. 116 BIS); se amplían los supuestos y los plazos de conservación de los antecedentes establecidos por la Ley N° 18.778 (Art. 78); se establece la aplicación de los agravantes del Código Penal (Art. 79); y se duplican los plazos de prescripción de la acción (Art. 80).

Las modificaciones claramente apuntan a endurecer la respuesta punitiva ante el conflicto penal, y a semejanza de lo que ocurre en las normas relativas al sistema penal de adultos, muchas de las modificaciones profundizan reformas represivas anteriores, o concretan sus proyectos. La LUC refuerza una línea política clara en el sentido de aumentar penas, limitar la utilización de medidas alternativas al encierro y reducir garantías procesales, tanto para adolescentes como para adultos[18].

El aumento de la duración máxima de las medidas a diez años en ciertos casos (violación, abuso sexual especialmente agravado u homicidio especialmente agravado) hace que virtualmente, tratándose de esas infracciones, un adolescente pueda tener un castigo de igual o incluso mayor duración que un adulto.

La incorporación de las infracciones referidas a estupefacientes al elenco de las que cuentan con un régimen más severo[19] es otro de estos ejemplos que merece especial mención por su impacto en la criminalización de la pobreza y especialmente de las mujeres. El control social formal se impone con más fuerza sobre sujetos alejados de los centros de poder, carentes de la autoridad que conlleva, entre los cuales se encuentran mujeres, jóvenes y no propietarios (MIRALLES, 1983). Estas modificaciones niegan la vulnerabilidad específica

[18] El aumento de penas máximas, la imposición de mínimos obligatorios, la preceptividad de las medidas privativas de libertad y de la privación de libertad cautelar en ciertos casos, la limitación de derechos como la semi libertad y paradigmáticamente, la aplicación de las agravantes del código penal adulto, son los ejemplos más claros de semejanza entre la normativa general y la normativa penal juvenil, además de profundizar modificaciones similares a otras anteriores.

[19] Privación cautelar de libertad preceptiva, medida de privación de libertad preceptiva con mínimo obligatorio y conservación de antecedentes.

de las mujeres bajo la pretendida neutralidad ("ceguera de género") y la habitual opacidad del derecho (RUIZ: 2011). Las tasas de encarcelamiento femenino han aumentado en América Latina a raíz de las políticas de "guerra a las drogas", fenómeno que no es ajeno a nuestro país (GIACOMELLO, 2013; JND, 2019)[20].

El impacto diferenciado que tiene el aumento de penas en materia de estupefacientes sobre las mujeres surge del cruce de -al menos- dos factores de especial vulnerabilidad: la desigualdad socioeconómica y la desigualdad de género, por ello la interseccionalidad en el enfoque es clave (JND, 2019). El microtráfico aparece como una estrategia de supervivencia económica tanto para hombres como para mujeres, pero estas últimas muchas veces se ven involucradas por efecto de lógicas patriarcales, participando en los eslabones más débiles y reemplazables de la cadena, a veces en el marco de relaciones violencia de género (GIACOMELLO, 2013; JND, 2019). Además, las consecuencias de la criminalización son aún más duras para las mujeres (JND, 2019).

El elenco de conductas castigadas de forma particularmente grave que incluye a los delitos de drogas es sumamente criticable y similar a un grupo de delitos que también tiene un régimen particularmente punitivo tratándose de adultos[21]. No parece razonable incluir pequeños delitos de drogas en un grupo que contiene los homicidios agravados y muy especialmente agravados.

En el plano simbólico se encuentra una semejanza preocupante con la normativa penal de adultos: el lenguaje utilizado. Se abandonan expresiones normativas diferenciales

[20] 32% de las mujeres privadas de libertad fueron encarceladas por delitos de drogas frente al 8% entre los varones (JND, 2019).

[21] Este grupo contiene entre otros, delitos contra la vida y la integridad física, delitos sexuales y delitos de estupefacientes. Véase: CNA, 2007, Arts. 72, 116 BIS y 222; CPP, 2017, Arts. 224, 295 BIS y 301 BIS; Decreto-Ley N° 14.470, 1975, Art. 63 BIS y Ley N° 17.897,2005, Art. 13, todos en su redacción actual. Si se analiza la regulación de las infracciones gravísimas, la semi libertad, la conservación de antecedentes, el régimen especial del 116 BIS del CNA, las presunciones del Art. 224 CPP, el régimen de la libertad a prueba, la libertad anticipada, las salidas transitorias y la redención de pena se advierte que existe un grupo de conductas con un régimen especialmente punitivo. La rapiña es otra conducta cuya inclusión en este elenco es muy discutible.

como "medida socioeducativa" o "infracción" para hablar de penas y delitos[22]. Este "llamar a las cosas por su nombre", acaso rechazando eufemismos, de ninguna manera implica que este estado de cosas sea deseable: muy por el contrario, es otro rasgo que abona la hipótesis de la indiferenciación. En lugar de apuntar a una intervención política que transforme la realidad (y la forma en que esta se construye a través de categorías del lenguaje), se modifica la normativa para adaptarla a la realidad construida perpetuando (e incluso empeorando) el *statu quo*.

V. Compatibilidad de la LUC con la CDN

Entre los principios de la CDN se destacan en primer lugar el de especialidad (Arts. 37 lit. c. y 40 núm. 1 y 3), según el cual el régimen penal juvenil debe ser específico para los adolescentes, en atención a su dignidad humana como sujetos. También el principio de mínima intervención y *última ratio* de la privación de libertad (Arts. 37 lit. b y 40 lit. b del num. 3). La CDN consagra además garantías básicas del debido proceso y del derecho penal (Art. 40), como el derecho a la defensa (Arts. 37 lit. d y 40 núm. ii del lit. b) y la presunción de inocencia (Art. 40 num. i del lit. b del num. 2). También el principio de proporcionalidad y culpabilidad (Art. 40 num. 1; lit. a del num. 2; num. i y iv del lit. b del num. 2; num. 3; y num. 4). La incompatibilidad de las modificaciones de la LUC con estos principios en muchos casos es evidente y ha sido señalada (RODRÍGUEZ ALMADA, 2021). Empero, cabe enumerar algunas de las contradicciones más flagrantes en el apartado de adolescentes:

El aumento del máximo de privación de libertad hasta diez años agrede el principio de mínima intervención y pone en peligro el principio de especialidad en la medida que la

[22] Ya la ley N° 18.777 refería a "la tentativa y la complicidad en el delito de hurto" y la 19.055 refería a "la mitad de la pena". El CNA original sólo se refería a "delitos" al regular la prescripción y a la "pena" en referencia a normas del Código Penal (ej. eximentes de pena o al tipificar como infracciones gravísimas las acciones u omisiones castigadas por las leyes especiales con penas iguales o mayores a determinada duración).

respuesta del sistema penal juvenil en determinados casos puede ser idéntica a la del sistema adulto.

Las normas que limitan derechos como la semi libertad y las que imponen privación de libertad obligatoria contrarían el principio de mínima intervención y *última ratio* de la privación de libertad. Además, agreden el principio de proporcionalidad y culpabilidad. Las normas que imponen privación de libertad cautelar preceptiva también, y además agreden el derecho a la defensa y la presunción de inocencia.

La aplicación de agravantes y la conservación de antecedentes contradicen el principio de especialidad y mínima intervención. En el caso de los antecedentes además se puede afectar el *non bis in idem*.

Finalmente, cabe señalar que además de ser contrarias a la CDN, estas modificaciones (todas contrarias al interés superior del niño y al principio de no regresividad) son inconstitucionales, en la medida que el Art. 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967) reconoce los derechos inherentes a la personalidad humana, incluso aquellos que no se encuentran consagrados a texto expreso, y el Art. 332 afirma su vigencia aún en ausencia de reglamentación.

VI. ¿En qué paradigma criminológico se sustenta la LUC?

Es posible intentar una interpretación en clave de teoría criminológica respecto de las normas de la LUC. Se parte del supuesto de que toda teoría criminológica debe proponer respuestas para al menos dos preguntas: *qué* es el delito y *por qué* es el delito. De las respuestas a estas preguntas podrían derivarse consecuencias políticas, por ejemplo, en

relación a las mejores formas de responder al problema del delito[23]. El ejercicio que se propone es reconstruir el proceso inverso: partir de las soluciones que se ofrecen al problema para descubrir cómo está planteado. A este ejercicio también contribuye la revisión anterior de los antecedentes y el contexto.

Las normas sobre adolescentes en la LUC profundizan una línea política similar a la política criminal del sistema adulto. Se apela básicamente al aumento de penas, la reducción de alternativas al encierro, la ampliación de las conductas criminalizables y la reducción de garantías procesales, como respuesta a un problema sociopolítico, es decir, como forma de gestionar un conflicto social: la inseguridad. Esta precisión es importante porque particularmente para el caso de los adolescentes la infracción en sí no parece ser el principal problema si se consideran las cifras presentadas más arriba, empero, la inseguridad es desde hace tiempo "una poderosa fuerza sociopolítica" (PATERNAIN, 2012).

Así las cosas, las respuestas al delito en general y a la infracción adolescente en particular deben ser comprendidas principalmente como mecanismos políticos para exorcizar miedos y ansiedades sociales, satisfaciendo demandas de "ley y orden", más que como políticas orientadas a la reducción de la violencia y la criminalidad o a la mejora de la convivencia basadas en elaboraciones teóricas. En este proceso es clave la definición de un enemigo, un chivo expiatorio que pueda ponerse en el centro de la escena de una política performática, simbólica, más expresiva que eficiente.

[23] Sin embargo, de acuerdo con DOWNES y ROCK (2012) debe tenerse presente que la relación (cuando existe) entre políticas y teorías sociológicas es por lo menos compleja. Muchas veces las agendas y las prioridades no coinciden, y a veces interesa más la relevancia política que la solidez académica de una teoría. No siempre pueden extraerse de ellas con facilidad conjuntos simples y armónicos de políticas. Además, los lenguajes y los públicos a los que se dirigen los discursos académicos y los discursos políticos son muy diferentes, así como los objetivos de los actores. Rara vez una teoría se asume como un "texto sagrado", más común es la utilización retórica de algún postulado o investigación (véase DOWNES y ROCK, 2012: 451 y ss.).

Los "menores infractores" fueron en el pasado reciente un grupo importante dentro de las categorías demonizadas agrupadas bajo el rótulo genérico de "la delincuencia" aunque actualmente han perdido peso frente a otros chivos expiatorios, como por ejemplo el narcotráfico. Sin embargo, el enemigo parece ser siempre la juventud socioeconómicamente vulnerada.

Si se revisa el "Compromiso por el País", el discurso de asunción del presidente Lacalle Pou y la exposición de motivos de la LUC de los tres textos surge una coincidencia en cuanto al rol del Estado como garante de la seguridad, preocupación central amenazada principalmente por el narcotráfico, y aunque se mencionan vagamente las "causas sociales" el foco parece estar puesto en una "ausencia de normas" que jaquea al orden público y por lo tanto la convivencia pacífica. Esta parece ser la principal justificación detrás de las reformas que propone la LUC en materia de seguridad. El aumento de penas y la reducción de garantías judiciales reflejan entonces una visión del problema: la criminalidad respondería principalmente a la ausencia o la debilidad de control.

A nivel teórico, esta postura se identifica con el "realismo de derecha" (ITURRALDE, 2007), que ha sido el fundamento de las políticas de "ley y orden" y "tolerancia cero" en EE.UU. y Gran Bretaña aplicadas por el conservatismo para contener la demanda de seguridad, otorgando más poderes a la policía, aumentando penas y reduciendo "beneficios" (en rigor, derechos) (ITURRALDE, 2007). Más allá de esta identificación y de algunas alusiones a la anomia y la "cultura del delito" en las fuentes citadas, no parece haber una adhesión clara a una teoría en particular dentro del amplio elenco de la "criminología liberal" y la ideología de la defensa social (BARATTA, 1986). El "realismo de derecha" –hijo de las teorías del control (ITURRALDE, 2007)- es más bien una retórica a favor de un conjunto de políticas, afín a varias teorías.

De acuerdo con GARLAND, en el *complejo del delito* se combinan por un lado las estrategias de *adaptación* y por otro en la *negación* y respuestas del tipo *acting out* (segregación punitiva) (GARLAND, 2001). Ambas tienen en común el desinterés por las

causas del delito y con ello por cualquier idea de prevención que no consista más bien en la disuasión o en el mejor de los casos la prevención situacional. El crimen aparece como un dato de la realidad, obra de una "causalidad mágica" en cuya inteligibilidad mucho tiene que ver la "criminología mediática*"* (ZAFFARONI, 2012).

La segregación punitiva apela fundamentalmente al encarcelamiento, entre otras medidas represivas, con un marcado cariz expresivo, simbólico, generalmente prescindiendo de la evidencia y jerarquizando la opinión pública en su fundamentación, canalizando sentimientos (miedo, ansiedad, indignación, ira, etc.) enraizados en la sociedad contemporánea (GARLAND, 2001). De allí la importancia de la dimensión sociocultural que subyace a la viabilidad de estas políticas, destacada por GARLAND.

VII. ¿Cuál es la matriz de riesgo presente en la LUC?

La cuestión de la matriz de riesgo ha sido estudiada por GUEMUREMAN y BIANCHI (2020). La misma tiene dos dimensiones: peligrosidad y vulnerabilidad. Son dos conceptos centrales que permiten reconstruir a partir de allí las políticas en materia de penalidad juvenil, asociados a los paradigmas de la situación irregular y la protección integral respectivamente. De acuerdo con GUEMUREMAN y BIANCHI (2020) develar la matriz de riesgo que inspira una legislación, consiste en comprobar si existe un imaginario de "joven peligroso" o de "joven vulnerable". A su vez, la noción de vulnerabilidad se vincula con la culpabilidad, como se verá más adelante.

El concepto de peligrosidad tiene su origen en la criminología positivista y la escuela de la defensa social, y ha sido largamente criticado (CAMAÑO, 2003). La peligrosidad pone en jaque las garantías, ya que no ofrece un límite claro al poder punitivo ni criterios fiables para su evaluación, dando lugar a intervenciones arbitrarias y configurando un derecho penal

de autor. En rigor, la peligrosidad es incompatible con la noción de culpabilidad[24] (URIARTE y ZUBILLAGA, 2017), pero a la hora de individualizar la medida puede venir a sustituirla (ZAFFARONI, 2007 y 2017) (como absurdamente dispone el Art. 91 del CNA).

La culpabilidad consiste en la reprochabilidad (ZAFFARONI, 1987). Es considerada por la dogmática penal como el límite y el fundamento de la pena (JESCHECK, 1995; CEREZO MIR, 1980). Como elemento de la "teoría del delito", es desagregada en tres componentes: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad, y exigibilidad de otra conducta (CAIROLI, 2001). La consideración de este elemento a la hora de juzgar la responsabilidad penal de los adolescentes es inseparable de su condición de sujetos de derecho, por lo tanto capaces y responsables de sus actos en la medida de su desarrollo. Esto implica valorar también las condiciones y circunstancias del hecho y del sujeto, sin las cuales no puede evaluarse la exigibilidad de otra conducta (PESCE, 2005: 83).

La vulnerabilidad como criterio clave en la culpabilidad es introducida en la dogmática penal por ZAFFARONI (MACHADO, 2020; ZAFFARONI, 2007), poniendo de manifiesto que el sistema penal tiende a seleccionar personas en situación de particular desventaja socioeconómica, que resulta en una mayor vulnerabilidad al sistema penal. Sin descartar la culpabilidad de acto, a la hora de juzgar la responsabilidad, se vuelve imprescindible considerar el dato sociológico de la selectividad y la vulnerabilidad al sistema penal. En este sentido, la culpabilidad por vulnerabilidad contribuye a democratizar el sistema penal al reducir el carácter autoritario que le impone su tradicional sesgo de clase.

A diferencia de lo que ocurre en el paradigma de la situación irregular, el paradigma de la protección integral requiere considerar la vulnerabilidad no como fundamento del

[24] Al considerar a un sujeto como peligroso su culpabilidad o no culpabilidad es intrascendente: la peligrosidad lo condena de antemano. Se reprocha la personalidad, siendo el acto un "síntoma" de ella (ZAFFARONI, 2007). La culpabilidad sólo puede fundarse en la autodeterminación (ZAFFARONI, 1987: 518).

castigo, sino al contrario, en todo caso, como un factor que atenúa la responsabilidad[25]. El CNA refiere reiteradas veces al concepto de responsabilidad, no así al de culpabilidad, que sin embargo puede reconstruirse desde la dogmática penal a partir de aquel (URIARTE y ZUBILLAGA, 2017; URIARTE, 2013; PESCE, 2005).

Ahora bien, si nos concentramos en la LUC, ninguna de las modificaciones tiende a considerar la vulnerabilidad y muy por el contrario, varias parecen basarse en un imaginario peligrosista que niega la culpabilidad.

Para empezar, la modificación del Art. 91 CNA mantiene la penosa referencia que ya hacía el Código a la "peligrosidad manifiesta" como fundamento de medidas "compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor".

El aumento de penas es incompatible con la consideración de la vulnerabilidad al sistema penal, en la medida que no hace otra cosa que exponer –aún más- a los adolescentes a los efectos des-socializantes del encierro, contrariando las reglas de la CDN. A ello se añade la conservación de antecedentes, que profundiza aún más la estigmatización.

Peor aún, el establecimiento de penas mínimas obligatorias expresa claramente que el foco está puesto en el castigo, impidiendo al juez valorar entre otras cosas la mayor o menor culpabilidad, así como la proporcionalidad a la que refiere el Art. 40 num. 4 de la CDN, tanto respecto de la infracción como de las circunstancias.

[25] Ver por ejemplo el Art. 76 lit. A. num. 3 in fine o Art. 40 num. 4 CDN.

Quizá la más clara muestra de adhesión al peligrosismo y la defensa social sea la imposición preceptiva de medidas cautelares privativas de libertad, en la medida que impiden al juez toda valoración sobre riesgos procesales, asumiendo *ope legis* que los mismos existen. Además, operan sino como una pena anticipada como una coacción procesal más que como una medida cautelar.

También la aplicación de agravantes propias del derecho penal adulto es una muestra del imaginario peligrosista, además de negar el principio de especialidad y con ello la dignidad humana de los adolescentes. Sin perjuicio de que la jurisprudencia y la dogmática jurídica tendrán una labor garantista en la filtración de las agravantes que resulten aplicables y las que no (principio de especialidad mediante y de acuerdo al Art. 73 del CNA *in fine* (URIARTE y ZUBILLAGA, 2017), cabe señalar que algunas de ellas acusan un marcado cariz peligrosista. Tal es el caso del núm. 17 del Art. 47 o la definición de habitualidad del Art. 48 del Código Penal.

La matriz de riesgo prologa la adhesión a una teoría de la pena en la medida que configura intervenciones excluyentes o incluyentes (GUEMUREMAN y BIANCHI, 2020). El imaginario de joven peligroso fundamenta medidas basadas en la defensa social (neutralización y/o disuasión) que pueden llegar a ser indeterminadas (como lo eran en tiempos de la situación irregular), mientras el enfoque de la vulnerabilidad apunta a la restitución de derechos, esto es, utilizar la sanción en todo caso para reducir la vulnerabilidad, con un límite frente al poder punitivo dado por la culpabilidad y la proporcionalidad.

IX. Reflexión final

El CNA se acerca a la mayoría de edad vapuleado por el poder político, en clara contradicción con la CDN, con sucesivas modificaciones que una y otra vez desconocen los principios de la Convención incrementando la respuesta punitiva del Estado al conflicto penal con participación adolescente. Las más recientes, lejos de despojarse definitivamente de la

doctrina de la situación irregular, refuerzan algunos de sus peores rasgos apoyados en la peligrosidad y la defensa social, lo cual, por otra parte, no es nada nuevo.

La transición del paradigma de la situación irregular al paradigma de la protección integral se encuentra en plena crisis. El impulso inicial de compatibilizar la normativa interna con los estándares internacionales se ve contrarrestado por impulsos reaccionarios, que sin embargo no vuelven la situación al estado anterior, sino que con reformas parciales hacen del CNA un cuerpo normativo en el que conviven diferentes paradigmas. Esta coexistencia de la situación irregular y la protección integral (señalada ya por LÓPEZ y PADILLA, 2013) es denominada por GARCÍA MÉNDEZ como *paradigma de la ambigüedad* (citadas en MACHADO, 2018).

Si el paradigma de la protección integral reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y por lo tanto responsables de manera diferenciada respecto a los adultos de acuerdo a su desarrollo, titulares de todos los derechos y garantías previstos en la ley, incluida la culpabilidad como límite y fundamento de la pena, las nuevas normas punitivas hacen de los adolescentes *sujetos de castigo*, responsabilizables pero también peligrosos, sin lugar a la consideración de la vulnerabilidad a la hora de imponerles castigos. De esa manera se combinan los rasgos del nuevo paradigma que ponen énfasis en la capacidad y la responsabilidad, con la sempiterna peligrosidad de la situación irregular y la defensa social, haciendo del CNA un ensamble incoherente desde el punto de vista teórico pero muy efectivo en términos pragmáticos a la hora criminalizar la adolescencia vulnerada y vulnerable, blanco de la estrategia de segregación punitiva.

En cuanto a la orientación política de los cambios y sus contenidos, parece comprobarse la *hipótesis de la indiferenciación* que refiriera PATERNAIN. La misma se verifica en ambos sentidos: primero, *lato sensu*, por una similitud en la orientación política de los cambios introducidos en la legislación, que tanto en el sistema penal adulto como en

el juvenil se pueden catalogar como políticas afines al *"*realismo de derecha". Y segundo, *stricto sensu*, por la aplicación indiferenciada de algunos institutos propios del derecho penal y procesal penal adulto. Lamentablemente este proceso –que no comenzó ahora- configura un revés del éxito del movimiento "No a la Baja", en la medida que si bien la edad de imputabilidad no se modificó, sí se están modificando las reglas de manera que el estatuto aplicable a los adolescentes sea cada vez más parecido al de los adultos.

Es particularmente llamativo que estas modificaciones legislativas de carácter punitivo se realicen en un contexto en el cual la criminalidad adolescente parece no ser un tema tan acuciante como pudo serlo –aún relativamente- en otros tiempos. Una vez más se legisla con total desprecio por la evidencia -paradoja del "realismo"- en ausencia de investigaciones que *realmente* den cuenta de cuáles han sido los procesos que originaron la mejora en las cifras del sistema penal juvenil de los últimos años y/o evaluaciones serias del impacto de los cambios normativos anteriores.

Bibliografía

Abella, R. (2018). La triada legislativa: un aumento del punitivismo penal. En González Laurino, C. y Leopold, S. (Ed.) (2018). *Cuadernos del Diploma en penalidad juvenil N°1*. (p. 59-76). CSIC y Casa Bertol Bretch.

Baratta, A. (1986). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Siglo XXI.

Cabo, G. (2013). Niñez y adolescencia en situación de calle: la intervención del trabajo social. Tesis de grado. Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Trabajo Social.

Cairoli, M. H. (2001). El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria.

Camaño Viera, D. (2003). La pena y sus discursos de justificación. En Pesce Lavaggi, E. (2003). Lecciones de Derecho Penal Tomo I. Montevideo, Carlos Álvarez.

Carriquiry, B. (2011.). Resistencias ocultas en el Uruguay neoliberal. Apuntes para pensar los colectivos barriales en sus intentos por recrear las utopías. Tesis de grado. Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Trabajo Social.

Cerezo Mir, J. (1980). Culpabilidad y pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 347-366.

Díaz, D. (2019). La construcción del derecho penal juvenil uruguayo. Agencia Nacional de Investigación e Innovación.

Díaz, D. (2021). La urgencia punitivista. Rupturas y continuidades en la legislación penal juvenil uruguaya (The punitive urgency-Ruptures and continuities in Uruguayan juvenile criminal law). Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies, 11(1), 1-29.

Dighiero Triay, R. (2020.). La militancia anti punitiva frente al giro conservador del progresismo en materia de seguridad pública (2005-2019). Tesis de grado. Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales.

Downes, D., & Rock, P. (2012). Sociología de la desviación: una guía sobre las teorías del delito. Editorial Gedisa.

Garland, D. (2001). La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea (Primera edición ed.). Sozzo, M. (Trad.) Barcelona: Gedisa.

Garland, D., & Iturralde, M. A. (2007). Crimen y castigo en la modernidad tardía. Siglo del Hombre.

Giacomello, C. (2013). Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina. International Drug Policy Consortium.

Gopar Bon, L. (2020). De protegidos a enemigos: el cambio de paradigma y el avance del punitivismo sobre la infracción adolescente. En González Laurino, C. y Leopold, S. (Ed.) (2018). Cuadernos del Diploma en penalidad juvenil N° 4. (p. 105-128). CSIC y Casa Bertol Bretch.

Guemureman, S., & Bianchi, E. (2020). Responsabilidad penal juvenil, riesgo y peligrosidad. Dicotomías e hibridaciones desde el análisis de argentina, de cara a américa latina. En Mayer, L., Domínguez, M. I., & Lerchundi, M. (Comps.) (2020). Las desigualdades en clave generacional hoy. Las juventudes y las infancias en el escenario latinoamericano y caribeño. CLACSO.

Iturralde, M. A. (2007). La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías. En Garland, D., & Iturralde, M. A. (2007). Crimen y castigo en la modernidad tardía (p. 19-122). Siglo del Hombre.

Jescheck, H. H. (1995). El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español.

Junta Nacional de Drogas (2019). Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. JND.

López, A., Macagno, M. y Palummo, J. (2017). Prácticas judiciales en los procesos infraccionales a adolescentes. Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto. 2005 – 2013, Montevideo: Fundación Justicia y Derecho y UNICEF.

Machado De Santi, F. (2018). Retrocesos legislativos al Código de la Niñez y la Adolescencia. Desafíos en la cuestión penal juvenil actual. En González Laurino, C. y Leopold, S. (Ed.) (2018). Cuadernos del Diploma en penalidad juvenil. Marcha atrás. Reformas legislativas al Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay (p. 95-112). CSIC y Casa Bertol Bretch.

Machado De Santi, F. (2020). La construcción punitiva del conflicto social. Nociones acerca de la infracción adolescente en el ámbito jurídico y político en Uruguay. En González Laurino, C. y Leopold, S. (Ed.) (2018). Cuadernos del Diploma en penalidad juvenil N° 4. (p. 83-104). CSIC y Casa Bertol Bretch.

Miralles, T. (1983).El estado y el individuo. La disciplina social. En Bustos Ramírez, J. J., & Bergalli, R. (1983). El pensamiento criminológico: estado y control. Temis.

Morás, L. E. (2016). Los enemigos de la seguridad: desigualdades y privación de libertad adolescente. Fundación de Cultura Universitaria.

Nocetto, L., Piñeiro, R., & Rosenblatt, F. (2020). Uruguay 2019: Fin del ciclo progresista y reestructura del sistema de partidos. Revista de ciencia política (Santiago), 40(2), 511-538.

Núñez Tomas, J. (2019). Un polémico plebiscito para militarizar la seguridad en Uruguay. Recuperado de https://nuso.org/articulo/seguridad-uruguay-vivir-sin-miedo-plebiscito-derechizacion/

Paternain, R. (2012). La hegemonía conservadora en el campo de la seguridad. Una interpretación del caso uruguayo. Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política, n. 2, pp. 83-100.

Paternain, R. (2013). Los laberintos de la responsabilidad. En Leopold, S., Gonzalez, C., Martinis, P., López, L., & Fessler, D. (Coord.) (2013). Los Sentidos del castigo. CSIC y TRILCE.

Paternain, R. (2014). Políticas de seguridad en el Uruguay: desafíos para los gobiernos de izquierda. Cuestiones de sociología.

Pérez de Sierra, L. (2019). Desafíos ante el avance del gobierno punitivo en Uruguay. Escenarios.

Pesce Lavaggi, E. (2005). Derecho penal juvenil: Lineamientos para su formulación dogmática. Montevideo: Carlos Álvarez.

Programa de Estudios Parlamentarios (PEP) (2019). Los proyectos de ley de urgente consideración en Uruguay. Recuperado de https://parlamentodata.com/2019/09/30/los-proyectos-de-ley-de-urgente-consideracion-en-uruguay/

Queirolo, R. (2020). ¿Qué significa el «giro a la derecha» uruguayo?. Nueva Sociedad, 287.

Rainusso, R. (2020.). La Ley de Urgente Consideración del 2020 y su incidencia en la consolidación de la Coalición Multicolor. Tesis de grado. Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Ciencias Sociales.

Rodríguez Almada, P. (2021). La inconvencionalidad e inconstitucionalidad de las normas en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal contenidas en la Ley N.° 19.889, sancionada por el procedimiento de declaratoria de urgente consideración. Revista de Derecho, 23, 49-84. https://doi.org/10.22235/rd23.2549

Rojido, E., & Trajtenberg, N. (2014). Una evaluación de la teoría de la elección racional: el caso del delito juvenil en Montevideo. Revista de Ciencias Sociales, 27(35), 71-90.

Ruiz, A. (2011). Asumir la vulnerabilidad. pp. 37-46, Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29256.pdf

Uriarte, C. (2013). La cuestión de la responsabilidad en el derecho penal juvenil. En Leopold, S., Gonzalez, C., Martinis, P., López, L., & Fessler, D. (Coord.) (2013). Los Sentidos del castigo. CSIC y TRILCE.

Uriarte, C. y Zubillaga Puchot, D. (2017). Neopunitivismo penal juvenil en el Uruguay. Machado, B. y Pereira de Andrade, A. (Coord.) (2017). Justicia juvenil: Paradigmas e experiências comparadas. Marcial Pons y FESMPDFT.

Zaffaroni, E. R. (1987). Manual de Derecho Penal Parte General. 5ª. Ed. EDIAR.

Zaffaroni, E. R. (2007). Culpabilidad por la vulnerabilidad. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm

Zaffaroni, E. R. (2012). La cuestión criminal. Planeta.

Zaffaroni, E. R. (2017). Los Disfraces de la Peligrosidad. Derechos en Acción, 6, 35.

Fuentes documentales

El País (06/06/2021). "Martín Lema: "Más de la mitad de los programas se rediseñarán". Recuperado de https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/martin-lema-mitad-programas-redisenaran.html

Lacalle Pou, L., Talvi, E., Manini Ríos, G., Mieres, P. y Novick, E. (2019). Compromiso por el País. Recuperado de https://lacallepou.uy/compromiso.pdf

MIDES (2021). Cantidad de adolescentes con Medida Privativa de Libertad. Recuperado de https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/indicador/cantidad-adolescentes-medida-privativa-libertad

Poder Judicial (2019). Informe: Procesos Infraccionales Adolescentes año 2019. Recuperado de https://www.poderjudicial.gub.uy/adolescentes/download/8310/1471/19.html

Presidencia de la República (2019). Relevamiento a la población en situación de calle descartó presencia de niños. Recuperado de https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/relevamiento-poblacion-situacion-calle-descarto-presencia-ninos

Presidencia de la República (2020). Discurso completo del presidente Luis Lacalle Pou en la Asamblea General. Recuperado de https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/discurso-completo-del-presidente-luis-lacalle-pou-asamblea-general

Presidencia de la República (2020). Presidente Lacalle Pou aseguró que la Policía concretará mayor presencia en zonas públicas del país y respaldó su accionar. Recuperado de https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/fotos/presidente-lacalle-pou-aseguro-policia-concretara-mayor-presencia-zonas-publicas

Normas citadas

Código de la Niñez y la Adolescencia [CNA]. Ley Nº 17.823 del 7 de setiembre de 2004 (Uruguay).

Código del Proceso Penal [CPP]. Ley Nº 19.293 del 19 de diciembre de 2014. (Uruguay).

Constitución Nacional de la República Oriental del Uruguay [Const.], 2 de febrero de 1967.

Convención Internacional de los Derechos del Niño [CDN], 20 de noviembre de 1989. Naciones Unidas.

Ley Nº 14.470 de 1975. Normas sobre reclusión carcelaria y personal penitenciario. 2 de diciembre de 1975.

Ley Nº 17.897 de 2005. Ley de humanización y modernización del sistema carcelario. Libertad provisional y anticipada. 14 de septiembre de 2005.

Ley Nº 18.494 de 2009. Ley del fortalecimiento del sistema de prevención y control del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Modificación. 5 de junio de 2009.

Ley Nº 18.771 de 2011. Creación del sistema de responsabilidad penal adolescente (SIRPA). 1 de julio de 2011.

Ley Nº 18.777 de 2011. Modifícase el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823. 11 de agosto de 2011.

Ley Nº 18.778 de 2011. Modificación del código de la niñez y la adolescencia. Registro nacional de antecedentes judiciales de adolescentes en conflicto con la ley penal. 15 de julio de 2011.

Ley Nº 19.055 de 2013. Modifícase disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823. 22 de enero de 2013.

Ley Nº 19.120 de 2013. Modificación del código penal. 20 de agosto de 2013.

Ley Nº 19.367 de 2015. Creación del instituto nacional de inclusión social adolescente como servicio descentralizado. 31 de diciembre de 2015.

Ley Nº 19.446 de 2016. Regulación del régimen de libertad provisional, condicional y anticipada y penas sustitutivas a la privación de libertad. 28 de octubre de 2016.

Ley Nº 19.513 de 2017. Creación de la comisión de lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado transfronterizo. Modificaciones al decreto ley 14.294 sobre estupefacientes. 14 de julio de 2017.

Ley Nº 19.534 de 2017. Aprobación de la regulación del derecho de admisión y permanencia en espectáculos públicos. 24 de septiembre de 2017.

Ley Nº 19.551 de 2017. Modificaciones a la ley n° 17.823 código de la niñez y la adolescencia. 25 de octubre de 2017.

Ley Nº 19.574 de 2017. Ley integral contra el lavado de activos. Actualización de la normativa vigente. Derogación de artículos del decreto ley 14.294 y leyes 17.835, 18.494, 18.914 y 19.149. 20 de diciembre de 2017.

Ley Nº 19.580 de 2017. Ley de violencia hacia las mujeres basada en género. Modificación a disposiciones del código civil y código penal. Derogación de los arts. 24 a 29 de la ley 17.514. 22 de diciembre de 2017.

Ley Nº 19.653 de 2018. Dispónese modificaciones a la Ley 19.293, Código del Proceso Penal. 27 de agosto de 2018.

Ley Nº 19.653 de 2018. Modificación a la Ley 19.293 Código del Proceso Penal. 17 de agosto de 2018.

Ley Nº 19.831 de 2019. Regulación del régimen de la libertad vigilada. 18 de septiembre de 2019.

Ley Nº 19.889 de 2020. Aprobación de la ley de urgente consideración. LUC. Ley de urgencia. 9 de julio de 2020.

LA MUERTE CRUZADA: ¿DISPOSITIVO DE GOBIERNO O ANOMALÍA INSTITUCIONAL?

Julio Echeverría[1*]
Código ORCID 0009-0005-0188-5554
julioe16@gmail.com

Resumen

Los asambleístas que redactaron la Constitución del Ecuador en el 2008, conocida como *Constitución de Montecristi*, introdujeron un dispositivo de desbloqueo político llamado "muerte cruzada". El mecanismo de muerte cruzada es una potestad del presidente de la República frente a una situación de ´grave crisis política´. La calificación de esta situación queda a juicio del presidente, y no requiere de la ratificación de ningún otro órgano de gobierno. Es un rasgo del hiper presidencialismo ecuatoriano, que, sin embargo aplica principios de una democracia parlamentaria, al forzar nuevas elecciones cuando el conflicto entre ejecutivo y legislativo obstaculiza la acción de gobierno. En el presente ensayo se analiza su utilización en el contexto de la aguda crisis del sistema político que atravesó Ecuador en la primera mitad del año 2023. ¿Qué implicaciones tuvo para el resto de instituciones del sistema, la aplicación de este mecanismo, al suspender a la Legislatura en sus funciones de legislación y control? ¿Funcionó como dispositivo de desbloqueo de la crisis entre las funciones legislativa y ejecutiva? ¿Permitió un recambio político que fortalezca la gobernabilidad del sistema, o demostró ser una anomalía institucional, al no lograr combinar un dispositivo del parlamentarismo en un régimen presidencial como es el ecuatoriano?

Palabras clave: Crisis institucional, constitución ecuatoriana, presidencialismo y parlamentarismo, anomalía sistémica.

[1*]Julio Echeverría, doctor en sociología y politólogo, por la *Universitá degli studi di Trento*. Fue profesor de la Universidad Central del Ecuador, donde impartió las cátedras de "Sociología de sistemas complejos" y "Teorías políticas modernas".

MORTE CRUZADA: DISPOSITIVO DE GOVERNAÇÃO OU ANOMALIA INSTITUCIONAL?

Resumo

Os deputados que redigiram a Constituição do Equador de 2008, conhecida como a Constituição de Montecristi, introduziram um dispositivo de desbloqueio político chamado "morte cruzada". O mecanismo de morte cruzada é um poder do Presidente da República numa situação de "grave crise política". A qualificação desta situação fica ao critério do Presidente e não requer a ratificação de qualquer outro órgão do governo. É uma caraterística do hiper-presidencialismo equatoriano, que, no entanto, aplica os princípios da democracia parlamentar ao forçar novas eleições quando o conflito entre o executivo e o legislativo impede a ação do governo. Este ensaio analisa a sua utilização no contexto da crise aguda do sistema político que o Equador atravessou no primeiro semestre de 2023. Que implicações teve a aplicação deste mecanismo para o resto das instituições do sistema, ao suspender a Legislatura nas suas funções legislativas e de controlo, funcionou como um dispositivo para desbloquear a crise entre as funções legislativa e executiva, permitiu uma mudança política que reforça a governabilidade do sistema, ou revelou-se uma anomalia institucional, ao não combinar um mecanismo parlamentar num regime presidencial como o do Equador?

Palavras-chave: crise institucional, constituição equatoriana, presidencialismo e parlamentarismo, anomalia sistémica.

CROSS-DEATH: GOVERNMENT DEVICE OR INSTITUTIONAL ANOMALY?

Abstract

The assembly members who drafted the Constitution of Ecuador in 2008, known as the Constitution of Montecristi, introduced a political unblocking device called "cross-death". The cross-death mechanism is a power of the President of the Republic in a situation of

'serious political crisis'. The qualification of this situation is left to the judgment of the president, and does not require ratification by any other governing body. It is a feature of Ecuadorian hyper-presidentialism, which, however, applies principles of a parliamentary democracy, by forcing new elections when the conflict between the executive and the legislature hinders government action. This essay analyzes its use in the context of the acute crisis of the political system that Ecuador went through in the first half of 2023. What implications did the application of this mechanism have for the rest of the institutions of the system, by suspending the Legislature in its functions of legislation and control? Did it work as a device to unblock the crisis between the legislative and executive functions? Did it allow a political change that strengthens the governability of the system, or did it prove to be an institutional anomaly, by failing to combine a device of parliamentarism in a presidential regime such as the Ecuadorian one?

Key words: institutional crisis, ecuadorian constitution, presidentialism and parliamentarism, systemic anomaly.

1. Antecedentes

El presidente de la República del Ecuador firmó la mañana del miércoles 17 de mayo del 2023, el decreto de disolución de la Asamblea Nacional, poniendo en juego por primera vez en el país el artículo 148 de la Constitución aprobada en 2008. Este dispositivo, conocido como ‘muerte cruzada’, fue diseñado para prevenir bloqueos institucionales entre las funciones del Estado, en particular entre los poderes ejecutivo y legislativo. Su utilización pretende proteger al sistema de posibles crisis de gobernabilidad que bloqueen su funcionamiento, por enfrentamiento entre estas funciones.

En el presente ensayo se analiza la función de este dispositivo en el conjunto del sistema político y su forma de operación efectiva. Para ello, se acude al análisis institucional y de teoría de sistemas. Se observa, a partir de este análisis, la incidencia de su aplicación, su utilidad para orientar el recambio de autoridades (Presidente y Asambleístas), así como las

posibles derivaciones que este induce en el proceso político y en el nuevo alineamiento de las fuerzas políticas.

Si bien la muerte cruzada es un expediente constitucional y legal, su aplicación es inédita en la historia del país. La discusión sobre su efectiva funcionalidad se convierte en un desafío analítico para la ciencia política y para las teorías de gobierno.

2. Qué es la muerte cruzada: cómo y por qué se aplica

El dispositivo de la muerte cruzada podría ser visto como el 'botón de pánico' al cual se acude cuando la amenaza a la estabilidad y seguridad de un 'estado de situación' es alta. Se acude a él para evitar la disrupción sistémica.[2]

En el caso del sistema político, la amenaza es el colapso institucional en el vértice decisional. Aparece en la constitución del 2008 bajo la figura del blindaje o resguardo al presidente frente a posibles impugnaciones que puedan surgir en el interior del mismo sistema, en este caso de la legislatura. Se trata de un dispositivo de alerta, pero también de recomposición del sistema, en el caso de que la disrupción acontezca. En principio está alli para no ser utilizado, ya que hacerlo implicaría la disolución de ambos poderes, del ejecutivo como del legislativo, del presidente y de la asamblea.

La amenaza en política funciona como elemento disuasorio que obliga al acuerdo y a la evasión del conflicto. Sin embargo, al igual que en la imagen del botón, cuando este se activa, se pone en marcha un proceso de reconfiguración de lo disuelto por el impacto disruptivo. El sistema se resetea.

[2] El concepto de dispositivo hace referencia a un mecanismo o instrumento que posibilita una operación institucional en las estructuras del sistema político. Se trata de un cuerpo normativo que está en la Constitución, para inducir un determinado comportamiento del sistema, en este caso, para orientar los procesos de recambio político en sus instancias de gestión y de gobierno y evitar crisis sistémicas de gobernabilidad. Hace referencia a una condición de complejidad externa del sistema, no suficientemente procesada, cuyo tratamiento es interiorizado por el mismo como solución de última instancia. Para una comprensión más amplia del concepto remitimos a G. Agamben, *¿Qué es un dispositivo?* A Hidalgo edit, Buenos Aires, 2014.

El mecanismo de muerte cruzada es una potestad del presidente de la República frente a una situación de "grave crisis política". La calificación de esta situación queda a juicio del presidente, y no requiere de la ratificación de ningún otro órgano de gobierno. Es un rasgo del hiper presidencialismo ecuatoriano que, sin embargo, aplica principios de una democracia parlamentaria, al forzar nuevas elecciones cuando el conflicto entre ejecutivo y legislativo obstaculiza la acción de gobierno.[3]

La aplicación de la muerte cruzada cierra un ciclo político y abre otro, con la renovación de las autoridades en ambas funciones del Estado. Los otros dispositivos de reconfiguración sistémica se activan. La Constitución señala que el Consejo Electoral deberá convocar inmediatamente a elecciones de presidente y de asambleístas, por el tiempo que resta para completar el periodo para el que fueron electas las autoridades cesantes. Un plazo corto no superior a seis meses deberá intercorrer entre la convocatoria, la elección y la designación de las nuevas autoridades; en este periodo, el presidente en el cargo gobernará sin un órgano legislativo y podrá aprobar por decreto leyes de urgencia económica, previa su calificación por parte de la Corte Constitucional.

Dos entidades son fundamentales junto al ejecutivo, para la conducción del proceso de recambio: el Consejo Nacional Electoral, que tiene la tarea de organizar en un plazo corto el proceso de elecciones; y la Corte Constitucional, que deberá calificar la constitucionalidad de los decretos de emergencia económica, a los cuales puede acudir el Ejecutivo y que se vuelven su principal instrumento de gestión y legislación. Su tarea está acotada al control de

[3] El dispositivo de disolución de la asamblea está normado en el art 148 de la Constitución, "La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no la competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos. Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo". *Constitución de la República del Ecuador*. (publicado en el registro oficial 20 de octubre de 2008).

constitucionalidad de los decretos leyes de emergencia, pero no puede sustituir las funciones de legislación y fiscalización propias de la legislatura.

Si bien la muerte cruzada es un expediente constitucional y legal, su aplicación es inédita en la historia constitucional del país, lo cual genera una fuerte incertidumbre; su aplicación demostrará si es útil como válvula de escape a las tensiones políticas entre funciones del Estado, más allá de concebirse como puro blindaje del hiper presidencialismo. O, si por último, genera más complejidades de las que busca resolver.

3. La funcionalidad del dispositivo

Lo que está en juego al definir el posicionamiento de la muerte cruzada es el sistema de interacciones entre las partes del sistema político encargadas de conducir el proceso decisional. Se trata de una institución que los legisladores de la Asamblea Constituyente de 2008 introdujeron, extrapolándolo de los sistemas parlamentarios; un dispositivo del parlamentarismo aplicado en una Constitución que regimenta un sistema presidencial.

El primer interrogante que surge es si este dispositivo hace parte de un complejo institucional más amplio o si es un instrumento aislado sin mayor relación estructural con las otras partes del sistema. ¿Un acápite más en el extenso texto constitucional de Montecristi?

Lo que se ha dado en denominar como ‘muerte cruzada’, corresponde en los regímenes parlamentarios, a la operación de destitución de una mayoría de gobierno cuando ésta se ha debilitado o puesto en cuestión el acuerdo fundamental sobre el cual se sostiene. Se trata de una operación de recambio político que es congruente con un sistema de construcción consensual de la política, que busca alcanzar acuerdos entre los partidos para apoyar una determinada línea de gobierno.

Un dispositivo que desbloquea el conflicto, pero al mismo tiempo impide que el curso institucional de la política se detenga: los cambios de gobierno o de primer ministro no afectan mayormente los procesos de gestión de la administración pública. No así en el

presidencialismo, donde esta continuidad tiende a romperse dada la extrema asimilación de administración y gobierno, fenómeno que se acentúa en regímenes de corte hiper presidencial.[4]

En el parlamentarismo, la función de gobierno se soporta sobre el consenso alcanzado en la legislatura sobre el esquema o programa de gobierno; sobre este consenso o acuerdo entre los partidos, se asienta la función de gobierno; apenas este acuerdo termina o se ve socavado, termina también la vigencia del gobierno, que estaba allí para implementar el mandato de esa mayoría. Es por tanto un mecanismo de recambio que permite adecuar la función de gobierno a las expectativas de programa de los distintos actores partidarios, a sus cambios determinados por modificación de los escenarios en los cuales estos acuerdos intervienen; cuando el gobierno se conduce por fuera del acuerdo, o implementa una política que rebasa o contradice las líneas del mandato, se produce la 'pérdida de confianza' y 'cae el gobierno'. Al caer el gobierno y no lograr rehacer el acuerdo, cae también la legislatura y se pone en marcha la convocatoria de nuevas elecciones.

En el parlamentarismo, el conflicto y el cambio en los procesos de dirección y de gobierno, no supone la detención de la gestión institucional, al contrario, facilita la adecuación a los cambios de escenario y de equilibrios entre las fuerzas políticas. El parlamentarismo se ajusta a una visión de construcción consensual de la política, pero puede también, si el conflicto entre los actores es agudo, pagar el costo de la inestabilidad que puede derivar del aplazamiento y la discusión *ad infinitum* que detiene la innovación del sistema.[5]

[4] La separación entre administración y gobierno es una pieza central en el funcionamiento del Estado de Derecho, permite una adecuada diferenciación de roles. La administración tiene que ver con la alocación de recursos y sigue una racionalidad de medios a fines; el gobierno supone la valoración de procesos y establece los ajustes necesarios en función de programas legitimados por el voto. El gobierno establece premisas que la administración debe realizar, adecuándose a criterios de factibilidad que son neutros. La crisis de la representación debilita o altera la brújula del sistema y la administración puede verse expuesta a presiones extra políticas y a intereses corporativos; el sistema pierde capacidad estratégica (M. Weber, 1991).

[5] Para una discusión sobre presidencialismo y parlamentarismo y su pertinencia para América Latina remitimos al clásico "Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate", Matthew Soberg Shugart y Scott Mainwaring, 2002, en *Presidencialismo y democracia en América latina*, Bs Aires, 2002.

En el diseño constitucional ecuatoriano, la muerte cruzada aparece como recurso de última instancia para desbloquear conflictos; es la última *ratio* del conflicto y por tanto es congruente con una lógica en la cual prima la confrontación entre las partes y no la colaboración funcional. El presidencialismo favorece esta inclinación, al soportarse en un régimen de doble soberanía o de soberanía fragmentada en la producción de legitimidad de ingreso al sistema. Se elige en un mismo acto a la asamblea representativa y al gobierno; por tanto, ambas instancias institucionales pueden reclamar igual legitimidad. En este esquema el conflicto potencial está instalado en el mismo diseño institucional, la legitimidad tiende a repartirse asimétricamente entre gobierno y oposición, el actor de gobierno podría no contar con mayorías de sustento a su acción de gobierno.[6]

El presidencialismo es más proclive a afirmar líneas de gobierno y por tanto a resolver autoritariamente el proceso decisional, pero debe permanentemente trabajar en la producción de consensos, con una asamblea de la cual en muchos casos termina por depender.

En ambos casos, presidencialismo y parlamentarismo suponen la existencia de un sistema de partidos que procese la conflictividad social y exprese la pluralidad de demandas que emergen en sociedades complejas ya no solamente divididas por intereses económicos, sino también por clivajes culturales, regionales, locales. El presidencialismo tiende a reducir drásticamente esta pluralidad de fuerzas mediante esta operación de *reductio ad unum*, en la cual la voluntad se expresa o representa en la figura del presidente de la república. El sistema gana en univocidad decisional, pero pierde en legitimidad de sustento, lo cual termina paradójicamente por debilitar la base consensual que requiere el proceso decisional.

[6] En el parlamentarismo la elección del primer ministro o jefe del gobierno es indirecta. Su sustitución no afecta la legitimidad de origen que está en la expresión de la voluntad popular. El parlamentarismo, a diferencia del presidencialismo, desde sus orígenes, funcionó como dispositivo de construcción consensual que se instala en una institucionalidad mayor que es la de las monarquías absolutas, que, gracias a esta imbricación, dejan de serlo y pasan a ser monarquías parlamentarias. En este caso la continuidad institucional es garantizada por la figura del monarca, que más allá de ser decorativa, cumple una función de estabilidad del sistema, al conducir el proceso de recambio de la legislatura, una función crucial para garantizar la vida del mismo sistema constitucional. Al respecto cobra interés el análisis de los distintos casos de presidencialismo y en él, de las formas híbridas conducentes a vincular o combinar modalidades del presidencialismo como del parlamentarismo; el caso francés, es, seguramente, el más aleccionador al respecto. (Ceccanti, S. 1996, Fabbrini, S. 2009).

El funcionamiento del sistema de partidos se convierte en la piedra angular del sistema político. De igual forma la operacionalización del principio de división de poderes y su pleno funcionamiento, algo que tiende a debilitarse en sistemas donde el presidencialismo se refuerza al punto de convertirse en hiper presidencialismo.[7] El sistema de partidos procesa inicialmente la complejidad social mediante la elaboración programática, construye previamente los consensos que luego se especificarán en la elaboración de la agenda legislativa, de esta manera la construcción decisional se ve agilizada y puede elaborar decisiones con visión de mediano y largo plazo reduciendo así el inmediatismo y cortoplacismo del sistema.

La reducción previa de complejidad operada por el sistema de partidos permite volver más eficiente el proceso decisional, una limitada reducción de esta complejidad expone a las interacciones entre ejecutivo y legislativo a mayores grados de incertidumbre y a soluciones no consensuales; el diseño hiper presidencial de la Constitución favorece e incentiva la fragmentación del sistema de representaciones.

La línea anti representación de esa carta constitucional releva a la legislatura de las funciones de fiscalización y control y las transfiere al CPCCS, bajo una retórica neo garantista, que supuestamente promueve la participación ciudadana. El derecho a la participación aparece como un valor que debe traducirse en procedimientos normativos rigurosos y extremadamente formales. Un ejemplo de ello es la obligación a llenar cupos de firmas de adherentes a las organizaciones políticas, que ha permitido incluso transacciones fraudulentas y compra venta de firmas a cambio de reconocimiento jurídico de las

[7] En otra sede discutimos este proceso de transición desde una forma de presidencialismo reforzado, como es el que caracterizó al diseño institucional presente en la Constitución de 1998, a uno de características hiper presidenciales, como es el que caracteriza a la Constitución del 2008. Una modificación no trivial, que impregna a todo el diseño constitucional de Montecristi y que se expresa en la configuración de los llamados cinco poderes; en dicho diseño institucional, el 'poder electoral' y el 'poder ciudadano', sustituyen las funciones de la legislatura y por tanto la debilitan, lo que trae consigo la pérdida de relevancia del sistema de partidos y por tanto la base consensual sobre la que reposa el proceso decisional, en su lugar aparecen otras funciones o modalidades de construcción decisional de tipo meritocrático y plebiscitario; al respecto remito a mi ensayo "El Estado en la nueva constitución", en (*La Nueva Constitución del Ecuador*, Quito, UASB, Corporación Editora Nacional, 2009), donde se trata con mayor detenimiento este tema.

organizaciones políticas. Añádase a esto, el establecimiento de una dicotomía entre partidos nacionales y movimientos locales, que ha conducido a su proliferación (276 actualmente registradas en el CNE) y con ello a la fragmentación de la representación en la asamblea nacional. Fragmentación de expresiones políticas que tiende a reducirse mediante la polarización de fuerzas enfrentadas, que operan bajo lógicas de exclusión sectaria y de bloqueo, que terminan por erosionar su legitimidad.

La muerte cruzada interviene en el contexto de esta sistemática caída de legitimidad del sistema; este consume legitimidad y no la produce como estaría llamado a hacerlo. La extrapolación del dispositivo de la muerte cruzada desde el parlamentarismo al presidencialismo, termina por sancionar esta lógica de enfrentamientos, aparece como salida inmediatista extrema, pero abre mayores complejidades de las que debería reducir.

4. Muerte cruzada e institucionalidad

Es materia de una complicada hermenéutica el dilucidar si los asambleístas que introdujeron este dispositivo en la Constitución, lo hicieron mirando el conjunto de la estructura institucional que norma la constitución, o si su introducción estuvo pensada como elemento aislado, dirigido exclusivamente al blindaje del hiper presidencialismo.

Al no definir con claridad los momentos que suceden a su aplicación y al abrir el escenario hacia futuras elecciones destinadas a concluir el mandato y no a renovar o reiniciar otro de duración normal, conduce a pensar que su objetivo consistía en funcionar como elemento disuasorio o amenaza para ‘llamar al orden’, a actores arrebatados por su pasionalidad y por el enfrentamiento, y no a funcionar como pieza de recambio y de innovación. Un dispositivo que, si bien puede momentáneamente desbloquear el conflicto, termina por generar un excesivo gasto de energías para el sistema, afectando aún más su capacidad decisional; al contrario, esta tiende a complicarse sobremanera.

Una de esas complicaciones tiene que ver con la reducción del tiempo político para la aplicación programática; al aplicarse la muerte cruzada a mitad del periodo de gobierno,

reduce el tiempo político con el cual podrá contar el proceso decisional; lo cual hace que entre la nueva convocatoria a elecciones provocada por la muerte cruzada y la elección realizada, se cumpla gran parte de lo que resta del periodo, lo cual deja a las nuevas autoridades un escaso tiempo para la realización del nuevo programa de gobierno.[8]

A diferencia del parlamentarismo donde la revocatoria del mandato termina con la legislatura y da curso a una nueva, en el caso del presidencialismo ecuatoriano, el nuevo gobierno elegido lo es solamente para la conclusión del periodo en cuestión, el sistema deberá retornar en un corto periodo de tiempo a un nuevo proceso electoral, lo cual debilita los enlaces de la planificación entre el corto y el mediano plazo. El sistema se ve abocado al cortoplacismo.

A la reducción del tiempo político se añade otro problema que tiene que ver con la alteración de la estructura decisional, con la suspensión de las funciones de legislación y fiscalización propias de la legislatura, las cuales no pueden ser entregadas al ejecutivo mientras dura la transición al nuevo gobierno. El ejecutivo se ve limitado en la toma de decisiones que requieren el aval de la legislatura, puede solamente acudir al expediente de decretos de emergencia económica, los cuales deben pasar por el control de constitucionalidad ejercido por la corte constitucional. Ello abre otros campos de complejidad, acota la iniciativa presidencial y ejerce presiones sobre la corte al punto de comprometerse de alguna forma en el proceso decisional; ésta debe pronunciarse sobre el carácter emergente de dichos decretos, lo cual la expone a rebasar sus funciones y arriesgar la politización de sus decisiones, lo cual podría erosionar su legitimidad.[9]

[8] La misma elaboración programática se ve condicionada por esta reducción del tiempo político. Tanto el presidente como la asamblea elegida se ven frente a restricciones en su capacidad y espacio de movimiento. La implementación del presupuesto público es rígida ya que se lo deberá realizar de acuerdo a las prioridades ya establecidas y aprobadas para la culminación del periodo previamente establecido; de igual forma, la estructura del presupuesto del año restante deberá replicar la del año vigente. En materia legislativa de igual forma, la formulación de leyes y su aprobación ocupan un tiempo que rebasa la duración del periodo, lo cual afecta la posible estructuración de una agenda legislativa. La legislatura deberá dar continuidad al proceso legislativo previo, lo cual predetermina el accionar de los actores. El margen de maniobra del ejecutivo y de la asamblea se ven seriamente acotados.

[9] La corte se expuso ante la opinión pública en dos ocasiones, cuando vetó la iniciativa del ejecutivo al negar la validez del decreto de formación de zonas francas con el fin de atraer inversiones externas, así como en la aprobación de exoneraciones y flexibilización de condiciones para el pago de becas otorgadas por el Estado, a

Si bien la normativa constitucional de Montecristi eliminó las funciones de fiscalización y control político, dejó para la legislatura, como recurso de última instancia, la posibilidad de interpelación a los órganos de control (Consejo de Participación Ciudadana, Consejo de la Judicatura y Consejo Nacional Electoral); al suspenderse esta función por efecto de la muerte cruzada, estas instancias tienden a actuar en la suposición de que no existe poder alguno sobre ellas, lo que favorece la arbitrariedad y el personalismo en la actuación de sus autoridades y alimenta la des institucionalización del mismo marco institucional que las contiene. El sistema ingresa en una dinámica entrópica de debilitamiento, por enfrentamiento de sus mismas estructuras internas, fenómeno que ya no solo afecta la secuencia representación-gobierno sino a la misma administración de Justicia, cuya gravedad puede intensificarse y abrir flancos para la impunidad y la penetración de intereses del crimen trasnacional.

5. Las determinaciones coyunturales

El contexto para la aplicación del mecanismo de muerte cruzada, fue de un profundo desarreglo institucional. El clima de confrontación política inducido por el bloque correísta en la Asamblea Nacional, cerraba el paso a cualquier negociación, su objetivo parecía ser provocar la caída del régimen a como dé lugar y forzar la consecución de su estrategia, que era la de allanar el camino del 'regreso al poder' de su líder máximo, el ex presidente Rafael Correa. Frente a este objetivo, la lealtad a la misma democracia y sus reglas de juego, quedaban en segundo lugar; la intervención del bloque mayoritario y sus aliados, dejó sin salidas a un gobierno caracterizado por su debilidad política y programática.

El presidente Lasso apretó el botón de la muerte cruzada ante su inminente destitución por la asamblea. En un primer momento, parecía que su intención era la de forzar el cambio

estudiantes que se encontraban en dificultad de cancelarlas; en estos casos la corte incursionó en el análisis de pertinencia acerca de la urgencia de estas acciones de política pública, materia de la cual debería estar exenta. El dispositivo de la muerte cruzada introduce tensiones en el diseño institucional, obliga a que la Corte, máxima instancia de control de constitucionalidad, decida sobre contenidos de política pública, lo cual podría ser considerado como 'intromisión en la política de partidos'.

de su correlación de fuerzas en la asamblea, para relegitimar su plan de gobierno y concluirlo después de un eventual triunfo en las elecciones derivadas de la muerte cruzada; pero luego de cálculos políticos sobre la efectiva afirmación de esta estrategia, el presidente Lasso y su partido CREO, desertaron de su participación en la contienda electoral. La posible utilización de la muerte cruzada para renovar el apoyo a su gestión fue abandonada; con esta decisión, el gobierno provocó un abrupto cierre de ciclo político que terminó por afectar a los actores de la mayoría que impulsaba el *impeachment*.[10]

Esta decisión incrementó aún más la incertidumbre; en medio al creciente deterioro institucional, el sistema debía prestarse a conducir un cambio de gobierno por un periodo de 18 meses, para luego volver nuevamente a un escenario electoral en el 2025.

El Consejo Nacional Electoral y las organizaciones políticas se vieron en la urgencia de llenar listas y enfrentar el nuevo contexto de las elecciones adelantadas. En este escenario, y dos días antes de que se realizara el debate entre los presidenciables, fue asesinado el candidato a la presidencia Fernando Villavicencio. El acontecimiento constituyó un verdadero ataque a la democracia, y alertó sobre la presencia de la narcopolítica; el hecho parecía ser parte de una elaborada estrategia por tomar el poder de las instituciones o amedrentarlas.

El evento electoral se realizó en un ambiente de riesgo extremo, en mucho condicionado por este desarreglo institucional.[11] La presencia del crimen trasnacional y de la

[10] La lógica confrontacional en torno al clivaje correismo-anti correísmo que dominó la legislatura, involucró directa o indirectamente al resto de fuerzas políticas, las cuales se vieron afectadas por la aplicación de la muerte cruzada; fuerzas como el PSC, la ID y Pachakutik, encontraron serias dificultades para enfrentar las nuevas condiciones derivadas de su aplicación.

[11] Esta situación puso en evidencia la crisis de los sistemas de seguridad y control penitenciario, de directa incidencia en la seguridad ciudadana, en la afectación a las actividades económicas y en la misma coexistencia social: los índices de delincuencia y de violencia social se han incrementado, lo cual incidió determinantemente en la seguridad del proceso. El Observatorio del Crimen Organizado del Ecuador, en el Boletín Semestral de Homicidios correspondiente al primer semestre de 2023, señala el fuerte incremento de la inseguridad en el país, experimentado en los últimos años: "Ecuador ha experimentado un aumento del 528.10% en el número de homicidios intencionales en comparación con el primer semestre de 2019. Al final de 2023, el país puede superar las 7000 muertes violentas, alcanzando una tasa de homicidios por cada cien mil habitantes mayores a 35" (p. 7).

narcopolítica, se convirtió en el tema de mayor incidencia en el proceso. La secuela de asesinatos políticos, al alcalde de la ciudad de Manta Javier Intriago y al candidato presidencial Fernando Villavicencio, se convirtieron en el centro de atención y de alarma para el sistema.[12]

Su impacto fue gravitante en los resultados de primera vuelta: se ratificó la presencia del correísmo como primera mayoría en la estructura de la nueva Asamblea Nacional, la misma fuerza política que estuvo detrás del intento de *impeachment* al presidente, que derivó en la muerte cruzada. Pero el resultado permitió también apreciar la emergencia de nuevos actores; la presencia de un outsider, Daniel Noboa, y la canalización de votos a la candidatura de Cristian Zurita, sucesor de Villavicencio y las listas 25 del movimiento Construye. Esta última se convierte en la segunda minoría en la nueva Asamblea, lo que define una nueva configuración de fuerzas en el Parlamento.

Si bien es posible advertir estos cambios, las elecciones no establecen una clara articulación de mayorías y minorías, que permita entrever la configuración de una Asamblea relativamente consistente en sus interacciones políticas. Aunque se observan recambios en la configuración de los actores, los efectos de la muerte cruzada, parecerían no haber conducido a una efectiva re articulación de las fuerzas políticas, que presente un cuadro de interacciones favorable a salidas consensuadas.

6. Estado de derecho, crisis de representación y muerte cruzada

¿Qué cambios de estructura pueden advertirse a partir de la implementación de la muerte cruzada?

[12] Ambos asesinatos, pero seguramente la muerte del ex candidato Fernando Villavicencio, trajo consigo una convulsión política de significativas proporciones, alertó sobre la presencia de la narcopolítica y sus diramaciones en todo el sistema político, con graves impactos en las estructuras sociales y económicas del país. El agravarse del fenómeno parecería corresponderse con un cambio situacional en el cual el narcotráfico "no se conforma con coexistir y aprovechar las brechas de un Estado débil, sino que quiere tomar el Estado". Cf. *"Es hora de abrir los ojos"*, entrevista a Hugo Achá, Revista Vistazo, 7 Sep, 2023.

La muerte cruzada acelera procesos de redefinición de la acción política que ya se venían manifestando y que tienen que ver con la crisis de la representación y con la introducción en su lugar, de nuevos diseños institucionales, nuevas lógicas políticas y modalidades de acción. Se trata de modificaciones que se han ido afirmando en el desarrollo constitucional del país, y que remiten a las discusiones mantenidas en torno a la formulación de las dos últimas cartas constitucionales, la de 1998 y la del 2008.

La muerte cruzada, pone en evidencia los defectos de diseño institucional y las consecuencias que trae su funcionamiento en la afectación de la institucionalidad del sistema político. La muerte cruzada permite observar la inconsistencia y disfuncionalidad que afecta al núcleo institucional del diseño sistémico y que acontece entre las instituciones de la representación política (partidos y asamblea legislativa), y las instituciones de corte meritocrático plebiscitario, que introduce la Constitución del 2008, como son el CPCCS y el Consejo de la Judicatura, cuyas competencias tienen que ver con el control de la administración pública y de la administración de justicia.

Esta lógica presente en las relaciones que estructuran al sistema político tiende a tensionarse generando fuertes presiones disruptivas. En el diseño hiper presidencial las potestades de la asamblea pasan a las instituciones plebiscitarias meritocráticas, lo cual debilita las funciones de la legislatura, ésta se vuelve una instancia prescindible en la construcción decisional y en la fiscalización del poder y los actores que la integran, tienden a des responsabilizarse de la acción de gobierno, lo que los conduce a perfeccionar sus operaciones de boicot y chantaje al ejecutivo.

Una condición similar es reconocible en la afectación a la autonomía del sistema de administración justicia; el Consejo de la Judicatura, asume competencias ya no solo de administración sino de gobierno del sistema, hace suyas las funciones que antes las realizaba la Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional, lo cual afecta la autonomía de jueces, fiscales y demás operadores de justicia. Los miembros de este Consejo son seleccionados en

base a discutibles criterios meritocráticos, a partir de procesos selectivos operados por el CPCCS.[13]

El desarreglo institucional derivado de estas modificaciones de estructura constitucional sistémica, es de considerables proporciones; al uso y abuso de recursos garantistas no suficientemente regulados y que promueven impunidad en los procesos de administración de la justicia ordinaria, se añaden un conjunto de conflictos entre los mismos administradores de justicia y entre las instancias institucionales que los regulan.

La redefinición de funciones para el Consejo de la Judicatura operada en la Constitución de Montecristi, responde al mismo paradigma que animó la conformación del Consejo de Participación Ciudadana; sus funciones de administración, pasan ahora a ser también de gobierno de la justicia; una instancia de difícil y discutida conformación, que presiona sobre la autonomía de jueces y fiscales mediante expedientes administrativos de control y punición.[14] Su discutible legitimidad de origen, se traduce en discrecionalidad y arbitrariedad en su operación de 'gobierno de la justicia'.[15]

[13] El Consejo de la Judicatura es un órgano de administración del sistema de Justicia; está integrado por cinco vocales y sus suplentes. Los miembros de este Consejo se eligen mediante ternas enviadas por la Corte Nacional de Justicia, de la cual sale el presidente del organismo; los demás vocales provienen de ternas enviadas por la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, la Función Ejecutiva y la Legislatura. Su elección es llevada a cabo por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Sus miembros pueden ser juzgados y sustituidos mediante juicio político por la Legislatura; en ausencia de esta instancia por efectos de la muerte cruzada, estos se ven relevados de este control.

[14] Uno de los conflictos de mayor resonancia, que aparece en el contexto de la aplicación de la muerte cruzada fue el que se dio entre el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia, frente al intento por parte de la Judicatura de destituir al juez que seguía casos relativos a los miembros de este Consejo, lo que concluyó en el desconocimiento de este por parte de la Corte Nacional de Justicia. Ambas instancias, el CJ y el CPCCS parecerían trabajar coordinadamente. Frente a la investigación sobre estos hechos, llevada adelante por la Fiscalía, aparece el CPCCS aupando una acción de revisión de la misma integración de la Corte Constitucional, al aprobar una acción de protección presentada ante un juez y dirigida a revisar la integración de la actual Corte Constitucional. Una acción que viola flagrantemente las disposiciones constitucionales refrendadas en la consulta popular del 2018; una prueba más de que estas instituciones trabajan en función de cálculos políticos que ponen en riesgo la estabilidad sistémica de la democracia.

[15] El mismo concepto de 'gobierno de la justicia' se revela problemático, porque remite a una posible afectación a la autonomía del sistema. La Constitución prevé la conformación de una instancia que está sobre la administración de justicia, justamente para gobernarla; esta instancia que en la Constitución del 1998 se ocupaba de aspectos exclusivamente administrativos, pasa en la Constitución de 2008, a convertirse en instancia de gobierno del sistema.

La institucionalidad de Montecristi da cauce a esta semántica anti estado de derecho y la interioriza en el diseño institucional. La muerte cruzada pone en evidencia de manera más clara estas 'inconsistencias' presentes en el diseño institucional. El dispositivo de la muerte cruzada se nos presenta como la última *ratio* de una operación de afectación al Estado de derecho, realizada por fuera de su semántica constitutiva.

7. Crisis de sentido y nuevas formas de acción política

A nivel de las estructuras sistémicas de producción de sentido, la muerte cruzada acelera un conjunto de procesos que se venían manifestando, que están relacionados con la crisis de representación y que tienen que ver con el mismo *estatus* de la política, con los valores que la informan y con la real pertinencia que esta tiene como mecanismo de canalización de las demandas y expectativas sociales.

También aquí la muerte cruzada opera como catalizador que acelera tendencias. La crisis de la representación política induce cambios en el comportamientos de actores sociales y políticos, ahora expuestos a procesos comunicativos mucho más dinámicos que tienen que ver con la dominancia de la comunicación digitalizada; ratifica el axioma ya consolidado en la teoría sistémica, que el actor se constituye en la comunicación (N. Luhmann); la comunicación y sus formas digitalizadas ingresan ahora con mayor contundencia en el escenario de las interacciones políticas, y ponen bajo fuerte presión a las estructuras del sistema político; las cuales seguramente deberán adaptarse a estas nuevas condiciones de aceleración comunicativa.

La dinámica comunicativa que imponen los formatos digitalizados, es congruente con la aceleración del tiempo político que se deriva de la aplicación de la muerte cruzada. Los tiempos para el recambio político, como para la reconfiguración programática del sistema se intensifican: los plazos reducidos tanto para acudir a las urnas, como para encarar un periodo de gobierno de corta duración, obligan a una mayor especificación funcional, tanto en el manejo de la campaña electoral, como en la operación selectiva de construcción programática; la tecno digitalización de la comunicación política, opera como plataforma o

estructura de resignificación en la construcción del discurso político y por esta vía de las mismas semánticas políticas.

Las estructuras partidarias ya debilitadas por la misma irrelevancia de la representación, se muestran como estructuras lentas y pesadas al momento de reaccionar a la aceleración del tiempo político. El lugar de los partidos políticos como estructuras que canalizan valores, necesidades y expectativas, tiende a ser sustituido por empresas de construcción y definición de políticas, que compiten en el escenario electoral. La aceleración del tiempo es congruente con las lógicas de competencia que dominan en el mercado político, la deliberación de programas se sustituye por la elaboración de mensajes y en estos, la imagen tiende a sustituir a las palabras o estas se acotan exigidas por los formatos digitalizados.

La crisis de la representación parecería indicar que el terreno estaba ya preparado para este tipo de desempeño; una miríada de organizaciones de distinta naturaleza, de movimientos, interactúan con otro tipo de empresas dispuestas a construir y producir política (empresas de sondeo estadístico, asesores de imagen, *influencers*). La construcción de la política se aleja cada vez más de las lógicas de la representación, el partido se transforma en empresa.[16]

No se trata solamente de un nuevo 'giro de negocio', la política siempre ha tenido que enfrentar el financiamiento de sus operaciones. Lo que es factible apreciar, es, seguramente, una mayor conexión de la política con las lógicas económicas y financieras de administración y gestión del poder. El poder político pasa a ser funcional a las estrategias de reproducción de grupos de poder formales e informales, legales e ilegales. La política desarrolla más su lado instrumental de lógica de fuerzas enfrentadas por la disputa del poder, que la de construcción de sentidos que fortalezcan la realización de lo público y lo colectivo.

[16] La campaña electoral puso en competencia a organizaciones que contaban con el registro electoral pero que no necesariamente funcionaban de manera permanente en los proceso de deliberación y formulación programática; se los ha denominado como 'partidos membrete' o 'agencias electorales', dispuestas para operar con el mejor postor; organizaciones altamente flexibles, las cuales copan la publicidad en medios convencionales y digitales, sin que el Consejo Electoral pueda regularlas; nunca antes fue tan evidente esta conexión entre partidos-empresas y resultados electorales.

8. Conclusiones

La aplicación del dispositivo de la muerte cruzada ha permitido desnudar las lógicas institucionales que animan al sistema político en el Ecuador. Se trata de un diseño institucional que lejos de reducir la complejidad la incrementa. Su aplicación desata tendencias estructurales que ya estaban presentes, como el conflicto o contradicción entre instituciones representativas e instituciones meritocráticas plebiscitarias; en este sentido nos muestra una relación no suficientemente concluida ni procesada entre los paradigmas constitucionales de 1998 y 2008.

Estos tienden a presentarse en una lógica de enfrentamiento intra-sistémico o inter institucional y por tanto a presentarse como construcciones expuestas a la polarización política, aspecto que debería ser contrastado o neutralizado justamente por la semántica y pragmática constitucional.

Una salida no adecuada a esta contradicción que está en la estructura normativa del sistema, puede contribuir al aparecimiento de crisis sistémicas cada vez más profundas y recurrentes. No solo que la muerte cruzada las vuelve más inteligibles, sino que acelera sus conexiones e incrementa el riesgo y la vulnerabilidad sistémica.[17]

La muerte cruzada termina acelerando y exasperando estas contradicciones intra-sistémicas. En ausencia de las funciones de fiscalización y control de la legislatura operada por la muerte cruzada, el sistema de administración de justicia se ve tensionado en sus mismas estructuras internas; una clara demostración del efecto de resonancia que puede tener

[17] Es el caso de las conexiones con la narcopolítica o con la llamada ‘penetración’ de la narcopolítica en las estructuras sistémicas; estas tienden a intensificarse; la criminalidad política presente en la campaña electoral es muestra de ello. No solo se vuelve más visible esta conexión, sino que, al ser observada, los actores involucrados aceleran su conexión y para ello las elecciones, se presentan como ocasión propicia que no puede desaprovecharse.

un sistema (en este caso el de representaciones) en relación con el funcionamiento y las estructuras internas de otro sistema (el de la administración de Justicia).

La inexistencia de control de estas instituciones por parte de la legislatura por efectos de la muerte cruzada, las hace girar en el vacío y estas tienden a producir impunidad o a jugar en función de intereses que no tienen que ver con la imparcial y abstracta aplicación de las normas. Ello permitiría hablar de la instauración de una *lógica de des-institucionalización regulada y normada jurídicamente*, que se profundiza por acción de la muerte cruzada.

La muerte cruzada al ser un dispositivo tomado del parlamentarismo debería estar destinado a funcionar como pieza de recambio del sistema y agilizar el proceso decisional, sin que se detenga la racionalidad estratégica que este pueda producir. En el caso ecuatoriano, al insertarse en un modelo de presidencialismo reforzado o hiperpresidencialismo, ratifica esa orientación poco proclive al cambio político; es asumida como última *ratio* del sistema, lo cual detiene la necesaria continuidad decisional, restaura la lógica de la polarización en la construcción de la política; el sistema entra en una condición entrópica de desgaste, y abre espacios para la presencia de actores no leales a la democracia y comprometidos con intereses contrarios a la afirmación del interés público.

En la actual coyuntura y en su concreta aplicación, el Ecuador se ve seriamente afectado por la presencia de dinámicas anti sistémicas, vinculadas a intereses de mafias y del crimen trasnacional; la narcopolítica emerge ya no solamente como lógica antisistema; al contrario, tiende a configurarse como sistema alterno, con propias capacidades de auto legitimación. La muerte cruzada emerge como una anomalía sistémica, que alerta sobre la posible articulación e inserción de estas fuerzas en el sistema, sin que este pueda inmunizarse o precautelar suficientemente.[18]

[18] Más que una pieza que guarde coherencia con el diseño institucional de conjunto, la muerte cruzada termina siendo un dispositivo aislado que no retroalimenta adecuadamente la funcionalidad decisional del sistema; al contrario, sanciona las lógicas de deflación de poder, como aquellas que caracterizan a la institucionalidad política en el Ecuador; en su concreta operacionalización, ha permitido potenciar las lógicas antisistema ya presentes en el diseño hiper presidencial; en este sentido, la anti política (si a este término le adjudicamos las posturas anti estado de derecho), han ingresado al sistema político y lo corroen desde su propio interior.

La muerte cruzada ha sido de enorme utilidad para develar las fallas e inconsistencias del diseño institucional del sistema político; lo que alerta sobre posibles líneas de reforma, que tengan que ver con la introducción de controles y regulaciones que inmunizan al sistema de la presencia de estas fuerzas, en su función de incrementar las capacidades decisionales democráticas del sistema.

Bibliografía consultada

Agamben, Giorgio. (2014). *¿Qué es un dispositivo?* Buenos Aires, Hidalgo Editorial.

Acha, Hugo. (2023). "Es hora de abrir los ojos", entrevista, *Revista Vistazo*, 7 Sep.

Ceccanti, Stefano. (1996). "Il sistema semipresidenziale francese: come funciona nella realtá" en *Semipresidenzialismo*, Bologna, Il Mulino.

Echeverría, Julio. (2009). "El Estado en la nueva constitución", en *La Nueva Constitución del Ecuador*, Quito, UASB, Corporación Editora Nacional.

Fabbrini, Sergio. (2009) *El ascenso del Príncipe democrático*, Buenos Aires, Fondo Cultura Económica.

M. S. Shugart y Scott Mainwaring. (2002). *Presidencialismo y democracia en América latina*, Buenos Aires, Paidós.

Weber, Max. (2002). *Parlamento e governo*, Bari, Editori Laterza.

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

CONVOCATORIA AL PRÓXIMO NÚMERO DE LA REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Apreciada/e/o colega:

Un grupo de investigadores latinoamericanos ha considerado que la madurez de la sociología jurídica latinoamericana ameritaba, como un punto de encuentro y de difusión de sus voces, como un escenario para el debate abierto y la construcción de una comunidad académica aún más sólida, la creación de una *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*.

La revista está alojada en la casa de la Universidad de San Isidro, en Argentina, que asume la financiación del proyecto, gracias al concurso de su rector y destacado sociólogo del derecho, Enrique del Percio. El proyecto es auspiciado por la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica -SASJU-, junto al Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE- y la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad -RELADES-.

Puede acceder a la revista desde el siguiente link:
https://usi.edu.ar/publicaciones/revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/

Primer número: https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-1-completo-revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/
Segundo número: https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-2-completo-revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/
Tercer número:
https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-3-completo-2/

Cuarto número:
https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-4-rlsj/
Quinto número:
https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-5-completo-2/
Sexto número:
https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-6-completo-2/

Hemos querido hacerle partícipe de la invitación a escribir para la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*. Más abajo encontrará las normas para los autores.

Por favor, envíenos un correo electrónico aceptando o declinando la invitación para participar como autor a relasocju@usi.ar y, en especial, tenga en cuenta que el plazo de entrega vence el 30 de abril de 2024.

Le enviamos un afectuoso y cordial saludo desde,

Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica

GERMÁN SILVA GARCÍA
Director

LAS REGLAS PARA LOS AUTORES INVITADOS SON:

- Los artículos se publicarán de manera digital, en una plataforma abierta y gratuita. Pueden ser postulados en cualquier momento.

- Los artículos pueden corresponder a trabajos teóricos o contener investigaciones empíricas, sobre cuestiones de sociología jurídica.

- El texto debe ser original o inédito, esto es, no haber sido publicado en ningún otro formato, de manera parcial o total. Podrá postularse un manuscrito ya publicado, siempre que lo haya sido en otro idioma distinto al usado en su postulación, además de lo cual deberá informarse este hecho.

- El autor o los autores se comprometen a no presentar el texto a ninguna otra publicación, después de haberlo sometido a esta revista y mientras se decide o efectúa su publicación.

Formalidades de presentación:

- Pueden ser escritos en castellano y portugués, pero también en inglés, francés o italiano.

- Los artículos, en tamaño carta.

- Márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros, márgenes izquierdo y derecho de 3.0 centímetros.

- El texto será elaborado en formato Word, Times New Roman, 12 puntos, interlineado de 1.5, con una extensión máxima de 10 mil palabras, (de la totalidad del texto incluidos el título, nombre de los autores y sus datos, resumen, palabras claves, texto y referencias

bibliográficas).

- Las tablas, cuadros, gráficos y todo tipo de imágenes deberán adjuntarse en archivo separado con indicación de la autoría, para ser agregados como anexo al final del artículo.

- El título completo no deberá tener más de dieciocho (18) palabras, escrito en castellano, portugués e inglés. El título debe estar centrado, en negrita, con mayúsculas sostenidas, con los signos y acentos que correspondan.

- Después del título, se colocará el nombre del autor o autores, su código de ORCID, su correo electrónico, todo centrado, junto a una nota a pie de página, en la que debe indicarse, únicamente, sus títulos académicos y filiación institucional, ciudad y país si el nombre de la institución no lo hacen evidente.

- El texto tendrá un resumen o *abstract* en castellano, portugués e inglés que no debe exceder las 250 palabras.

- Debe incluirse un mínimo de tres (3) y un máximo de cinco (5) palabras claves o *key words*, redactadas en castellano, portugués e inglés. Las cuales deben ubicarse debajo del resumen o abstract, separadas por coma y en letra minúscula, en caso de nombres propios, la primera letra debe escribirse en mayúscula.

- El orden en que se dispondrán los títulos, resumen o *abstract* y palabras claves o *key words* es primero en el idioma original de publicación del artículo y después siguiendo este orden (español, portugues e inglés).

- Además de los idiomas anteriores, cuando se publique en francés o italiano, todas las

secciones antes citadas (título, resumen, palabras claves) incluirán el idioma usado en el texto.

- Los subtítulos numerados y en negrita.

- El texto del artículo debe estar justificado, colocando un espacio adicional entre párrafos. Con sangría de 1.5 en la primera línea de cada párrafo.

- Las notas serán siempre a pie de página, deberán elaborarse en Times New Roman, 10 puntos, justificadas, y su propósito será informativo. No deben incluirse citas de fuentes bibliográficas en las notas.

Citas bibliográficas:

- En la citación será utilizado un sistema de normas APA, en el que, en el texto, entre paréntesis, se colocará el apellido o apellidos del autor, seguido del signo coma y a continuación el año de edición. Por ejemplo: (Treves, 1981).

- Si el nombre de un autor que será citado aparece en el texto como parte de éste, sólo será necesario colocar el año. Por ejemplo: La eficacia de las normas ambientales es explicada por Becerra (2019) en su obra.

- Si son varias las fuentes referidas en una misma cita, los autores serán registrados del mismo modo separados entre puntos y comas. Por ejemplo: (Bergalli, 1983; Rodríguez Manzanera, 1982; Drago, 1930).

- Si son varios los autores referidos pertenecientes a la misma fuente, serán citados separándolos con comas, y el último separado por la conjunción “y”, o el signo “&”, siempre que no excedan de tres. Por ejemplo: (Bergoglio, Lista y Fucito, 2010).

- Si son más de tres autores, sólo se cita el primero, junto a la abreviatura de la expresión

latina “*et al*”, que significa “y otros” en latín. Por ejemplo: (Fix Zamudio *et al*, 2002). Luego en las referencias bibliográficas se colocan todos los autores.

- Si en una misma cita son incluidas varias fuentes del mismo autor, debe colocarse sólo la primera vez su(s) apellido(s), luego de lo cual se ubican todos los años en orden cronológico. Por ejemplo: (Pérez Perdomo, 2001, 2003 y 2007).

- Si hay varios autores con el mismo apellido y año de publicación debe agregarse en la cita la inicial de su nombre. Por ejemplo: (Becker H., 1963).

- Cuando un autor citado en múltiples oportunidades ha publicado varios de los textos referidos el mismo año, el primero de ellos en ser citado será identificado con la letra “a” en minúscula, colocada sin espacios después del año, y los siguientes seguirán el orden del abecedario. Por ejemplo: (Cotterrell, 1994a) y (Cotterrel, 1994b). En las referencias bibliográficas las letras que identifican los textos serán colocadas después del año, tal como aparecen en la cita y siguiendo el orden de citación.

- Si el texto no tiene fecha, en los mismos términos se usará la abreviatura n.d.

- Si la autoría corresponde a una entidad que tiene una sigla, en las citas puede usarse la sigla y en las referencias bibliográficas ponerse la sigla después del nombre completo de la institución.

- En un trabajo no publicado aún, puede colocarse una aclaración que sustituya el año. Por ejemplo: (Carbonier, en prensa) y en la referencia sería Carbonier, Jean. (En prensa).

Citas textuales:

- Si se incluye una cita textual de un trabajo, la cita además de los datos anteriores, incorporará después del año el signo dos puntos, luego de lo cual se colocará la página. Por ejemplo: (Treves, 1981: 79).

- Las citas textuales de apartados de una obra, cuando sean menores o iguales a 40 palabras deberán ir en el texto, entre comillas, de corrido.

- Si son citas textuales mayores de 40 palabras deberán ir en párrafo separado, centrado, con sangría de 1.5 centímetros en el margen izquierdo y 0.5 en el margen derecho, en todos los renglones.

- En caso de citarse textualmente un trabajo en un idioma distinto al idioma de publicación, es criterio de edición, agregar una nota al pie de página con una traducción al idioma original de la publicación, para facilitar la lectura del artículo.

Citas de normativa y jurisprudencia:

- En la cita de la Constitución de un país, se coloca el nombre oficial de la constitución, el año de promulgación y, en su caso, el artículo que se cita. Por ejemplo: (Constitución Nacional, 1995, artículo 18).

- En la cita de códigos, se coloca la abreviatura o el nombre del código, el año y, en su caso, el artículo que se cita. Por ejemplo: (CPPN, 1991, artículo 296)

- En la cita de leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc. se coloca el número, el año y, en su caso, el artículo que se cita. (Ley 26061, 2005, artículo 3)

- En la cita de jurisprudencia se coloca el nombre de la institución, se agrega el país si hay de distintos países. El año, agregando al año una letra en minúscula y sin espacios, si hay varias jurisprudencias citadas del mismo año. Por ejemplo: (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2005a).

Citas de vídeos o *podcasts*:

- En la cita de un vídeo o *podcast* se coloca el Nombre del autor o usuario que subió el vídeo o *podcast*, el año en que fue publicado, en caso de que se trate de una cita textual,

agregando el minuto del vídeo o *podcast* dónde está la cita. (Nombre de usuario, fecha, 8m 41s).

Referencias bibliográficas:

- Las referencias bibliográficas deben ser ubicadas al final en orden alfabético.

- Para colocarlas deben ser omitidas las partículas que anteceden a algunos apellidos como de, del, de la, della, da, di, von, van, que seguirán al primer nombre. Por ejemplo: Olmo, Rosa del. (1984). *América Latina y su criminología*, 2ª ed., México D.F., Siglo XXI.

- Cuando sean varios los autores la referencia iniciará con el apellido o apellidos de quien figure en el texto como primer autor, pero luego no será necesario fijar a los coautores por su apellido. Por ejemplo: Bandura, Albert y Richard H. Walters. (1980). *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, 5ª ed., Madrid, Alianza.

- Los autores en lengua portuguesa se registrarán como aparecen en los textos. Por ejemplo: Boaventura de Sousa Santos, será siempre: (Sousa Santos, 2016) y en las referencias bibliográficas Sousa Santos, Boaventura de.

- En la cita de los textos en inglés, excepto los artículos, pronombres y preposiciones, la primera inicial de los títulos se escribe siempre en mayúscula.

<u>Referencias a libros:</u>

- Los libros se registrarán con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). *Título del libro y subtítulo si lo tiene*, Ciudad de edición, Editorial. Por ejemplo: Weber, Max. (1986). *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

- Los capítulos de los libros se registrarán con los tipos de letra y los mismos signos

ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del capítulo”, *Título del libro*, Ciudad, Editorial. Por ejemplo: Silva García, Germán. (1996). “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.

- El número de la edición, cuando excede la primera, se escribirá con el número seguido de la letra “a” y la abreviatura ed.

- Cuando corresponde a un volumen o un tomo, las abreviaturas Vol. o T. con el número arábigo o romano que corresponda, todos colocados después del título del libro.

Referencias a artículos de revistas:

- Los artículos de revista se registrarán con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del artículo”, *Nombre de la Revista*, volumen, si lo tiene, con las iniciales Vol. seguida del número arábigo o romano, número de ejemplar indicado con las abreviaturas No., y el número, finalizando con el número de páginas de inicio y final del texto. Por ejemplo: Calvo García, Manuel & Teresa Picontó Novales. (2013). “La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica”, *Revista Pensamiento Penal*, No. 3, pp. 5-48.

Referencia a normativa:

- La cita de la Constitución de un país, se registrará con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Nombre oficial de la Constitución [abreviación]. Fecha de promulgación (País). Por ejemplo: Constitución Nacional [Const]. 3 de enero de 1995 (Argentina).

- La cita de un código de un país, se registrará con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Título oficial del Código [abreviación]. Número y año de la ley a que corresponde. Fecha de promulgación (país). Por ejemplo: Código Procesal Penal de la Nación [CPPN]. Ley N° 23.984 del 29 de noviembre de 1991 (Argentina).

- La cita de una ley, se registrará con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Ley número de año. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial. Por ejemplo: Ley 26061 de 2005. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños Y Adolescentes. 26 de octubre de 2005. B.O. No. 30767.

- La cita de un decreto, ordenanza, acuerdo, resolución, etc. se registrará con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Número y año del decreto / ordenanza / acuerdo / resolución [Ente que lo promulgó]. Asunto. Fecha de promulgación del acto. Número en el Diario Oficial. Por ejemplo: Decreto 1759 de 1972 [Poder Ejecutivo Nacional]. Reglamento de Procedimientos Administrativos. 27 de abril de 1972. B.O. Nro. 22411.

Referencia a jurisprudencia:

- En las referencias bibliográficas de jurisprudencia se sitúa el Nombre de la Institución. Año entre paréntesis. *Carátula*. Número del fallo y fecha. Por ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005a). *"Casal Matias Eugenio y otro s/Robo Simple en Grado de Tentativa - Causa N° 1681-".* C. 1757. XL. RHE. Fallos: 328:3399, 20 de septiembre de 2005.

Referencias obtenidas de internet:

- En las referencia de documentos obtenidos de internet debe aparecer la dirección URL, con la referencia "Recuperado de:" y la fecha de consulta.

Referencias obtenidas de vídeos:

- En las referencias de vídeos hay que seguir el siguiente estándar: de quién (autor y usuario), cuándo (fecha de publicación del vídeo), qué (título del vídeo) y dónde (URL del vídeo).

Nombre del autor. [Nombre de usuario] (fecha). Título del video [Video]. Página dónde se publicó el vídeo. “Recuperado de:” dirección URL

Referencias obtenidas de *podcasts*:

- En las referencias de *podcasts* también se sigue el mismo estándar: de quién (autor y usuario), cuándo (fecha de publicación del vídeo), qué (título del vídeo) y dónde (URL del vídeo). Pero en la fecha se debe escribir el año cuando el podcast ha iniciado sus episodios hasta el año dónde ha finalizado. Si el podcast aún se transmite en el momento en que escribes el documento, reemplace el segundo año con “presente”.

Nombre del autor. [Nombre de usuario] (año - año o presente). Título del *Podcast* [Podcast]. Página dónde se publicó el *podcast*. “Recuperado de:” dirección URL

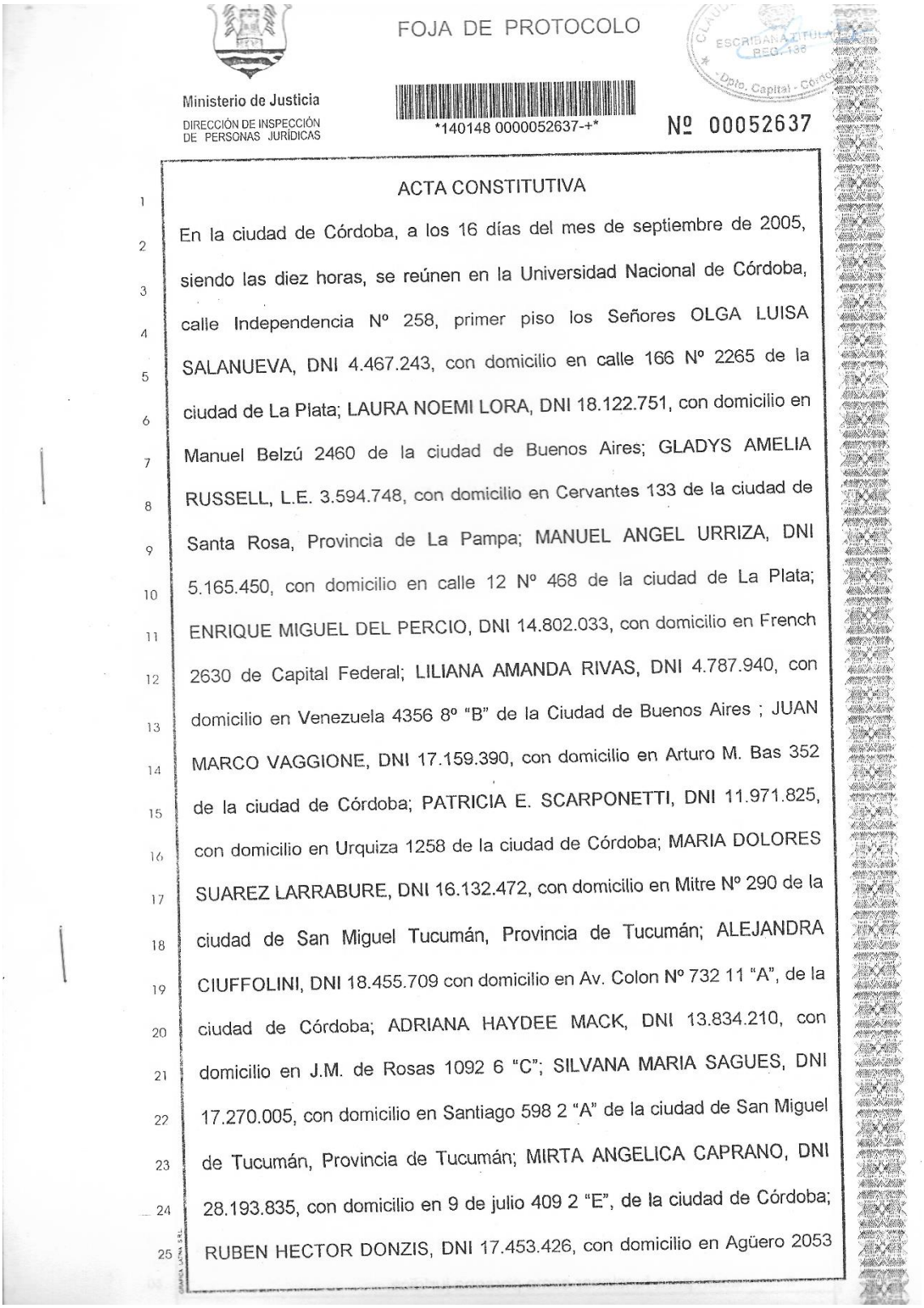
Sistema de evaluación y publicación:

- Los artículos serán evaluados por el sistema doble par ciego.

- Los informes de los pares serán comunicados a los autores, antes o después de lo cual, la revista cursará las instrucciones sobre adiciones, modificaciones o correcciones que deban hacerse, si son procedentes.

- Aceptada la publicación el autor o autores harán la cesión de los derechos de publicación y reproducción del artículo, pero conservarán su propiedad intelectual. Al efecto, deberá diligenciarse un formato.

De manera provisional, los artículos deberán ser remitidos a la dirección relasoju@usi.edu.ar mientras se instala la plataforma OJS (*Open Journal Systems*) que utilizará la revista.



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO

140148 0000052637-+

Nº 00052637

ESCRIBANA TITULAR REG. 138 - Dpto. Capital - Córdoba

ACTA CONSTITUTIVA

En la ciudad de Córdoba, a los 16 días del mes de septiembre de 2005, siendo las diez horas, se reúnen en la Universidad Nacional de Córdoba, calle Independencia Nº 258, primer piso los Señores OLGA LUISA SALANUEVA, DNI 4.467.243, con domicilio en calle 166 Nº 2265 de la ciudad de La Plata; LAURA NOEMI LORA, DNI 18.122.751, con domicilio en Manuel Belzú 2460 de la ciudad de Buenos Aires; GLADYS AMELIA RUSSELL, L.E. 3.594.748, con domicilio en Cervantes 133 de la ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa; MANUEL ANGEL URRIZA, DNI 5.165.450, con domicilio en calle 12 Nº 468 de la ciudad de La Plata; ENRIQUE MIGUEL DEL PERCIO, DNI 14.802.033, con domicilio en French 2630 de Capital Federal; LILIANA AMANDA RIVAS, DNI 4.787.940, con domicilio en Venezuela 4356 8º "B" de la Ciudad de Buenos Aires ; JUAN MARCO VAGGIONE, DNI 17.159.390, con domicilio en Arturo M. Bas 352 de la ciudad de Córdoba; PATRICIA E. SCARPONETTI, DNI 11.971.825, con domicilio en Urquiza 1258 de la ciudad de Córdoba; MARIA DOLORES SUAREZ LARRABURE, DNI 16.132.472, con domicilio en Mitre Nº 290 de la ciudad de San Miguel Tucumán, Provincia de Tucumán; ALEJANDRA CIUFFOLINI, DNI 18.455.709 con domicilio en Av. Colon Nº 732 11 "A", de la ciudad de Córdoba; ADRIANA HAYDEE MACK, DNI 13.834.210, con domicilio en J.M. de Rosas 1092 6 "C"; SILVANA MARIA SAGUES, DNI 17.270.005, con domicilio en Santiago 598 2 "A" de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán; MIRTA ANGELICA CAPRANO, DNI 28.193.835, con domicilio en 9 de julio 409 2 "E", de la ciudad de Córdoba; RUBEN HECTOR DONZIS, DNI 17.453.426, con domicilio en Agüero 2053

10 "A" de la ciudad de Buenos Aires; SOLANGE MARIA MARTA DELANNOY, DNI 6.378.999, con domicilio en Iriondo 951 de la ciudad de Rosario; CARLOS ALBERTO LISTA, DNI 5.073.864 con domicilio en Av. Patria 560 Dpto. 15 de la ciudad de Córdoba; MARIO SILVIO GERLERO, DNI 17.249.048 con domicilio en Julián Álvarez 2666 8º 25 de la ciudad de Buenos Aires; MARIANA NOEMÍ SANCHEZ, DNI 20.346.862 con domicilio en Edison 99 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARIA MERCEDES SAVALL, DNI 5.245.483 con domicilio en Daniel Conci 8256 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARTHA DIAZ DE LANDA, DNI 5.597.731 con domicilio en los Espinillos 250 de la localidad de Bialet Massé de la provincia de Córdoba; SILVANA GABRIELA BEGALA, DNI 17.646.225 con domicilio en Pje. Hilario Fernandez 73 2º D de la ciudad de Córdoba; MARIA VERÓNICA SCARO, DNI 17.080.413 con domicilio en casa 167 Barrio Gral. Deheza de la ciudad de Córdoba, MARIA EUGENIA GOMEZ DEL RIO, DNI 13.536.852 con domicilio en Independencia 909 de la ciudad de Córdoba; MARIA INES BERGOGLIO, DNI 6.398.249 con domicilio en Echenique Altamira 3038 de la ciudad de Córdoba; PAULA GISELE PELAEZ, DNI 17.372.624 con domicilio en 4 de enero 33 Costa Azul de la localidad de Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba; con el objeto de constituir una asociación civil de acuerdo a las normas legales vigentes. Consideran en detalle la iniciativa, proponiendo como presidente de la Asamblea Constitutiva, al Sr. Carlos Alberto Lista y como Secretaria a la Sra. María Inés Bergoglio. Después de un intercambio de opiniones, se resuelve en forma unánime:

1. *Constitución*: la creación de una Asociación Civil y la solicitud de la autorización para funcionar como persona jurídica

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052638-%

Nº 00052638

2. *Denominación*: el nombre de la Asociación, que será "Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Asociación Civil –SASJu–"
3. *Domicilio legal*: la constitución del domicilio legal en la ciudad de Córdoba en la provincia del mismo nombre.
4. *Sede Social*: el establecimiento de la Sede Social en Avenida Vélez Sarsfield 153, Barrio Centro, de la Ciudad de Córdoba en la Provincia de Córdoba, Republica Argentina.
5. *Objeto*: la Asociación tendrá por objeto:

a) Contribuir a la difusión y desarrollo de la Sociología Jurídica en el campo científico, académico y profesional, con el fin de mejorar sus métodos, técnicas y resultados.

b) Promover la consolidación institucional de la disciplina en los diversos ámbitos y la participación de sociólogos del derecho en equipos de investigación multidisciplinares.

c) Agrupar a los profesionales que desarrollan o hallan desarrollado tareas de investigación y docencia a nivel universitario, en la especialidad de Sociología Jurídica y otras disciplinas afines.

d) Generar y promover la continuidad y difusión de programas y/o proyectos de investigación y extensión sobre temas y problemas socio-jurídicos.

e) Promover la formación y continuidad de grupos de trabajo para la discusión de problemas vinculados a la enseñanza de la disciplina y la investigación en dicha área de conocimiento.

f) Formular y recomendar propuestas sobre problemas socio-jurídicos en ámbitos públicos y/o privados, nacionales y/o extranjeros.

g) Colaborar, a título gratuito, con otras instituciones de carácter nacional, regional y/o internacional; públicas o privadas y con organizaciones con objetivos afines, en actividades vinculadas a problemas socio-jurídicos, para el logro de las finalidades que fundamentan la creación de esta sociedad, y por tanto:

1. Organizar congresos, seminarios, cursos, conferencias y todo evento que tenga por finalidad la divulgación, enseñanza, de tipo no formal, e investigación en el campo de la Sociología Jurídica.
2. Organizar concursos e instituir premios para la promoción e incentivo de la investigación en temas y problemas de Sociología Jurídica.
3. Conceder becas de estudios y auspiciar viajes de estudios o giras de personas destinadas a difundir los objetivos de la Asociación.
4. Editar libros, revistas, diarios, folletos, semanarios u otras publicaciones que divulguen los resultados de las actividades y realizaciones de la Asociación, por todo medio o canal de comunicación, empleando cualquier tecnología disponible.
5. Promover la creación de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e institutos de estudio e investigación.
6. Establecer vínculos y relaciones con instituciones afines, nacionales o extranjeras, con el fin de desarrollar intercambios, que contribuyan al cumplimiento del objeto social.

6. *Estatuto*: la aprobación del Estatuto de la asociación, el que se adjunta por separado, debiéndose considerar como parte integrante de la presente acta.

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO

140148 0000052639-0

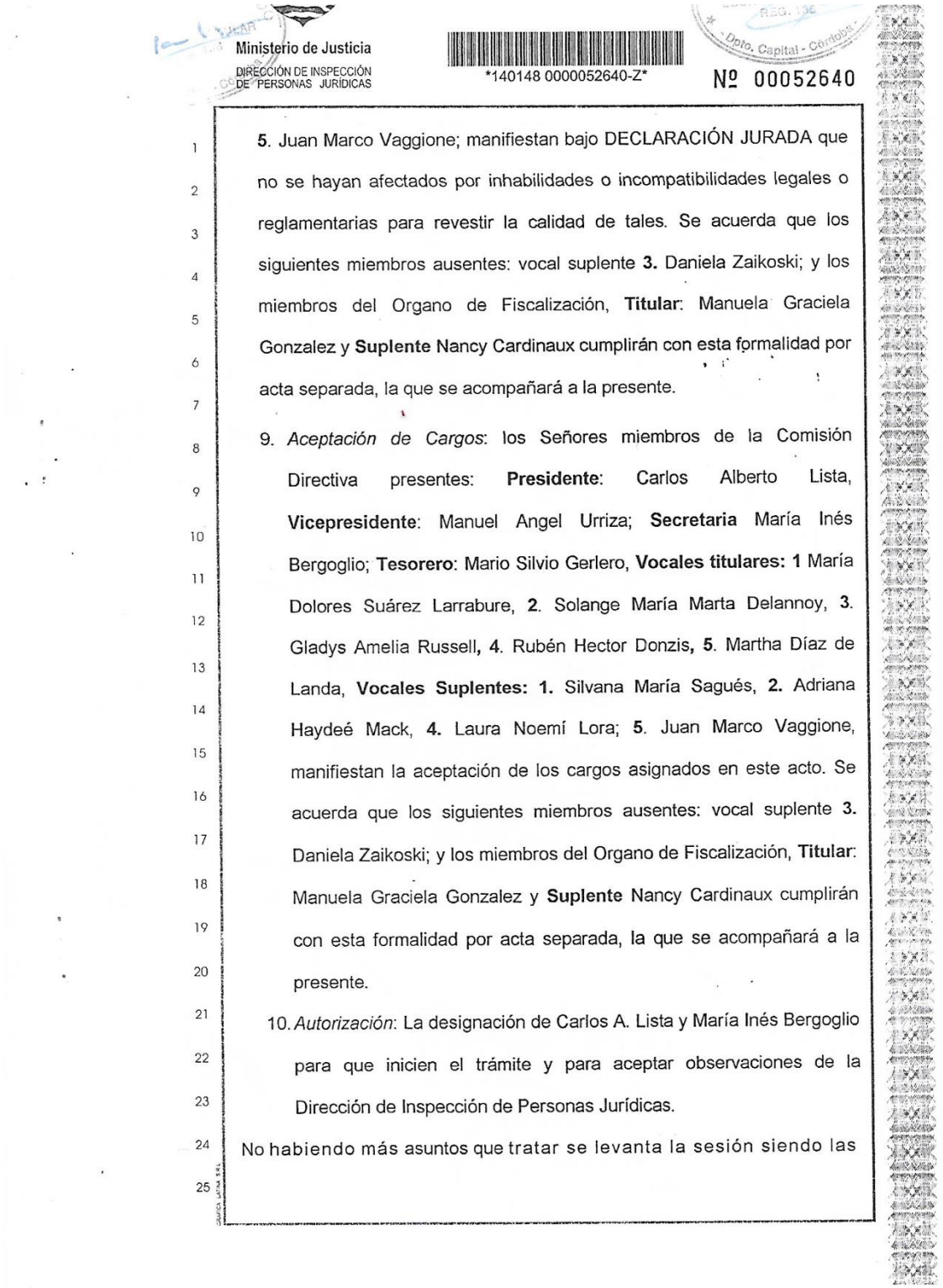
Nº 00052639

CLAUDIA ROXANA DON... ESCRIBANA TITULAR REG. 136 ... Córdoba

7. *Elección de autoridades:* la Comisión Directiva queda integrada de la siguiente manera **Presidente**: Carlos Alberto Lista, DNI 5.073.864 Domicilio: Av. Patria 560 Dpto 15 5000 Córdoba; Estado Civil: Soltero, Profesión: Docente Universitario; **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza, DNI 5.165.450, Domicilio: Calle 12 Nº 468 1900 La Plata, Estado Civil: Divorciado, Profesión: Docente Universitario; **Secretaria** María Inés Bergoglio, DNI 6.398.249, Domicilio: Echenique Altamira 3038 5000 Córdoba; Estado Civil: Casada, Profesión: Docente–Investigadora; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, DNI 17.249.048, de Domicilio: Julián Alvarez 2666 8º 25 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado Docente **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, Documento: DNI 16.132.472, Domicilio: Av. Mitre 290 Tucumán, Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada, **2**. Solange María Marta Delannoy, Documento: DNI 6.378.999, Domicilio: Iriondo 951 2000 Rosario, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria, **3**. Gladys Amelia Russell, Documento: LC 3.594.748, Domicilio: Cervantes 133 6300 Santa Rosa, La Pampa, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria; **4**. Rubén Héctor Donzis, Documento: DNI 17.453.426, Domicilio: Agüero 2053 10º A 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado; **5**. Martha Díaz de Landa, Documento: DNI 5.597.731, Domicilio: Los Espinillos 250 5158 Bialet Massé Córdoba, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitario. **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, Documento: DNI 17.270.005, Domicilio: Santiago 598 2º A 4000

Tucumán, Estado Civil: Casada, Profesión: Abogada-Docente Universitaria; **2.** Adriana Haydeé Mack, Documento: DNI 13.834.210, Domicilio: J.M. de Rosas 1092 6º C 2000 Rosario, Estado Civil: Soltera, Profesión: Abogada–Docente Universitaria; **3.** Daniela Zaikoski, Documento: DNI 21.429.596, Domicilio: Alvear 572 6300 La Pampa, Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada Docente Universitaria; **4.** Laura Noemí Lora, Documento: DNI 18.122.751, Domicilio: Manuel Belzú 2460 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Divorciada; Profesión: Abogada-Docente Universitaria; **5.** Juan Marco Vaggione, Documento: DNI 17.159.390, Domicilio: Arturo M. Bas 352 5000 Córdoba, Estado Civil: Soltero, Profesión: Investigador CONICET–Docente Universitario. El Organo de Fiscalización queda integrado de la siguiente manera: Titular: Manuela Graciela González, Documento: DNI 10.131.443, Domicilio: Calle 46 Nº 1689 1900 La Plata, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria –Investigadora; **Suplente** Nancy Cardinaux, Documento: DNI 16.602.903, Domicilio: Araoz 2008 4º Dpto. 12 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Soltera, Profesión: Docente Universitaria

8. *Declaración jurada*: los Señores miembros de la Comisión Directiva presentes: **Presidente**: Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, **2**. Solange María Marta Delannoy, **3**. Gladys Amelia Russell, **4**. Rubén Héctor Donzis, **5**. Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, **2.** Adriana Haydeé Mack, **4.** Laura Noemí Lora;



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052640-Z

Dpto. Capital - Córdoba

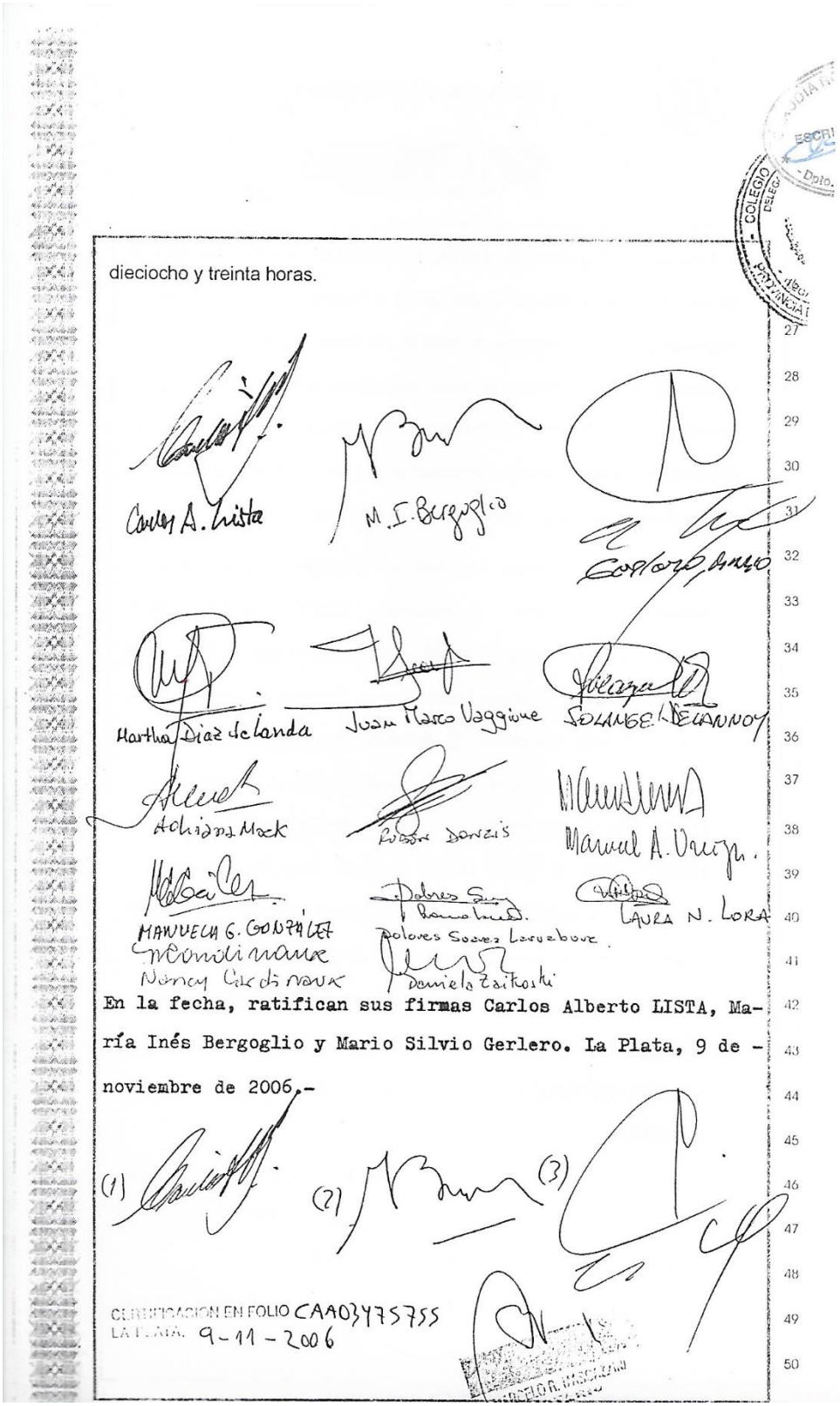
Nº 00052640

5. Juan Marco Vaggione; manifiestan bajo DECLARACIÓN JURADA que no se hayan afectados por inhabilidades o incompatibilidades legales o reglamentarias para revestir la calidad de tales. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente **3.** Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, **Titular**: Manuela Graciela Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

9. *Aceptación de Cargos*: los Señores miembros de la Comisión Directiva presentes: **Presidente**: Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente**: Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero**: Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares: 1** María Dolores Suárez Larrabure, **2**. Solange María Marta Delannoy, **3**. Gladys Amelia Russell, **4**. Rubén Hector Donzis, **5**. Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes: 1.** Silvana María Sagués, **2.** Adriana Haydeé Mack, **4.** Laura Noemí Lora; **5**. Juan Marco Vaggione, manifiestan la aceptación de los cargos asignados en este acto. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente **3.** Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, **Titular**: Manuela Graciela Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

10. *Autorización*: La designación de Carlos A. Lista y María Inés Bergoglio para que inicien el trámite y para aceptar observaciones de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas.

No habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión siendo las



dieciocho y treinta horas.

Carlos A. Lista

M. I. Bergoglio

Martha Díaz de Landa

Juan Marco Vaggione

Adriana Mack

Manuel A. Vargas.

MANUELA G. GONZÁLEZ

Nancy Cárdenas

Dolores Soaes Larrabure

Daniela Zaikoski

LAURA N. LORA

En la fecha, ratifican sus firmas Carlos Alberto LISTA, María Inés Bergoglio y Mario Silvio Gerlero. La Plata, 9 de - noviembre de 2006.-

(1) (2) (3)

CLASIFICACION EN FOLIO CAA03475755
LA PLATA 9-11-2006