



EZEQUIEL KOSTENWEIN (coordinador)

Los nuevos límites del dolor

Desafíos para el complejo campo de la justicia penal


Edulp

debates

Los nuevos límites del dolor
Desafíos para el complejo campo
de la justicia penal

Los nuevos límites del dolor
Desafíos para el complejo campo
de la justicia penal

EZEQUIEL KOSTENWEIN
(coordinador)



Los nuevos límites del dolor: desafíos para el complejo campo de la justicia penal / Sofía Castro... [et al.]; Coordinación general de Ezequiel Kostenwein. - 1a ed. - La Plata: EDULP, 2024.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-6568-39-7

1. Derecho. 2. Derecho Penal. 3. Justicia. I. Castro, Sofía II. Kostenwein, Ezequiel, coord.
CDD 345

Los nuevos límites del dolor

Desafíos para el complejo campo de la justicia penal

EZEQUIEL KOSTENWEIN

(coordinador)



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (EDULP)

48 N° 551-599 4° Piso/ La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 44-7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales de las Universidades Nacionales (REUN)

ISBN 978-631-6568-39-7

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

© 2024 - Edulp

Impreso en Argentina

A Nils Christie

*Una sensata combinación criminológica de
Gilles Deleuze y Luis Alberto Spinetta*

Índice

Presentación	7
<i>Ezequiel Kostenwein</i>	
Desbordar la pena desde las ciencias sociales: una exploración bibliográfica.....	15
<i>Sofía Castro</i>	
Formalización e incapacidad relativa como dimensiones sociales de la Justicia Criminal durante la transición política brasileña.....	30
<i>Paulo Mendes</i>	
Acerca de las debilidades institucionales y burocráticas para alcanzar la efectiva implementación de la conciliación penal en la administración judicial nacional.....	54
<i>Camila Abril Serrano</i>	
Sentidos, disputas y desafíos en relación con la consigna reforma judicial transfeminista	81
<i>Leticia Otero</i>	
Nociones y debates acerca de las políticas jurídico penales: IPP del FRPJ en la provincia de Buenos Aires (2009- 2022)	93
<i>Constanza Bassallo, Natalia Buzzo, María Constanza Marrochi, Anaclara Sagasti y Victoria Vizcaíno</i>	
Los estereotipos ocultos y los prejuicios en el juzgamiento de mujeres en juicio por jurados. Del positivismo criminológico a la actualidad. Un caso testigo	106
<i>Ivana Dal Bianco</i>	
Justicia penal de mayores y NNyA con responsables encarcelados/as: un deber de debida diligencia incumplido	121
<i>Silvia Zega</i>	
La etnografía del crimen ritual de culto. Consideraciones socio-jurídicas.....	152
<i>José H. Miceli y Silvia M. Ríos</i>	

Presentación

Ezequiel Kostenwein

El dolor no debería tipificarse en términos de justo o injusto, merecido o inmerecido, sino a partir de las siguientes preguntas: ¿es un argumento en contra o a favor de la vida?, ¿la afirma o la niega? En un libro publicado en 1981, el criminólogo noruego Nils Christie observaba y denunciaba que el Estado, tal cual utiliza al dolor, sólo logra convertirlo en un trance siniestro: *Una de mis premisas básicas será que se debe luchar para que se reduzca en el mundo el dolor infligido por el hombre. ...el dolor hace crecer a la gente; ...la hace más madura, la hace nacer de nuevo, tener un discernimiento más profundo.... Pero también hemos experimentado lo contrario: el dolor que detiene el crecimiento, el dolor que retrasa, el dolor que hace perversas a las personas. ...mi posición puede condensarse diciendo que los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social. La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre.* Es importante realizar una acotación: parece haber en Christie dos tipos de dolor, o dos modos diferentes de habitar el dolor. La primera virtuosa, que les permite a las personas expandir sus potencialidades y darles cierta exuberancia a los procesos de subjetivación. Ahora bien, sobre el que vamos a concentrarnos en esta presentación es el segundo modo de

habitar el dolor, el que inculpa a la vida, el que empuña el Estado, es lo que el mismo autor define como *castigo*. Si se nos aplica una pena, la cual es un mal con intención de ser eso, el *dolor* deviene *castigo*, y el castigo un motivo para negar el sentido afirmativo de la existencia. Por lo tanto, el castigo en Christie reúne elementos de dos reinos distintos: por un lado, refuerza la culpa, concepto de índole moral, y por el otro, rubrica la responsabilidad, categoría eminentemente jurídica. El verdadero límite que debemos exigir no tiene que ver principalmente con el dolor, sino con el castigo, o lo que es igual, *aquí está claro que de lo que hablamos es del castigo; del sufrimiento intencional. El sistema penal tiene por objeto lastimar a la gente, no ayudarla o curarla*. Esto último es lo que propugnamos al referirnos a los nuevos límites del dolor, por eso el título de la presente compilación. Y por eso sugeriremos algunos hechos que justifiquen tal encabezado.

Según un conocido proverbio pragmático, para entender un fenómeno determinado es necesario analizar los hábitos que genera y las prácticas que implica. Por este motivo, puede ser interesante identificar alguno de los hábitos y de las prácticas en los que se apoya el *modelo Bukele*, el cual desde el comienzo de su gestión está tentada a utilizar en nuestro país la ministra de Seguridad Patricia Bullrich.

Un hábito importante del *modelo Bukele* está relacionado con la decisión de construir el Centro de Confinamiento del Terrorismo, cuya capacidad permite alojar 40.000 detenidos en sus más de 230.000 metros cuadrados de extensión. Un segundo hábito es el de mostrar de forma pública, y con una espectacularidad que roza lo escabroso, el trato que reciben sus internos: “Ellos no tienen derecho a visitas, no tienen derecho a llamadas, no tienen derecho a ningún contacto con el exterior, tienen una cama de metal sin almohadas, sin cobijas, sin absolutamente nada”, dijo Christian Guevara, referente político del partido de Bukele. Un tercer hábito se vincula con que una gran cantidad de las detenciones se suelen dar sin una orden judicial fundada en el marco de un Estado de excepción.

En síntesis, los hábitos y las prácticas del *modelo Bukele* parecen apoyarse en la siguiente premisa: dado que se está procurando detener a supuestos pandilleros, entonces no es necesario tener límites con la imposición de dolor hacia estos últimos. Ahora bien, ¿existe al respecto una imagen alternativa? ¿Es posible, además de deseable, abordar el problema de la criminalidad violenta de otro modo? Probablemente sí, en la medida que confirmemos, como sostiene Christie, que la respuesta penal del Estado tiene como consecuencia principal lastimar a la gente, antes que ayudarla o curarla. Probablemente sí, en la medida que logremos diseñar los nuevos límites del dolor.

Hay una segunda cuestión relevante para apuntalar: con una frecuencia inusitada, el presidente de la nación Javier Milei suele cargar contra la figura del Estado, siempre que no se trate de la dimensión del Estado encargada de penalizar. Sin embargo, no deja de ser llamativa esta frecuencia si consideramos que se trata del presidente de un Estado. Quizá el ejemplo más extremo fue cuando calificó, siempre al Estado, de organización criminal. Advirtiendo que el tema parece obsesionarlo, no queda claro en qué piensa Milei cuando *piensa en el Estado*, cuál es esa figura sobre la cual tanto despotrica. Algunas personas podrían excusarlo por carecer de precisiones al respecto: en definitiva, se trata de un economista, no de un politólogo.

Es célebre el aforismo del filósofo Friedrich Nietzsche en el que sentenció: “¡Dios ha muerto!”. Con una gramática similar, Milei aseguró en abril del 2024 por cadena nacional que “la era del Estado presente se ha terminado”: todo un Nietzsche de las instituciones, podría decirse del actual presidente.

Sin embargo, retomar el interrogante sobre qué piensa Milei cuando *piensa en el Estado* es relevante porque resulta imprescindible para identificar cómo considera algunas de sus funciones y qué es lo que se necesitaría hacer para que esas funciones sean desarrolladas.

Al respecto, existe consenso en que una de las funciones del Estado es la de administrar justicia. Sin ir más lejos, su ministro en el área, Mariano Cúneo Libarona, ha viajado a los EE. UU. con el propósito

de buscar capacitación para los integrantes de tribunales nacionales con la pretensión de llevar adelante una reforma judicial. Según sus propias palabras, “Conté mi plan de justicia, el juicio por jurado y la puesta en marcha del código acusatorio en materia federal. Y acá me ofrecieron capacitación para fiscales y jueces”.

Esta reforma judicial pretende afianzar, como dijo el propio ministro, un modelo de tipo acusatorio que debería lograr asegurar las garantías procesales del imputado, junto con la separación de las funciones de acusar, defender y juzgar, todo lo cual exigirá un proceso público, oral y contradictorio entre las partes. ¿Cuáles serían los beneficios que podría ofrecer este tipo de reformas? Uno de ellos es la optimización de las intervenciones estatales del sistema penal, otorgándoles mayor eficacia; otra utilidad se vincula con la simplificación de los trámites legales para acelerar las investigaciones penales.

En diversas experiencias dentro del país, similares a las propuestas por Cúneo Libarona, se ha intentado enfrentar tanto la debilidad de los sistemas de información del Poder Judicial como las dificultades de tomar decisiones institucionales estratégicas para una política criminal reflexiva.

Habiendo mencionado muy sintéticamente qué objetivos puede tener una reforma judicial, lo que no queda claro es cómo congeniarán el presidente y su ministro de Justicia sobre el tema, lo que no sabemos es de qué modo concretarán el intento de modificar el modelo procesal para un nuevo tipo de administración de justicia. Lo que sí resulta evidente es que la búsqueda de una reforma judicial, sin un Estado presente, será sólo un espejismo. Y también será un espejismo cualquier reforma judicial en la medida que no logremos diseñar al respecto los nuevos límites del dolor.

El tercer tema para señalar en la presentación de esta obra colectiva no es un tema novedoso, sin embargo, no deja de ser un tema inquietante, especialmente si es mencionado por el presidente. La consigna, del todo confusa, sugiere lo siguiente: *delito de adulto, pena de adulto*. Considerando los argumentos de quienes suelen proclamar

dicha consigna, se pueden derivar tres preguntas: ¿de qué delitos están hablando?, ¿en qué penas están pensando?, y ¿qué tipo de adultos están visualizando? En este sentido, emerge una figura que puede amalgamar las tres preguntas para brindar una sola respuesta: *el enemigo*. Parecen estar hablando de los delitos que comete un *enemigo*. Parecen estar pensando en penas para imponer a un *enemigo*. Y lo más preocupante, parecen estar visualizando a *enemigos* que no necesariamente son adultos.

¿Qué es un enemigo? En términos generales, se trata de un individuo que tendría la posibilidad de facilitar la cohesión social a partir de la exclusión de ciertas personas, vale decir, un enemigo odiado por la opinión pública, aparentemente fuerte, pero que por lo general es débil. En este aspecto, son conocidos los beneficios que el temor bien gestionado brinda a las autoridades: a partir de sujetos representados como una amenaza, se está en condiciones de *suspender* las diferencias que pueden surgir en la población e intensificar la pertenencia en torno a valores que, en otras circunstancias, podrían ponerse en cuestión. El sociólogo estadounidense George Herbert Mead lo planteó de la siguiente manera: identificar a una persona, o un conjunto de personas, como adversario de la comunidad, *provee la condición más favorable para el sentido de solidaridad grupal, ya que en el ataque común hacia un enemigo común se desvanecen las diferencias individuales*.

Ahora bien, a diferencia de esos delitos que cometen los enemigos aparentemente fuertes, están los ilícitos más sofisticados que sólo pueden consumir adultos que, por esa misma sofisticación, no suelen ser visualizados como enemigos. Un ejemplo de este tipo de ilícitos es el blanqueo de capitales que, según Interpol, “consiste en ocultar o encubrir el origen de beneficios obtenidos ilícitamente, de forma que parezcan provenir de fuentes legítimas. Normalmente es un componente de otros delitos graves como el tráfico de drogas, el robo con violencia o la extorsión”.

Dicho esto, ¿de qué modo pretende el actual gobierno sancionar un evidente delito de adultos que podría surgir de actividades tan

graves como las que describe Interpol? El actual ministro de economía dijo en diciembre del 2023 que el blanqueo de capitales “va a ser esencialmente para todo el mundo, pero principalmente se va a favorecer a aquel que ingrese sus dólares al sistema bancario argentino. El que ingrese sus dólares al sistema bancario argentino no va a pagar nada... si lo saca del sistema bancario va a pagar 5 por ciento. Si lo saca del colchón o lo trae de afuera no va a pagar nada”. La ley de blanqueos de capitales, que es la traducción jurídica de las citadas expresiones del ministro, ha sido reglamentada en nuestro país en julio de 2024. Entonces, frente a afirmaciones tan contundentes como las de Milei acerca de que si hay *delito de adulto*, debe haber *pena de adulto*, no está de más volver a interrogarnos: ¿de qué delitos están hablando quienes empuñan este eslogan?, en segundo lugar, ¿hay delitos de adultos, como el blanqueo de capitales, que se sancionan -si es que se sancionan- como si fueran simples travesuras de niños? Y fundamentalmente, ¿tendrá claro el Poder Ejecutivo las consecuencias de ambas cosas? Para lograr problematizar los tipos de delitos que exigirían una sanción penal por parte del Estado, también debemos diseñar los nuevos límites del dolor.

Dicho esto, los trabajos que forman parte de esta obra colectiva tienen, desde diferentes perspectivas, la misma vocación: debatir *los nuevos límites del dolor*, resignificarlos y de ese modo generar gramáticas no convencionales sobre la problemática del castigo estatal.

La primera contribución pertenece a Sofía Castro, que reflexiona sobre dos problemáticas que vinculan a las ciencias sociales y al derecho: según sus propias palabras, la tensión entre des-individualización e individualización, con el caso de las luchas por penar la violencia sexual, y cómo esto se pone en práctica la resocialización de internos en establecimientos penales.

El siguiente aporte es de Paulo Mendes, quien lleva adelante un análisis socio-histórico de dos dimensiones sociales de la justicia penal en Brasil entre los años 1983 y 1992: la primera de dichas dimensiones es la formalización, y la segunda es la incapacidad relativa.

Todo esto lo hace a partir de diversas fuentes: periódicos, documentos, legislación, tasa de homicidios y población carcelaria.

La tercera colaboración es propuesta por Camila Abril Serrano, en la que explora las cifras disponibles a partir de las estadísticas ofrecidas por el Ministerio Público de la Defensa acerca del modo de finalización de los procesos penales, demostrando la escasa cantidad de casos que se resuelven a través del instituto de la conciliación penal, a más de tres años de su implementación.

Luego nos encontramos con el trabajo de Leticia Otero en relación a la reforma judicial feminista, más específicamente, las tensiones entre feminismos, derecho y poder punitivo. Se trata de temas que gravitan en la sociedad, y más en concreto, en organizaciones políticas, en la academia, en universidades y sindicatos, advirtiendo que no hay un solo feminismo, sino múltiples y en conflicto.

El quinto artículo es grupal, y está a cargo de Constanza Bassallo, Natalia Buzzo, María Constanza Marrochi, Anaclara Sagasti y Victoria Vizcaíno. A partir de las estadísticas judiciales en la provincia de Buenos Aires respecto del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, confirman y analizan variaciones importantes en diferentes tipos de delitos con el objetivo de complejizar algunas nociones que circulan sobre el tema en los medios de comunicación, en el campo de la política y en la esfera pública en general.

Posteriormente Ivana Dal Bianco indaga acerca de las mujeres acusadas por delitos graves, especialmente, si sufren en el sistema penal, por su pertenencia al género femenino, una mayor discriminación. Algunos ejemplos se asocian a acusaciones prejuiciosas, a la utilización de estereotipos de género visibles u ocultos, todo lo cual puede contribuir a un menor estándar de prueba de los hechos para las condenas.

La séptima propuesta es de Silvia Zega, quien partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño se concentra en las causas penales cuyos responsables de menores son privados de la libertad. Es decir, se trata de personas que no son ni imputadas, ni víctimas,

ni testigos, y sin embargo sus vidas se encuentran afectadas por las decisiones judiciales recaídas respecto de individuos a cuyo cuidado estaban antes del encarcelamiento.

La última de las contribuciones de esta compilación es la que realizan José Miceli y Silvia Ríos en torno a los crímenes rituales, que son aquellos que se realizan con un móvil o motivación esotérica e involucran personas elegidas sobre las que se ejerce distintos grados de violencia llegando incluso al homicidio. Es en este sentido que abordan los aspectos socio-jurídicos de este tipo de crímenes desde una perspectiva antropológica transdisciplinaria.

DESBORDAR LA PENA DESDE LAS CIENCIAS SOCIALES: UNA EXPLORACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sofía Castro

Introducción

La presente ponencia se propone presentar una exploración de antecedentes que puedan aportar claridad conceptual a una investigación sociológica cualitativa entre personal proveniente de las ciencias sociales trabajando en espacios de justicia en Argentina, en principio, problematizando la tensión punición-prevención. Puntualmente se contempla la exposición de algunos antecedentes respecto del vínculo de las ciencias sociales y el derecho, y dos ejemplos de problemáticas que surgen de ello; la tensión entre des-individualización e individualización, con el caso de las luchas por penar la violencia sexual, y cómo se pone en práctica la resocialización de internos en establecimientos penales.

Se pretende que esta primera exploración bibliográfica conduzca a la emergencia de preguntas problema que puedan ser, más adelante, contrastadas con las problemáticas que aparezcan durante el trabajo de campo. Esta investigación se está llevando a cabo en el marco de una tesis doctoral, para el Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Al mismo tiempo, la problematización respecto de la prevención del delito por fuera de la pena retoma debates

llevados adelante en el marco del Grupo de Estudios sobre Seguridad y Policía en torno al proyecto de investigación “Gobierno de la seguridad en la provincia de Córdoba (2015-2023): seguridad ciudadana, control democrático de las fuerzas de seguridad y procesos de tecnolización del campo securitario” financiado por el Instituto de Investigación de la Universidad Nacional de Villa María.

Para esto el artículo se encuentra organizado en un primer apartado en el que se hará una somera exploración de la problemática del vínculo disciplinar entre ciencias sociales y derecho, y luego los dos casos que ejemplifican las hipótesis planteadas respecto a ese vínculo; el primero es en relación a la reivindicación de la violencia sexual por parte de movimientos feministas y la adaptación y apropiación de sus luchas por parte del derecho penal, utilizando un caso italiano, y la segunda es la dinámica de resocialización de reclusos en el sistema penitenciario analizado desde un autor catalán. Se cerrará el escrito con algunas reflexiones en torno a la tensión entre prevención y punición para pensar las dinámicas de compatibilidad o incompatibilidad de las ciencias sociales y el derecho.

Disputas prácticas y disciplinares

La hipótesis principal que guía este trabajo es que el derecho tiene una autoridad y un poder regulador como disciplina, frente a otras disciplinas de las ciencias sociales. Esta disputa abstracta es la base para afirmar que por más que hay un reconocimiento de la importancia de las ciencias sociales para entender la aplicación de la ley, la criminalidad como fenómeno, y hasta las dinámicas institucionales y sociológicas de los actores judiciales que regulan la actividad judicial puertas adentro de los Tribunales, Fiscalías y Juzgados, ese reconocimiento queda en lo estrictamente enunciativo o se diluye utilizando teorías sociales que no resuelven la disputa ni el conflicto disciplinar, más bien sistémico-funcionalista.

Hay una problematización, sobre todo desde la criminología crítica, en torno a cómo desde el derecho y el sistema penal, ha primado

un paradigma “etiológico” para entender y actuar sobre la criminalidad. Este paradigma está basado en la búsqueda de problemáticas delictivas en términos de causas individuales. Es que, naturalmente, el derecho, por su relación con el plano normativo de la sociedad, busca distinguir entre el bien y el mal y castigar en consecuencia (Lahire, 2016).

Bergalli (2003) en su libro *Sistema penal y problemas sociales* indica que aplicar normas jurídicas es una tarea que compete a operadores jurídicos en el marco del Estado de derecho. Pero debe atenderse la capacidad que tienen jueces y tribunales para aplicar las normas de un determinado ordenamiento, desempeñando una tarea de adecuación de tales normas a las situaciones de hecho que caen bajo sus conocimientos, es decir a problemas sociales. Al analizar la interpretación del derecho comenta visiones provenientes del mundo social para esta interpretación alternativa a la tradicional-dogmática. “Hay un embate del sociologismo al formalismo que refleja visiones de ver el mundo más variadas y plurales que las emitidas desde aquellas que entendieron al derecho como la expresión de la máxima racionalidad con que se pueda concebir la vida social” (Bergalli, 2003). Hay una apertura de los juristas más democráticos a considerar nuevas necesidades y funciones en el ámbito de la política penal. Incluso Baratta (1985) alude a la introducción, junto a los bienes jurídicos como la vida, la propiedad y el honor, de otros bienes jurídicos “de amplio alcance” con extensión potencialmente universal como la ecología, la economía pública, etc., ya que en estas introducciones se muestra que el objeto de la tutela penal se va desplazando de los intereses de sujetos y víctimas potenciales hacia funciones o complejos funcionales (Baratta, 1985).

En función de tomar a las ciencias sociales para posibilitar una reinterpretación del derecho para afrontar sus problemas sociales y de pensamiento penal, se tomó de manera casi exclusiva a las teorías sociales de corte sistémico y funcionalistas (Lahire, 2016). Fue primando un paradigma “etiológico” para entender y actuar sobre la criminalidad. Este paradigma está basado en la búsqueda de problemáticas

delictivas en términos de causas individuales y se relaciona directamente con las teorías sociales de corte positivistas, de las que se ha valido el derecho para darle solución a problemas de pensamiento penal (Baratta, 1985). La existencia de una primacía de las visiones penales, etiológicas y sistemático-funcionalistas de la sociedad en el ámbito de la pena dificulta la identificación de problemas sociales más amplios, tales como la desigualdad y el fenómeno de la violencia que de ella se deriva, y de regularidades en las prácticas, o de la “distribución” de la criminalidad, en perjuicio de la población dominada o débil.

Esa identificación de problemas, en realidad, es la fortaleza de las ciencias sociales. Las teorías críticas de las ciencias sociales profundizan en torno al carácter relacional de los colectivos, y en su capacidad de comprender las fuerzas de la represión en el abordaje de los fenómenos sociales. El lenguaje científico busca evaluar el mundo, como si fuera un “laboratorio” sin buscar si es bueno o malo, al contrario, el plano normativo es propio de la justicia, la policía, la cárcel, etc., que busca distinguir entre el bien y el mal y castigar en consecuencia.

La teoría crítica y la sociología son las encargadas de echar luz sobre la realidad de asimetrías, relaciones de dominación y explotación, el ejercicio del poder y los procesos de estigmatización que generan. Esto resulta hiriente para quienes quieren ocultar estas relaciones de poder y hacerlas pasar como realidades naturales, y con ello a quienes acusan a la sociología y le declaran la guerra por justificar la delincuencia, el crimen, el terrorismo o la mala conducta y la deserción escolar (Lahire, 2016).

Yendo hacia un plano más filosófico, la ciencia social se esmera en demostrar lo ficticio que resulta el individuo aislado, libre y con plena conciencia para actuar y decidir. A esto, Lahire le denomina “ficción jurídica”. Como si el derecho necesitara de la ficción del individuo libre con capacidad de decidir para poder juzgar, mientras que para la sociología ese determinismo se puede aplicar tanto individualmente (como experiencias que constituyen a un individuo) como también son detectables a nivel de lo social. Esto no quiere decir que para las

ciencias sociales no se tomen decisiones, o que no existan voluntades, sino que entiende a la libertad dentro de un marco de una limitación relativa de las posibilidades de acción (Lahire, 2016).

Sin embargo, dentro de las ciencias sociales podemos pensar en las teorías sistémicas, como aquellas que señalan condiciones de estabilización de los sistemas sociales. Son teorías que no plantean al conflicto como parte inherente de las relaciones sociales, sino como conductas desviadas a “limpiar” o sacar del sistema social para su correcto funcionamiento. El derecho actúa como un mecanismo privilegiado para la “limpieza” de esos sistemas. Por lo tanto, el uso de estas teorías se aplica en los términos técnico-funcionalistas.

Baratta (1985) retoma a Jakobs cuando teoriza respecto a la función supuestamente preventiva de la punición. Desde una perspectiva netamente sistémica pareciera que la reacción punitiva tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para el sistema y la integración social. Hay una intolerabilidad funcional hacia la expresión de “infidelidad” al derecho y los valores consagrados por el ordenamiento positivo, aún más reprochable que el daño realizado en sí. Desde un análisis funcionalista el delito amenaza la estabilidad social, faltando a la fidelidad al derecho, y así, la pena constituiría un restablecimiento de la confianza institucional contraria al delito (Baratta, 1985).

Así, el uso de teorías sociales sistémico-funcionalistas en el ámbito del derecho reproduce el modelo positivista y tecnocrático para analizar problemáticas sociales y criminológicas amplias, al mismo tiempo que contrapone modelos críticos de incluir análisis sociológicos a la técnica jurídica. A modo de hipótesis, se resaltan dos núcleos problemáticos en torno a la tensión entre la búsqueda por individualizar autores y víctimas, propias del derecho, y el interés en los factores causales, patrones de conducta o regularidades en las prácticas, propias de las ciencias sociales.

Individualizar vs. desindividualizar, el caso de la pena respecto a la violencia sexual

Un primer núcleo problemático donde aparece esta tensión entre las disciplinas más críticas de las ciencias sociales y la forma de concebir la criminalidad desde el derecho y las teorías sistémico-funcionalistas es en la reducción de problemas sociales respecto a violencias que podrían tener una explicación causal fenomenológica amplia, pero en el ámbito del derecho o del sistema penal terminan teniendo un correlato punitivo-individualizador.

Para ejemplificar este conflicto presentamos el caso de las luchas por el reconocimiento legislativo de la violencia sexual, en donde el proceso de criminalización, y reducción de una problemática social a soluciones penales de índole individual (donde se responsabiliza y penaliza a culpables y se victimiza a mujeres) no permite el reconocimiento de la sociedad patriarcal, y la violencia sexual como resultado de la misma.

El caso se encuentra explicado en el artículo “La cuestión de las mujeres y el derecho Penal simbólico” de Bodelón y Bergalli (1992). Aquí explican que la larga tradición de relación del movimiento feminista con el uso del derecho se orientó inicialmente hacia el desarrollo de estrategias legales que condujeran a mejorar las condiciones de las mujeres en diferentes áreas sociales. Sin embargo, fueron descubriendo las limitaciones de las reformas legales, que no eran acompañadas de una reflexión más amplia sobre las posibilidades de cambio social y las causas o factores determinantes de la situación dominada de las mujeres.

Lejos de utilizar al movimiento feminista para una comprensión de la violencia sexual, lo que se denuncia en el artículo es que el derecho se valió de este movimiento, como también del ecologismo, para revalidar su discurso penal. Se puede hablar de distintas críticas feministas del derecho, y a su vez analizar del sistema jurídico penal desde una perspectiva feminista. Sin embargo, en este apartado retomo del

texto de Bergalli y Boderó (1992), en el que resaltan cómo la violencia sexual apareció como un tema preocupante entre los países europeos, y destacan el caso holandés y el caso italiano. El objetivo de visibilizar la violencia sexual era, en muchos casos, llamar la atención sobre una opresión genérica hacia las mujeres, demostrando la existencia de una sociedad patriarcal. Sin embargo, existen casos y ejemplos que demuestran cómo el proceso de criminalización redujo la cuestión a términos particulares e individuales.

En Italia se conformó un centro anti-violencia en 1978, por el Movimento di Liberazione delle Donne (MLD) quienes elaboraron una propuesta de ley en relación a la violencia sexual que se presenta ante el parlamento con apoyo de movimientos de mujeres y muchas críticas. Se vuelve a presentar en 1984, se vuelve a disolver y se presenta por tercera vez en 1986. Bergalli y Boderó (1992) resaltan los elementos que se discutieron en cada ocasión en la cual el proyecto se presenta, en cada una de las discusiones los autores entienden que las críticas levantadas señalan una falta de atención al diálogo y discusión de la propuesta, pero sobre todo al olvido de la importancia que tiene el proceso de cambio de relaciones entre los sexos como medio para afrontar el problema de la violencia sexual. Mientras que el movimiento feminista trató de responsabilizar socialmente a los individuos más allá de la responsabilidad penal, con el proyecto el problema se traslada a términos individuales, la responsabilidad recae sobre un culpable singular y la mujer pasa a ser víctima, en lugar de un sujeto que reivindica. La propuesta de ley sólo podía reflejar una parte del problema de las mujeres a través del derecho penal, que sólo puede utilizar el término violencia sexual y simplificar el problema del patriarcado, o utilizar el principio de culpabilidad como mecanismo de asignación de responsabilidad social. La solución penal, en este sentido, pretendía simbolizar en un momento un conjunto de momentos, aislándolo de la realidad que le da significado.

Bergalli y Boderó (1992) concluyen que los colectivos sociales que trasladan sus peticiones al sistema penal han asumido que el derecho

penal es un instrumento de los poderosos, y se les da relevancia a sus discursos en tanto y en cuanto sirvan a su legitimación, ya sea a través de la resocialización del individuo o la defensa de bienes jurídicos. Los movimientos de mujeres, cuando iniciaron sus estrategias de criminalización, querían encontrar una visibilización de problemas de la sociedad patriarcal, pretendieron una reflexión colectiva sobre un problema que causaba dolor individual. La reivindicación que la violencia sexual se genera como un elemento más de factores de violencia que contribuyen a mantener la sociedad patriarcal y la asimetría de género no se logró en la arena parlamentaria y legal. En resumidas cuentas, se buscó un cambio más profundo, pero estos se vieron limitados por la forma en que el derecho penal ha reflejado y ha ayudado a silenciar al sujeto femenino. El derecho penal, en palabras de estos autores, se ha mostrado históricamente ineficiente e insuficiente para la resolución sustantiva de conflictos o dar una justa interpretación simbólica de ellos.

En este caso, “La violencia sexual deja de ser un problema con implicaciones colectivas y diversas, para transformarse en un problema individualizado que tendrá un responsable y que parece solucionado tras la sentencia” (Bergalli y Boderó, 1992, p. 27). El derecho penal soluciona problemas sociales mediante una receta punitiva y el desinterés por la víctima. Incluso ahora la violencia, para ser penada, es abstraída de su contexto a la que le corresponde una reacción punitiva.

Este caso demuestra cómo movimientos de concientización, de la mano de teorías críticas para repensar la sociedad, pueden tener objetivos de visibilización simbólica de violencias, con el objetivo de des-individualizar a los sujetos que cometen actos violentos y demostrar cómo son parte de una dinámica colectiva y estructural más amplia que excede el acto violento. Sin embargo, el derecho penal transforma este tipo de reivindicaciones en lo absolutamente contrario; utilizan sus luchas para compatibilizar la búsqueda de individualización de víctimas y, sobre todo, victimarios para su funcionamiento.

Aquí radica esta confusión de términos entre derecho y ciencias sociales, éstas últimas buscan comprender y entender las prácticas sociales. Este objetivo no necesariamente se complementa con los objetivos de orden más punitivo del derecho penal, que sí busca la responsabilización e individualización de sujetos. Resulta esclarecedora la cita de Lahire a Janon, cuando explica que la justicia juzga actos individuales y su libre voluntad, no así la segregación social y el malestar de los suburbios. En palabras del autor “La filosofía del sujeto libre no es más que la prolongación de la filosofía judicial de base: se juzga a los individuos y no a una historia colectiva, institucional, social o de políticas públicas” (Lahire, 2016, p. 25).

La desviación penal y su resocialización, el caso de la psicología conductual para la evaluación de reclusos

En segundo lugar, hay otra problematización de los obstáculos que genera el paradigma “etiológico” del derecho que resalta la atención que se le da al condenado en el sistema penal, y su carácter “desviado” (utilizando los vocablos propios de las teorías sistémico-funcionales) por sobre el contexto del cual proviene la persona que comete un delito. El caso de estudio en donde esto se ve cristalizado son las estrategias y modalidades de resocialización de condenados, y la difícil conversión del sistema penal en un sistema de reinserción social.

García-Bores (2015) problematiza cómo la orientación punitivo-premial del sistema penal, implica a un modelo de tratamiento psicológico de condenados de marcado corte conductista, hoy en día ampliamente cuestionado en el contexto psicológico. El enfoque resocializador ratifica la posición criminológica que trata de explicar la problemática del delito desde sus causas individuales; que ve al actor como el depositario del problema.

Así, se extendió ampliamente la modalidad de “fases” para evaluar la evolución de presos y presas, llevando la responsabilidad sobre la resocialización de los sentenciados, de las ciencias jurídicas a las ciencias del comportamiento: Psicología o incluso Trabajo Social. A través

de un sistema en el que van superando fases si se adaptan a un Programa Individualizado de Tratamiento, a través de una evaluación de personalidad. A medida que avanzan, los internos van consiguiendo distintas recompensas o beneficios penitenciarios, permisos de salida, reducción de condenas o, incluso, la posibilidad de trasladarse a establecimientos penitenciarios menos restrictivos. García-Bores (2015) evalúa este tratamiento en Barcelona, pero en un ejercicio de comparación (que no cabe en el presente trabajo) se podría comprobar que no dista de cómo se realiza el tratamiento en los penales de Argentina.

Estos tratamientos se van implementando al compás del aumento de profesionales psicólogos o trabajadores sociales, que encuentran en la gestión penitenciaria un ámbito próspero para intervenciones apuntadas al comportamiento individual de los individuos. Pasar de fase implica una serie de factores empleados para valorar la conducta de un interno que son variados, y se discuten en consejos o comités de evaluación interdisciplinarios, en un proceso de clasificación y permanente reclasificación de su tipo criminológico, de su diagnóstico de capacidad criminal y/o de su adaptabilidad social.

Esta evaluación de la evolución de los internos está cargada de retórica psicologista, materializada tanto en términos de conceptos psicológicos (socialización deficiente, familia desestructurada, personalidad antisocial) comodines básicos para argumentar cualquier decisión negativa como en términos de criterios que se utilizan para la toma de decisiones o bien simplemente para construir el discurso de las decisiones y propuestas motivadas. (García-Bores, 2015, p. 78)

Estos preceptos netamente conductistas para evaluar los presos dieron una cobertura teórica para llevar la atención a la conducta del interno. Ya no solamente como una conducta a vigilar, sino también como un indicador de reeducación y rehabilitación. Algo similar a lo que sucede con su participación en actividades de tratamiento (como talleres, cursos, escuela, etc.) que demuestra que individualmente el

interno está mostrando una voluntad de mejorar su conducta, o que dispone de apoyo social en el exterior.

Hay algunas cuestiones en torno a su aplicación que el autor resalta para dar cuenta de la insuficiencia de estos programas; por un lado, la baja proporción de psicólogos o educadores con relación a la población reclusa, por otro lado, las problemáticas condiciones de encierro de los centros penitenciarios catalanes, sobre todo considerando el hacinamiento. Tampoco se toma en consideración, en la aplicación de estos programas, que el interno, consciente de que está siendo evaluado y de las consecuencias que puede comportar tal evaluación, tiende a simular un buen comportamiento ante los profesionales. En tercer lugar, que es una evaluación de una persona en un contexto particular, como es el carcelario, lo que implica que su buena conducta en realidad signifique una adaptación de esa persona al régimen de custodia, que acaba por premiar a aquel preso que asume la cultura carcelaria; esto dificulta la extrapolación de su comportamiento a condiciones de libertad para pensar la re-socialización. También, y por último, el autor resalta como este sistema niega la capacidad de voluntariamente aceptar un tratamiento por parte de un paciente, este elemento es base del “éxito” de cualquier intervención psicológica según García-Bores (2015).

Más allá de estos problemas de índole puntual respecto al ideal resocialización, de fondo, este sistema implica que el actor es el depositario del problema, y fue esta persona, como un individuo libre de decidir y con capacidad plena de respetar la ley penal, responsable único de su destino como sentenciado o sentenciada. Como indica el autor, esto omite la definición sobre qué es delito, los procesos de selectividad sobre quiénes son los delincuentes, las problemáticas económicas sociales y culturales, las circunstancias y contextos específicos que envuelven cada acción delictiva concreta.

El derecho se vale de esta filosofía de la voluntad para un doble juego; responsabilizar a quienes cometen delitos, de la misma forma que premian a los que se encuentran con la conducta necesaria para

salir del sistema punitivo-penal. Este segundo mecanismo es el mismo que se utiliza para, como le dice Lahire (2016), “*Velar a los dominados*” y legitimar a los dominantes como los responsables de su propio éxito (escolar, profesional, etc.) como si ello se debiera únicamente a cualidades intelectuales o de esfuerzo o talento personal.

Comentarios finales respecto a la prevención y punición

Esta organización de problemas pretenden reunir ejemplos de la existencia de una primacía de las visiones penales, etiológicas y sistemático-funcionalistas de la sociedad en el ámbito de la pena, pero también planteamos el atravesamiento de una cuestión ya planteada por Baratta (1985): esta primacía dificulta la identificación de problemas sociales más amplios, tales como la desigualdad y el fenómeno de la violencia que de ella se deriva, y de regularidades en las prácticas, o de la “distribución” de la criminalidad, en perjuicio de la población dominada o débil. Como indicó el criminólogo crítico hace casi cuarenta años “centrar la responsabilidad sobre un sujeto, que al mismo tiempo se encuentra des-subjetivizado respecto del sistema” (1985, p. 87).

Estos planteos no son necesariamente novedosos, sin embargo, sirven de puntapié inicial, conceptual y teórico, para avanzar sobre un trabajo de campo que pretende comprender la tensión entre prevención y punición de manera situada en espacios laborales del sistema judicial y penal en Argentina, donde conviven formas de problematizar la criminalidad disímiles.

En relación con la tensión punición y prevención, retomando los planteos erigidos más arriba, resulta inaudito pensar que la punición tiene capacidad preventiva, tal y como critica Baratta de Jakobs (1985). La prevención del delito se debe pensar por fuera de la pena, porque son distintos objetos a los que apunta; la prevención debe plantearse desde una mirada crítica, sociológica que atienda las causas del fenómeno delictual de forma des-individualizada, y pensando al sujeto como una persona condicionada a actuar por su contexto y condiciones. Mientras la pena se piensa desde una acción individual y

el derecho penal se vale de ello para cumplir con su objetivo de penar individuos y hacerlos únicos responsables de sus destinos, así como únicos responsables de su resocialización posterior.

Las ciencias sociales y las teorías críticas deben tener un rol activo en la prevención y la comprensión de la sociedad por fuera de la pena ya que se encarga de entender las prácticas sociales. El castigo y la pena imposibilitan e impiden cualquier comprensión amplia y causal del fenómeno delictual, por lo tanto, pensar la prevención desde el derecho resulta una contradicción.

“Solo el distanciamiento y la desindividualización del problema permiten soluciones colectivas y duraderas” afirma Lahire (2016, p. 36). Esto último resalta el carácter necesario de las ciencias sociales para pensar la criminalidad (como también otros problemas sociales) y hasta complementario al derecho en sus distintos plazos y en su capacidad para pensar en torno a la prevención de aquello que el derecho castiga, es decir que el autor resalta que no hay una oposición de las fuerzas de la represión cuando se pretende comprender y prevenir un fenómeno. Las políticas de “mano dura” y la pura punición, en la concepción de Lahire, no repiensen las lógicas de fondo que contribuyen a hacer posibles los crímenes. La premisa principal de este autor es que la sociología deja en evidencia las lógicas que presiden las prácticas, historizando lo que se supone natural o azaroso. En esta tarea desenzaliza sujetos, compara y explica transformaciones de fenómenos que parecieran invariantes y contradice mentiras voluntaristas sobre el estado de lo real, rompiendo ilusiones en torno a la forma de actuar del hombre. En resumidas cuentas, permite recobrar el poder de analizar y estudiar una realidad que se impone como evidencia difícil de cuestionar.

También el autor sitúa a trabajadores sociales y maestros junto con los psicólogos o psiquiatras que evalúan el estado mental o personal de un inculcado a pedido de la justicia. Las pericias psicológicas le denominan “circunstancias atenuantes” a aquellas marcas y la incorporan a los procesos judiciales; esto resulta en una grieta que tiene la

justicia para incorporar la historia del inculpado remontándose a su historia y contexto. La psicología, entonces, junto con el trabajo social, son disciplinas que, por más que sigan actuando dominadas por el derecho y para cumplir con sus objetivos punitivos, se encuentran más del lado de la “voluntad del saber y entender” independiente de las “voluntad de castigar”; según Lahire (2016)

Las fuerzas de la comprensión que se sitúan del lado de la “prevención” no se oponen de manera automática a las fuerzas de la represión (se puede querer entender, implementar las acciones necesarias para evitar que se produzcan crímenes y delitos y castigar a los que lo comenten) si no que suele enfrentarse a la realidad de las prácticas, las políticas y los medios asignados a los diferentes sectores del mundo social. (pg. 82)

La ciencia social debe abrirse camino en una historia de dominación disciplinar, deslegitimación mediática y política y hegemonía de soluciones cortoplacistas y punitivas. El desafío es enorme, pero lo demostrado en este libro es que sigue siendo más costoso para nuestras democracias renunciar a ello.

Las preguntas con las que me encuentro ante este análisis son ¿es posible que exista la pretensión de prevención del delito por dentro de los espacios de justicia penal, o este análisis y estas estrategias de prevención sólo se pueden dar por fuera? ¿Cómo compatibilizan el trabajo y su mirada disciplinar aquellas personas que están trabajando en espacios de justicia, o de derecho penal, y son profesionales de las ciencias sociales?

Bibliografía

Baratta, Alessandro (1985). Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica, *Revista Doctrina Penal*, año 8, n° 29, pp. 9-26.

- Bergalli, Roberto (1992). La quiebra de los mitos. Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica, *Nuevo Foro Penal*, N° 55 (51).
- Bergalli, Roberto (1993). Protagonismo judicial y cultura de los jueces, *Jueces para la democracia*, N° 19, pp. 14-18.
- Bergalli, Roberto (2003). Alessandro Baratta: Filósofo del derecho penal, *Nueva Doctrina Penal*, 2002/A. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna (1992). La cuestión de las mujeres y el derecho Penal simbólico, *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, pp. 43-73.
- García-Bores Espí, J. *et al.* (2015). Lógicas, contenidos y límites del modelo rehabilitador, *Crítica Penal y Poder*, (9).
- Lahire, Bernard (2016). *En defensa de la sociología: Contra el mito de los sociólogos son unos charlatanes, justifican a los delincuentes y distorsionan la realidad*. Argentina: Siglo XXI.

FORMALIZACIÓN E INCAPACIDAD RELATIVA COMO DIMENSIONES SOCIALES DE LA JUSTICIA CRIMINAL DURANTE LA TRANSICIÓN POLÍTICA BRASILEÑA

Paulo Mendes¹

Presentación

El artículo realiza un análisis socio-histórico de dos dimensiones sociales de la Justicia Criminal, la formalización y la incapacidad relativa, en el contexto de la transición política en Brasil (1983-1992). Se plantea como un estudio de Teoría Fundamentada que identifica claves de análisis en la literatura (formalización e incapacidad relativa), recoge e interpreta datos de fuentes (periódicos, documentos, legislación, tasa de homicidios y población carcelaria) y ofrece una descripción narrativa de conjuntos de discursos y prácticas relacionados (reformismo penal y penitenciario y campañas de ley y orden). Mientras que la formalización es una clave explicativa que permite comprender la creación, aplicación y evaluación del derecho penal, la incapacidad relativa permite entender la interacción entre los políticos profesionales, los expertos y la opinión pública. Las aportaciones de la investigación son una aproximación a la Justicia Criminal en el contexto más amplio del sistema penal y de la sociedad y la concep-

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Máster en Criminología por la Universidad Nacional del Litoral. Iniciación en la docencia en Tecnología de Seguridad Pública por la Universidad Federal Fluminense.

ción de esta justicia como una forma de resolver el problema de la delincuencia violenta.

Introducción

El artículo hace un análisis socio-histórico de dos dimensiones sociales de la justicia penal, la formalización y la incapacidad relativa, en el contexto de la transición política en Brasil (1983-1992).

La mayor parte de la burocracia de la Justicia Criminal se encuentra en el ámbito de los estados miembros, con referencia a la primera instancia, con los Tribunales Penales, y a la segunda instancia, con los Tribunales de Justicia, concentrándose la mayor parte de este aparato en los centros urbanos y con tribunales que en las ciudades más grandes se dividen por regiones, y suele haber al menos un tribunal por municipio. La jurisdicción penal también tiene un nivel federal -primera y segunda instancia- y tribunales superiores, como el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, que representa simbólicamente al poder judicial.

Las referencias de la investigación son la esfera de los estados miembros, que centralizan y tienen la principal competencia en términos de burocracia político-administrativa en un Estado federativo como Brasil; su relación con la esfera federal, principal fuente de representación y dirección política; y lo urbano en su dimensión internacional, regional, nacional y local expresada por las metrópolis de São Paulo y Río de Janeiro -que concentran la atención pública y política y tienen un importante contingente de población, según una perspectiva entre el centro y la periferia-.

El presente trabajo se plantea como un estudio de Teoría Fundamentada que identifica claves de análisis en la literatura, recoge e interpreta datos de las fuentes y proporciona una descripción narrativa de conjuntos de discursos y prácticas relacionadas.

La identificación de las claves de análisis apunta precisamente al desarrollo de conceptos en la literatura que resuenan con el escrutinio de los datos obtenidos, reposicionando estos conceptos de acuerdo

con la presente exploración, con el fin de crear herramientas para interpretar los datos y ayudar a estructurar una base explicativa.

La recopilación e interpretación de los datos supuso una recolección sistemática de fuentes que seleccionó y agrupó diversos documentos existentes, que se cruzaron para dar densidad empírica a la investigación.

La descripción narrativa de conjuntos de discursos y prácticas buscó recordar episodios que marcaron históricamente el periodo, permitiendo un recorrido retrospectivo con densidad factual y reconstitución del desencadenamiento de los acontecimientos.

Las fuentes primarias son periódicos, documentos, legislación y la evolución de la tasa de homicidios y de la población reclusa.

La investigación periodística se llevó a cabo mediante el análisis sistemático de una muestra mensual de un periódico de gran tirada -*O Globo*- para cada año entre 1983 y 1992, de todos los días del mes de junio a través de un informe que indicaba cómo surgía el tema de la “justicia penal”. En cuatro periódicos de gran circulación -*O Globo*, *Folha de São Paulo*, *Estadão* y *Jornal do Brasil*- se analizaron temas vinculados a la aprobación de la Reforma Penal y Penitenciaria en 1984 y la campaña de ley y orden que llevó a la aprobación de la Ley de Delitos Hediondos en 1990 -el día siguiente mostrando las repercusiones de la aprobación de estos cambios legislativos-. Estos materiales están disponibles digitalmente en una colección abierta (*Folha de São Paulo* y *Estadão*) o por suscripción (*O Globo*), y también se puede acceder a ellos de forma abierta a través de la hemeroteca de la Biblioteca Nacional en formato digital, y para algunos periódicos y periodos sólo en formato físico a través de visitas.

El documento principal es el informe de la Comisión Parlamentaria de Investigación de 1976 sobre el sistema penitenciario.

La legislación se refiere a la legislación aprobada en la esfera federal y cuya redacción puede encontrarse en los archivos legislativos, como las exposiciones de motivos y los debates parlamentarios.

La tasa de homicidios y la evolución de la población reclusa en el período analizado, entre 1983 y 1992, orientaron las interpretaciones de la investigación en el sentido de que hubo una cierta flexibilización de la pena de prisión, debido al mantenimiento y ligero crecimiento de la población reclusa; y que hubo una relativa incapacidad para hacer frente a la delincuencia violenta, debido al aumento de los homicidios.

Las fuentes secundarias proceden de investigaciones realizadas en la época o sobre la época que sirvieron bien como fuente de información, bien como ayuda a la interpretación, bien como referencias para un diálogo en el que se propone una reinterpretación, bien como balance del campo. Los criterios de selección fueron si trataban temas relacionados con los investigados y si formaban parte de un proyecto de investigación.

Claves del análisis

La clave “formalización” tiene su antecedente en las investigaciones de Máximo Sozzo sobre una forma “elitista” de producir política penal, en manos de un grupo relativamente reducido de privilegiados que conformaban una red (políticos, expertos y actores judiciales) que se construía a través de contactos formales e informales cerrados y protegidos, alejados de lo que piensa, quiere o siente la ciudadanía; y “formalista”, apoyándose centralmente en la creación de la ley, desconectada de la importancia de los procesos de su aplicación y dando por sentado que se desarrollarían según lo prescrito en el plano del “deber ser”, liberando fuertes espacios de autonomía para las instituciones penales y sus formas tradicionales de pensar y actuar (Sozzo, 2013, pp. 210-212).

En esta exploración, nos dedicamos menos a puntuar las iniciativas, describir el contenido legislativo y señalar su orientación ético-política, y más a intentar reconstruir “qué” y “cómo” se proyectó la reforma según un *ethos* -una forma de pensar y actuar de un grupo-, un lenguaje -un medio de comunicar ideas y sentimientos a través de

signos- y una burocracia -una actividad de la administración pública basada en cargos definidos, reglamentos fijos, cierta rutina y jerarquía-.

La clave “incapacidad relativa” resuena en dos investigaciones.

En la investigación de Katherine Beckett, es relevante la idea de rescatar los momentos de auge de las campañas de ley y orden sobre el tema de la delincuencia y las drogas, eje central de su libro *Making crime pay* (en este sentido, véase Beckett, 1997, pp. 16-23).

Este empeño, sin embargo, no se basa en una regresión estadística longitudinal de la delincuencia como problema público y en sondeos de opinión pública a escala nacional, sino en un análisis del contexto, el objetivo y los resultados del auge de estas campañas, rescatando la interacción de los actores para tener en cuenta el papel y la posición relativa de los políticos profesionales, los expertos y la opinión pública y los ámbitos federales en los que actuaron.

En sus investigaciones, David Garland trata de promover “análisis detallados que muestren cómo los actores políticos y las agencias gubernamentales -fuerzas policiales, agencias de persecución penal, tribunales, prisiones, departamentos gubernamentales, representantes electos- se han visto confrontados a un nuevo conjunto de problemas prácticos en sus actividades cotidianas” (Garland, 2001, p. 37). Un conjunto de problemas que deriva “del creciente reconocimiento de que la justicia penal moderna está limitada en su capacidad para controlar la delincuencia y proporcionar seguridad” (Garland, 2001, p. 37). Para comprender “las formas en que los funcionarios gubernamentales y los actores privados experimentan y aprehenden las nuevas circunstancias y dificultades sociales, así como las herramientas intelectuales y los medios técnicos desarrollados para hacer frente a tales circunstancias y dificultades” (Garland, 2001, p. 75). Recordando que “la aparición de fenómenos estructurales como racionalidades, mentalidades y estrategias es, ante todo, el resultado de operaciones de resolución de problemas por parte de actores y agencias” y que “las estrategias se adoptan, y tienen éxito, porque caracterizan los proble-

mas e identifican soluciones de un modo compatible con la cultura dominante y la estructura de poder en la que reside” (Garland, 2001, p. 77).

La Administración de Justicia Criminal fue vista como un enfoque de resolución de problemas, no de una manera general tratando de reconstituir su lugar y dilemas en la modernidad tardía, sino más específicamente en cómo se configura estratégicamente de manera contextual frente al crimen violento, en vista del lugar prominente que el tema de la violencia asumió durante el período estudiado.

1. Reforma penal y penitenciaria

En la primera mitad de la década de 1980 en la esfera federal, se convocaron comités de expertos con autonomía para determinar el contenido legislativo que pretendía “modernizar la justicia penal y los establecimientos penitenciarios”; pensada inicialmente como una reforma que abarcaba también la administración de justicia penal, se discutió una nueva ley de procedimiento penal, pero en realidad sólo se redactaron en paralelo las más directamente vinculadas al sistema de penas, que fueron aprobadas por el Congreso junto con una nueva parte general del código penal y una ley de ejecución penal.

Las comisiones estaban formadas por especialistas² teniendo en cuenta sus trayectorias académicas y profesionales, sus relaciones personales e institucionales, que tenían como fuente de autoridad el conocimiento jurídico, y que discutían internamente utilizando un lenguaje jurídico de carácter hermético y tutelar como forma de lograr el consenso y la adhesión a los proyectos y que, además de ser discutidos en reuniones exclusivas -reuniones organizadas por el Mi-

2 La comisión que redactó el proyecto de código penal estaba presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada por: Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci y René Ariel Dotti. La comisión que elaboró el proyecto de ley sobre ejecución penal también estuvo presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada por: René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo y Negri Calixto.

nisterio de Justicia de la comisión responsable de la elaboración de los anteproyectos-, fueron presentados en algunos congresos reservados al mundo académico de carácter eminentemente jurídico -como el Primer Congreso Brasileño de Política Criminal y Penitenciaria en octubre de 1981 en Brasilia- y también después de la publicación del anteproyecto permitió sugerencias de la comunidad jurídica (sobre este proceso ver Paiva, 2014, pp. 89-95).

Un ejemplo de los términos y posiciones que indican un incipiente debate de sugerencias de la comunidad jurídica sobre la nueva parte general del código penal, tal y como aparecieron puntualmente en la agenda pública, fueron: que suponía una maniobra del régimen autoritario para dar la impresión de combatir la delincuencia, justificando que la delincuencia no se combate con el derecho penal, sino modificando las estructuras sociales y la administración de justicia penal; el riesgo de desconexión que supondría reformar la parte general -los criterios de aplicación del derecho penal y el sistema de penas- sin reformar la parte especial -que prevé delitos y penas específicas-; el elogio del “espíritu liberal” del texto, que limitaría la pena privativa de libertad, daría importancia al comportamiento de la víctima, garantías de seguridad social para los presos que trabajan y una posible reducción del abuso de poder por parte de jueces, fiscales y policías, especialmente en lo que se refiere a la detención preventiva.

Una posición particular, considerada equilibrada y de carácter general, encarnaba un espíritu revisor y comentaba con más detalle el contenido de la legislación: la opinión general de que se habían adoptado penas comparativamente más benignas, a pesar de lo que se denominaba “criminalidad perturbadora”; diversas observaciones sobre la redacción del texto en relación con la aplicación de la ley penal y el sistema de penas, en las que destacan los comentarios sobre el intento de crear alternativas a la prisión, como el trabajo comunitario, que fueron vistos con escepticismo al estar teñidos de algunos elementos empíricos de que las penas elevadas y los delitos graves impedirían alcanzarlas en la práctica -en este sentido, se cita en particular la inapli-

cabilidad de la suspensión condicional de las penas para las penas inferiores a dos años-, afirmando así que estas “formas importadas” podrían no ser adecuadas para Brasil -de acuerdo con los elementos de la aplicación concreta de la pena por parte del poder judicial en ese momento- ya que “no habría clientela” para estas formas alternativas.

Tres fuentes diferentes sirvieron de base para la redacción: una discusión jurídica sobre los límites de la legislación anterior que debían ser revisados de acuerdo a lo que se consideraban los parámetros científicos fundados en el conocimiento jurídico que se centraba en el sistema de condenas; en experiencias previas de aplicación de la ley en el ámbito judicial evaluadas de manera no sistemática por expertos y derivadas de su contacto formal e informal con los operadores y que en general problematizaban la condena a penas excesivamente prolongadas y segregadoras; y en un diagnóstico federal de la situación penitenciaria realizado por el legislador.

Este diagnóstico denominado “CPI - Sistema Penitenciario”³ fue realizado por la Cámara de Diputados por una comisión parlamentaria de investigación formada por miembros de los dos partidos autorizados e informada por un diputado del partido de la situación, con el objetivo de “estudiar la situación penitenciaria del país”. La comisión tomó declaraciones en debate con políticos profesionales de abogados y profesores de derecho y medicina forense, fiscales, directores de departamentos de prisiones de los estados miembros, jueces de lo penal y de ejecución, secretarios de justicia y directores de prisiones; también llevó a cabo algunas inspecciones de prisiones y elaboró un informe y unas conclusiones publicadas en 1976 que se enviaron al ejecutivo federal para que tomara medidas.

3 El relator fue el entonces diputado Ibrahim Abi-Ackel, que hizo aprobar y publicar su informe en el Congreso Nacional el 4 de junio de 1976. El texto completo del “informe y conclusiones de la comisión parlamentaria de investigación destinada a estudiar la situación penitenciaria del país” puede consultarse en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A4F9C98323BD931EDAE62A9C97C1A0E.proposicoesWebExterno2?codteor=1244772&filename=Dossie+-PRC+70/1976

Al analizar la situación penitenciaria, tuvo en cuenta “el régimen penitenciario, las garantías y derechos del preso, el trabajo y la alimentación, el deporte, el tratamiento médico”, con el fin de diagnosticar “los efectos de la prisión sobre la personalidad del preso, en comparación con el objetivo de la pena privativa de libertad”, Este objetivo es “la acción educativa individualizada o la individualización de la pena sobre la personalidad”, una “exigencia ineludible para la eficacia del tratamiento penal” que se ve “dificultada por la masificación penitenciaria, que impide la clasificación de los presos en grupos y su consiguiente distribución en distintos establecimientos”. Señala que la mayor parte de la población carcelaria se encuentra fuera de los establecimientos penales considerados adecuados, como las cárceles públicas, donde coexisten “delincuentes de alta peligrosidad” y “delincuentes ocasionales”, lo que crea un “ambiente caldo de cultivo” en el que “la ociosidad es la regla”, generando “deterioro del carácter como consecuencia de la influencia corruptora de la subcultura criminal” y que da lugar a un encierro definido como “germen de reincidencia”. Señalando la ausencia de esfuerzos sistematizados “hacia la reeducación del delincuente” y una característica discriminatoria de la falta de diversos tipos de asistencia “hacia la resocialización”, apuntando a “la lentitud del proceso y la aplicación de la prisión preventiva como una “causa determinante del hacinamiento carcelario en la fase previa a la condena”.

Así, defiende que “una política legislativa orientada a la protección de la sociedad tendrá que restringir la pena privativa de libertad a los delitos graves y a los delincuentes peligrosos, como medio eficaz de evitar la creciente acción criminógena de la prisión”, en una filosofía que buscará “otras sanciones para los delincuentes sin peligrosidad o delitos menos graves”, no se trata de “combatir la pena privativa de libertad como respuesta penal básica al delito”, sino “su restricción a los casos de reconocida necesidad, como medio de defensa social”, donde termina abogando por un “nuevo sistema de penas, con sustitutos de la pena de prisión”, “la necesidad de nuevos centros peniten-

ciarios” que restrinjan la “máxima seguridad, hasta ahora indiscriminadamente destinada a la población reclusa” a los casos de “necesidad comprobada”, dejando paso a las prisiones “semiabiertas o abiertas”, centros penitenciarios que deberían tener un “número máximo de 500 presos” y estar distribuidos por regiones, manteniéndose “en la medida de lo posible en su propio entorno”, adoptando en todo caso la “celda individual”.

A continuación, afirma categóricamente que “ninguna institución penitenciaria puede justificar su existencia si no proporciona un tratamiento penal adecuado” y pasa a esbozar una serie de medidas para esta adecuación: examen criminológico de la personalidad mediante juntas de observación; especialización profesional; organización judicial; formación con la creación de una escuela penitenciaria nacional y una carrera profesional para el personal penitenciario; respeto a los derechos de los presos; control jurisdiccional; normalización de los reglamentos disciplinarios; trabajo remunerado y protegido, que proporcione aptitud profesional tanto dentro como fuera de la prisión; la educación en los distintos niveles; el acercamiento a la vida sexual; la asistencia a los presos y a sus familias durante y después de su estancia en prisión a través de centros de patrocinio; la asistencia también a las víctimas y a sus familias; la eficacia pedagógica del tratamiento penitenciario frente a los factores criminógenos del encarcelamiento y otras sanciones; la asistencia jurídica; y, por último, proponer la elaboración de un código de ejecuciones penales.

Esta comisión parlamentaria de investigación marcó el inicio de un proceso de cierta institucionalización de la cuestión penitenciaria a mediados de la década de 1970, que empezó a incluir propuestas de flexibilización de las penas de prisión en el ámbito federal, como la ampliación de los criterios de libertad condicional, y también en el ámbito estatal, como la propuesta de creación y ampliación de las cárceles albergue. Durante este período, se creó en junio de 1980 un Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, formado principalmente por juristas, con carácter consultivo y vinculado al Minis-

terio de Justicia, que definía objetivos y prioridades, prestaba asesoramiento legislativo y, en un principio, celebraba reuniones a puerta cerrada en las que también participaban empresarios como forma de “sensibilizar a la sociedad civil sobre el problema de los presos”. Fue entonces, a partir del inicio de la década de 1980, que se crearon comisiones para elaborar una reforma legal, que fue la culminación de ese proceso de cierta institucionalización a nivel federal con la aprobación de la reforma legal del sistema de penas (una descripción del período y de las medidas como proceso de institucionalización de la cuestión penitenciaria puede encontrarse en Teixeira, 2006, pp. 62-69).

Sobre la elaboración de estos proyectos de ley que reformaban el sistema de penas, se afirmó que existía una premisa compartida entre juristas y políticos profesionales de la reforma como “moderna, humana y garantista de los derechos de los presos”, que fue “formalmente aceptada”, pero que el sistema penal asumió una función de “instrumento simbólico” y de “legitimación institucional” que llevó a la “imposibilidad práctica de ejecutar este paradigma” (Paiva, 2014, pp. 96-98). Creo que es posible explicar esto por un *ethos de moderación* y un lenguaje de derechos que simbólicamente permitía compartirlo con los políticos profesionales y servir de pauta general de “qué hacer” para los aplicadores de la ley, pero que se comprometía con una herencia corporativista de rituales herméticos y tutelares que conferían amplios márgenes de discrecionalidad y permitían una modulación práctica según intereses y circunstancias, que descuidaban el proceso de implementación al suponer una adhesión automática y que confiaban en un conocimiento intuitivo más que elaborado de “lo que estaba pasando”.

La Nueva Parte General del Código Penal⁴, sancionada el 11 de julio de 1984, supuso una modificación parcial del Código Penal de 1940 en cuanto a los criterios de aplicación de la ley penal y las formas de castigo. En cuanto a los criterios de aplicación, introdujo un cambio que desplazó el centro de la base jurídica de la peligrosidad a

4 Nueva Parte General del Código Penal, ley 7.209 del 11 de julio de 1984.

la culpabilidad, manteniendo amplios márgenes de discrecionalidad para el juez. En cuanto a las formas de sanción, previó la prisión de cumplimiento progresivo, modelada según una arquitectura penal variada y limitada en el tiempo, e institutos como la suspensión condicional de la pena, las penas sustitutivas de la prisión -con criterios de escasa incidencia en la imposición de la pena- y formas de flexibilización de la privación de libertad, en las que destaca la libertad condicional.

Una forma de sanción que representaba la inercia era la medida de seguridad, con una pena indeterminada para su ejecución y sin límite temporal, basada en la peligrosidad como criterio para el mantenimiento indefinido en un medio cerrado como forma de “tratamiento”. La medida de seguridad depende de un informe psiquiátrico que acredite una anomalía considerada patológica en el sujeto en el momento de la acción penal. Anteriormente, esta medida de seguridad podía combinarse con una pena privativa de libertad durante el transcurso de la condena, convirtiendo una pena determinada y limitada en una pena ilimitada. El cambio preveía una separación y definición entre la pena y la medida de seguridad en el momento de la condena, pero como efecto de un paradigma médico-alienal de peligrosidad mantenía la indeterminación de la medida de seguridad, que en el caso de la ejecución de la pena privativa de libertad se definía con un límite máximo de 30 años.

La Ley de Ejecución Penal⁵, sancionada el 11 de julio de 1984, fue la primera ley aprobada en la esfera federal en este sentido, tras un largo período de intentos de codificación. Supuso una unificación de los criterios legales de ejecución penal, que hasta entonces eran competencia de cada Estado federado y centro penitenciario en forma de reglamento. Era un instrumento que debía reconocer al preso como sujeto de derecho y también regular el poder disciplinario a distancia, que eran esencialmente formas de crear acceso al poder judicial para conferir legitimidad al orden penitenciario. Así, creó criterios para la

⁵ Ley de Ejecución Penal, ley 7.210 del 11 de julio de 1984.

ejecución de las penas de prisión -los llamados “beneficios”- formulando condiciones de encarcelamiento que se creían más adecuadas que las anteriores e imaginando una arquitectura penal en sistema de “archipiélago” y en sentido correccionalista en términos laborales y educativos propios de una sociedad industrial-agraria.

Fue una continuación en el sentido de prever institutos como el examen criminológico de la personalidad -el examen es un diagnóstico multiprofesional de la personalidad entre lo psicológico y lo social que se realiza mediante una entrevista y produce un informe- y formas de clasificación y evaluación del comportamiento en un sentido más negativo de control y pronóstico -como comisiones con miembros del sector administrativo penitenciario que clasifican el comportamiento según las faltas disciplinarias-. Estos exámenes y clasificaciones son utilizados por el juez penitenciario como documentos para fundamentar la decisión de flexibilizar el régimen o conceder la libertad condicional.

La aprobación de la Nueva Parte General del Código Penal y de la Ley de Ejecución Penal tuvo un bajo grado de impugnación, y fue considerada una medida técnica impulsada desde el Ejecutivo por el Ministerio de Justicia. Lo más destacado del cambio en la agenda pública fue en relación con el sistema de penas, que supuso una reclasificación del encarcelamiento por etapas entre los regímenes: cerrado, en establecimientos de máxima o media seguridad; semiabierto, en una colonia agrícola o industrial o establecimiento similar; y abierto, en una prisión albergue. Otro punto destacado fueron las penas restrictivas para sustituir a la prisión: trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición temporal de derechos y limitación de fines de semana. También se hizo hincapié en la prohibición de la cadena perpetua y la limitación de la privación de libertad a 30 años. La justificación de los cambios legales fue que harían la justicia penal más rápida y las sentencias más efectivas, a través de una “modernización de las normas” de acuerdo con las “demandas de la sociedad brasileña”, siendo “fundamentales para la lucha contra la violencia y el crimen”. Según

el carácter reformista de la misma, se trataba de un empeño a largo plazo en el mundo jurídico-político que estaba llegando a buen puerto y era esencial para su eficacia incluir en esta reforma la renovación del código de procedimiento penal -que no se materializó-.

Se ha dicho que estos cambios representaron un “giro hacia el ideal resocializador en relación con el paradigma de tratamiento” vigente hasta entonces, afirmando que el paradigma médico pierde fuerza en relación con un paradigma más psicosocial (Teixeira, 2006, pp. 62-69).

En términos de racionalidad penal, en realidad hubo más bien una mutación. Entre una lógica de “tratamiento” basado unitariamente en la peligrosidad y un internamiento fundamentalmente segregador como medida administrativo-penitenciaria. A una lógica dualizada entre privación de libertad basada en la culpabilidad y medida de seguridad basada en la peligrosidad, según una arquitectura penal diferenciadora en términos de seguridad y promotora de la reinserción social de carácter jurídico-penitenciario en sentido industrial-agrario. En otras palabras, el poder judicial, a través de un proceso de ejecución penal, pretendía regular la situación jurídica de las personas privadas de libertad en el ámbito penitenciario, que a su vez se ubicarían en establecimientos concebidos como una forma de internamiento que se flexibilizaría en preparación para la reinserción socioeconómica industrial y agraria.

Esta ejecución penal se concebía como limitada y dosificada mediante una pena “que no afectara a otros derechos no afectados por la privación de libertad” y que se llevaría a cabo progresivamente según una valoración “profesional” y “técnica” mediante traslados internos entre arquitecturas penales. Se partía de un diagnóstico de la improcedencia del internamiento debido a la indiferenciación, acumulación y ociosidad de las personas privadas de libertad, debiendo subsanarse esta “laguna de legalidad” mediante una intervención “reguladora” y “civilizadora” capaz de mantener unas prisiones “modernas” y “adecuadas”.

2. Campañas de ley y orden

Inicialmente las campañas de ley y orden se pasaron a la esfera de los estados miembros como reacción a los intentos de reforma policial por parte de sectores con ascendencia e influencia política, que repercutieron en episodios de saqueos y allanamientos vinculados a la crisis económica y también por la creciente incidencia de la delincuencia en general y en particular de los delitos violentos contra víctimas habitualmente más protegidas. Esto ha generado conmoción política con medidas como la formación de una comisión parlamentaria de investigación, que abogaba por medidas de protección a la vida e incluso defendía prácticas similares a las cometidas semiclandestinemente en términos de muerte y desaparición -como defendieron parlamentarios en Río de Janeiro en 1983-. Hay una explotación de la agenda criminal por parte de la prensa marrón, que atrae candidatos con atractivo popular en las elecciones legislativas y cuyos lemas son incentivar la autodefensa, elogiar medidas policiales y criminales drásticas y la vergüenza pública de los sospechosos -en este sentido, cabe mencionar la elección en 1986 del locutor Afanásio Jazadji para la Asamblea Legislativa de São Paulo-.

Algunos casos puntuales de crímenes violentos que tienen lugar generan conmoción pública, principalmente por la falta de abordaje resolutivo, y aumentan las situaciones límite de persecución, intercambio de disparos y resultados trágicos. Esto lleva a un cambio parcial de perspectiva por parte de los actores, o incluso a la participación político-administrativa de nuevos actores con medidas policiales y penales más duras, principalmente relacionadas con el decreto, mantenimiento y definición del encarcelamiento, especialmente a nivel estatal, pero también intermitentemente a nivel federal.

Hubo una fuerte⁶ aparición intermitente entre las esferas de los estados miembros y federal en la que la pena de muerte se discutió y defendió sobre la base de casos resonantes, principalmente por al-

⁶ Cobertura en los cuatro principales periódicos entre junio y julio de 1990.

gunos políticos profesionales, y también se estudiaron medidas para intervenir o declarar un estado de defensa. Estos fueron el resultado de un conflicto entre los actores políticos y administrativos federales y de los estados miembros, con una constante transferencia y atribución de responsabilidades, por lo general impulsada por disputas ideológicas y electorales, que se remiten para su análisis y se niegan como medidas. Un proceso en el que intervienen políticos profesionales, expertos y referencias a la opinión pública.

Como ocurrió en Río de Janeiro en 1990 durante la ola de secuestros. La sensación de que los actores y organismos de los estados miembros eran incapaces de hacer frente a un determinado fenómeno de delincuencia violenta llevó a los actores federales a estudiar una forma de intervención. Esta forma de intervención fue responsabilidad de un actor político-administrativo federal y osciló entre el discutible extremo de decretar un estado de defensa -con argumentos de irrespeto a la autonomía del estado miembro encarnados por un actor político y de inconstitucionalidad encarnados por un legislador de renombre- hasta la elaboración de una mayor organización y comunicación interfederativa y la necesidad de participar en las investigaciones de la policía federal para descubrir y desentrañar la red criminal que hizo posible esta inusitada capacidad de acción.

Los juristas eran la fuente privilegiada de asesoramiento sobre “lo que estaba pasando” y, sobre todo, “lo que había que hacer”, así como determinados actores del sistema penal con cierta posición de ascendencia. Hubo tres posiciones estándar. Una reacción minoritaria de especialistas y de algunos actores del sistema penal, algunos vinculados o inspirados por la reforma penal de los años 80 y con una posición privilegiada en relación al conocimiento jurídico, que negaban la necesidad de cambios y afirmaban la suficiencia de los instrumentos jurídicos existentes -como el jurista y profesor Miguel Reale como líder de opinión en una columna en *Folha de São Paulo*-. Hubo también una posición minoritaria de otros actores expertos que defendieron otras medidas consideradas innovadoras en cuanto a la necesidad de

importar jurídicamente soluciones de países considerados de referencia por sus horizontes culturales y la identificación de problemas comunes, como la crítica a los métodos tradicionales y la necesidad de nuevos métodos de investigación y actuación judicial como los practicados por Estados Unidos e Italia -como la entrevista al abogado Nilo Batista en el *Jornal do Brasil*-. Y una posición mayoritaria que veía la necesidad de medidas legales más duras capaces de disuadir la proliferación del crimen y la motivación especial de los criminales, ya sea a través de argumentos legales y principios filosóficos por actores autorizados por el conocimiento legal o ambiguamente relacionados como juristas-políticos -como el entonces profesor y diputado Michel Temer y dado por editoriales en periódicos como *O Globo*-, o por “necesidad y experiencia práctica” en relación a algunos actores del sistema penal -como reportajes periodísticos que entrevistaron a profesionales del sistema penal, por ejemplo un delegado en *O Globo*-.

Las referencias a la opinión pública fueron hechas por los medios de comunicación y por ciertos actores políticos con acceso privilegiado que encontraron una oportunidad para exponerse. Hubo tres referencias a la opinión pública. Una fue hecha principalmente por actores políticos que afirmaban conocer y representar a la opinión pública, que se consideraba uniforme y consolidada, y que suponían que existía un apoyo efectivo a las medidas de endurecimiento penal como resultado de su interacción con los medios de comunicación. Los otros dos, por parte de los medios de comunicación, que en su mayoría pretendían representar y al mismo tiempo veían la necesidad de movilizar a la opinión pública en una determinada dirección, refiriéndose a la expresión de la “indignación popular”, por un lado; y, por otro lado, de forma minoritaria, se refirieron a la opinión pública como “algo que hay que conocer”, lo que normalmente se hizo a través de la cobertura de la posición del grupo de referencia o a través de una encuesta de opinión pública en la que se proponían una serie de preguntas, en las que se destacaba la oferta de una posición binaria

centrada en medidas penales duras en relación con el control de la delincuencia sin alternativas.

Estas emergencias, si bien tuvieron un efecto relativamente contenido en el funcionamiento del sistema penal, se enmarcaron en una problemática de intersección sociopolítica con posibles impactos en la aplicación de la ley. Las condiciones de este impacto se produjeron en un momento en el que existía una percepción generalizada de crisis en la que ciertos actores recurrían a una respuesta rápida, drástica o simbólica que se percibía como una demostración de fuerza, con el fin de aplacar un fenómeno particular de delincuencia violenta que se representaba como un enfrentamiento a la capacidad misma de las instituciones de justicia penal para producir orden, situación que solía ser desencadenada por la personificación de la desprotección de una víctima habitualmente más protegida y de un criminal con una motivación delictiva y una capacidad de acción fuera de lo común (también sobre el marco simbólico, véase Teixeira, 2006, p. 101).

Aunque episódica, era una urgencia que empezaba a institucionalizarse, excluyendo a algunas personas que cometían delitos del acceso a las formas de segregación flexible previamente establecidas y creando mandatos indiscriminados de condena obligatoria con repercusiones penitenciarias que contrastaban con el programa correccionalista limitado (véase Teixeira, 2006, pp. 93-94); y que en el momento álgido de este proceso aprobó la Ley de Delitos Hediondos el 25 de julio de 1990. Fue una iniciativa tomada con sentido de urgencia, que reunió a un grupo de políticos profesionales y que fue aprobada en una votación simbólica, con algunas escasas protestas sobre el desconocimiento del contenido, la necesidad de una discusión más profunda y el miedo a la exposición debido a la sensación de emergencia que la rodeaba (para una descripción detallada del proceso legislativo, véase Paiva, 2009, pp. 113-131, también Teixeira, 2006, pp. 98-100), siendo presentada como representante de un “clamor de la sociedad al unísono”.

La Ley de Delitos Hediondos⁷ fue un paquete que estableció un conjunto de duras medidas procesales, penales y penitenciarias para una determinada lista de delitos que “pasaron a ser considerados hediondos” (como la extorsión mediante secuestro), incrementándose sus penas, y otros que fueron “equiparados en sus efectos”, entre ellos el tráfico de drogas, estableciéndose ahora: la prohibición de la libertad provisional y bajo fianza; el aumento de la pena para las bandas en caso de cometerlos de esta forma; que sus respectivas penas se cumplan íntegramente en régimen cerrado; el aumento del tiempo mínimo necesario para obtener la libertad condicional y la prohibición de concederla en caso de reincidencia en estos delitos; el refuerzo y ampliación de la prohibición de conceder amnistías, gracias e indultos. También estableció la duplicación de todos los plazos procesales por tráfico y asociación de estupefacientes, incluyendo el tiempo necesario para notificar a la policía una detención en flagrante, y el aumento del plazo hasta la sentencia. Y encomendó al gobierno federal la creación de prisiones de máxima seguridad “para el cumplimiento de las penas impuestas a condenados de alta peligrosidad”.

Se trataba de una iniciativa penal que, por su intersección sociopolítica entre determinados políticos profesionales, grupo de referencia, la posición mayoritaria de los expertos y lo que se denominaba opinión pública, parecía gozar de una “sobrelegitimación” -neutralización de los intereses sociales en su valoración- y tener un carácter “autorreferencial” -como una bandera en el sentido de reforzar la represión penal que los grupos aspiran a que se atienda su demanda (Paiva, 2009, p. 132)-.

Esto puede explicarse por el contexto en el que surgió y la forma de intersección sociopolítica que significó un código político y cultural para lograr consensos ante la proyección de una ruptura del orden social, que portaba todo un imaginario de representación del delito y del delincuente -potencialmente cargado también de connotaciones raciales y de referenciación en el espacio social y urbano- que no

⁷ Ley 8.072 del 25 de julio de 1990.

necesariamente formaba parte de la experiencia común de la ciudadanía, pero que permitía acceder a él y adherirse a él, estableciendo un canal de comunicación y de expresión, y compartición de afectos ligados a una fuerte noción de castigo, resultando en una iniciativa legal que representaba la condensación en una respuesta penal de la experiencia traumática de la víctima, que al mismo tiempo encarnaba su sufrimiento, la consideración del crimen como particularmente grave y la caracterización del delincuente como particularmente anormal (también sobre la intersección entre urgencia y código y las representaciones sociales indiferenciadas de una figura monstruosa del criminal, ver Teixeira, 2006, pp. 100, 109-110).

Fue un momento tenso que remitía a una escalada y hacía uso de todo un imaginario que vinculaba una determinada configuración urbana con la delincuencia y un incipiente recuento de muertes más o menos contextualizado, que indicaba una relativa incapacidad de las instituciones de justicia penal dentro y fuera del sistema penal, es decir, una sensación de deriva y fracaso en la capacidad de resolver el problema de la delincuencia violenta.

Formalización e incapacidad relativa como dimensiones sociales de la Justicia Criminal

En una evaluación contemporánea⁸, se observó que “las grandes metrópolis brasileñas” estaban presenciando “un cambio significativo en la criminalidad” y que las investigaciones y análisis de los científicos sociales “no desmienten las percepciones colectivas de un aumento inusitado de la criminalidad urbana” en la década de 1980. La presión derivada de ello habría promovido “inversiones en el área de la seguridad pública” como “aumento del contingente policial” y “ampliación de equipamientos” que potencialmente condujeron a “una disminu-

⁸ Una evaluación hecha en el artículo *Violencia urbana, justicia penal y organización social del delito* (1991) de Sérgio Adorno, basado en la investigación *Violencia urbana y justicia penal* (1989), con un informe parcial de investigación en São Paulo por el CEDEC (Centro de Estudios de Cultura Contemporánea).

ción de los delitos contra la propiedad” que no se observó “en relación a los delitos contra la persona”, lo que genera una sospecha “de mayor protección dada a la propiedad que a la vida” y “plantea como problema el sentido mismo de la Justicia en un orden social democrático”. La relación entre “las políticas públicas penales y el modelo democrático de ejercicio del poder” es un reto en el que la cuestión fundamental “radica en hacer prosperar una política de respeto a los derechos mínimos de los ciudadanos condenados y encarcelados sin abdicar de las funciones represivas del aparato de control del orden público y sin renunciar al papel de este aparato en la preservación de la seguridad de los ciudadanos”. En este sentido, existe un “vínculo entre las políticas públicas de seguridad y justicia y la institucionalización de la democracia, como estrategia de contención de los abusos de poder”, que requiere “problematizar la organización y racionalidad subyacente al aparato judicial”, redefiniendo su “lugar como mediador de conflictos”, lo que implica “simplificar los procedimientos burocráticos” y “reducir la distancia entre las clases bajas y el sistema judicial”, lo que requiere “eliminar obstáculos” como los costes, el desconocimiento de los derechos efectivos, las dudas por desconfianza o la resignación sobre el acceso a la justicia.

En este proceso se identificaron dos dimensiones sociales de la Justicia Criminal.

La formalización se refiere a las iniciativas legales que fundamentan la percepción de la Administración de Justicia Criminal a través de un lenguaje -como de los derechos-, un *ethos* -como la moderación- y una burocracia -la profesionalidad especializada-, y que crean una plataforma para el reformismo penal y penitenciario -la defensa de una agenda por parte de un grupo que pretende institucionalizarse proponiendo y participando en los cambios del sistema penal-.

La incapacidad relativa revela cómo se intenta superar la falta de capacidad de la Administración de Justicia Criminal como enfoque para resolver el problema de la delincuencia violenta mediante campañas de ley y orden, en una intersección sociopolítica entre políticos

profesionales, expertos y opinión pública; y cómo producen códigos e imaginarios políticos y culturales que relacionan lo urbano con la delincuencia.

El artículo destacó fenómenos que presentan importantes paralelismos, buscando entender la Justicia Criminal en el contexto más amplio del sistema penal y de la sociedad. En los debates normativos, el reformismo penal y penitenciario suele estar en el centro de la discusión; aquí fue traído a colación de forma analítica y descriptiva como forma de entender el proceso de formalización entre la creación, implementación y evaluación del derecho penal. Las campañas de ley y orden fueron analizadas como indicadores de una relativa incapacidad que, aunque pueden y suelen involucrar a actores del poder judicial, tienen como protagonistas a políticos profesionales, expertos y la opinión pública. Creo que esto fue posible gracias a la visión de la Administración de Justicia Criminal como una forma de resolver el problema de la delincuencia violenta.

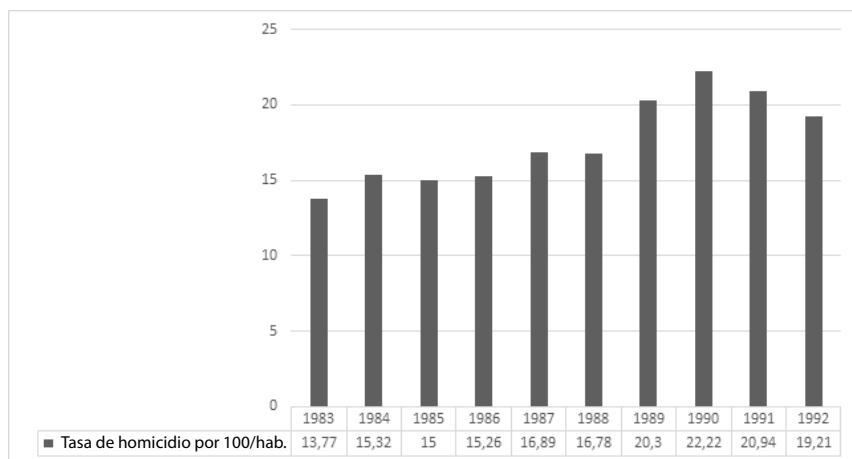
Bibliografía

- Adorno, S. (1991). Violencia urbana, justicia penal y organización social del delito. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 33, octubre.
- Beckett, K. (1997). *Making crime pay: law and order in contemporary American politics*. New York: Oxford University Press.
- Garland, D. (2008). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Río de Janeiro: Revan.
- Paiva, L. (2009). *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos*. Río de Janeiro: Revan.
- Paiva, L. (2014). *Populismo penal en Brasil: del modernismo al antimodernismo penal (1984-1990)*. Tesis de doctorado. Universidad de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
- Sozzo, M. (2013). “Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina”. En: Machado, Bruno Amaral (coord.): *Justicia penal y democracia*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 195-238.

Teixeira, A. (2006). *Del sujeto de derecho al estado de excepción: la trayectoria contemporánea del sistema penitenciario brasileño*. Tesis de maestría. Universidad de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

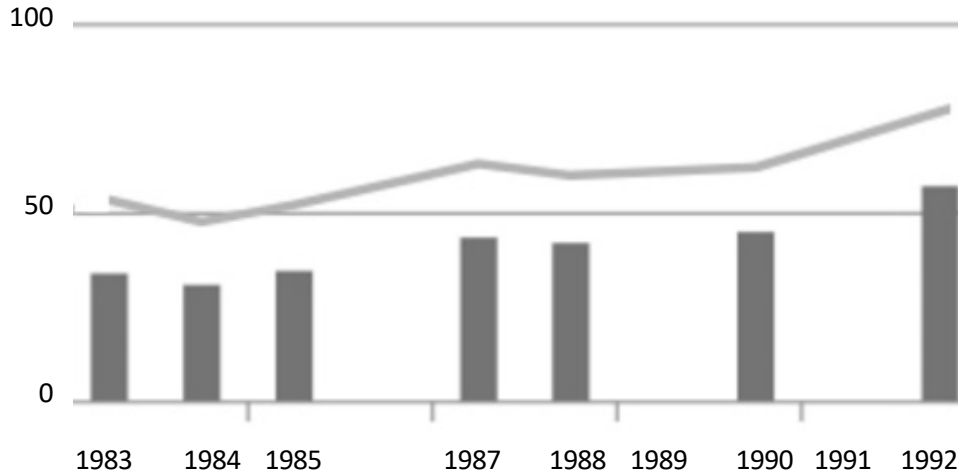
Anexo

Gráfico 1 - Tasa de homicidios en Brasil, por 100.000 habitantes, 1983-1992



Fuente: Instituto de Investigación Económica Aplicada

Gráfico 2 - Tasa de presos en Brasil, por 100.000 habitantes, 1983-1992



Número de presos	1983	1984	1985	1987	1988	1989	1990	1991	1992
	46.000			75.000	88.041	84.000	90.000	100.000	114.300

Fuente: Fonseca, D. (2018). Expansion, standardization and densification of the criminal justice apparatus. Punishment & society, vol. 20 (3), p. 332, número de presos en fuentes oficiales y en periódicos.

ACERCA DE LAS DEBILIDADES INSTITUCIONALES Y BUROCRÁTICAS PARA ALCANZAR LA EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONCILIACIÓN PENAL EN LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL NACIONAL

Camila Abril Serrano

Introducción

Este trabajo se desprende del abordaje realizado en la investigación “Entre la infracción y el conflicto. Improntas ideológicas en los tribunales orales en lo criminal y correccional nacional” (aprobada por la Resolución 369/2018 UNPAZ, llevada a cabo en el período 2018-2020) y, también, de lo planteado en el proyecto de una futura investigación en el marco de la quinta convocatoria a proyectos de investigación científica y tecnológica UNPAZ para el período 2023-2025 respecto de las burocracias en la administración judicial, ambas en el ámbito del Laboratorio de Estudios sobre los Procesos Penales (LEPP, UNPAZ-UBA) del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz, del cual soy integrante.

De la misma forma que la línea desarrollada por Adrián Martín -director de ese laboratorio y de ambas investigaciones- en su libro *El lado de los nudos: Punitivismo, burocracias y conciliación penal*, trabajé a partir de las actualizaciones disponibles de las estadísticas relevadas por el Ministerio Público de la Defensa respecto del modo de finalización de los procesos penales, para dar cuenta de la escasa cantidad de

casos que concluyen a través del instituto de la conciliación penal, a más de tres años de la implementación de los artículos 22 y 34 del Código Procesal Penal Federal mediante la resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal. Con participación de la defensa oficial, tan sólo el 6,6% de los casos radicados en los tribunales orales de la Capital Federal han finalizado -en el período comprendido en el informe anual del MPD del año 2022- por vía de la conciliación, lo cual comparativamente la posiciona por debajo de otras formas alternativas al debate oral y público, como puede ser la suspensión de juicio a prueba -que representa el 19,2%-, o la más utilizada: el juicio abreviado -que significa el 61,5%-.

Es cierto que la conciliación pareciera estar en alza con relación a las estadísticas relevadas años anteriores; y, además, está admitida para procesos que versan sobre ciertos tipos de delitos, por lo que se excluyen otros. Sin perjuicio de ello, llama la atención que sea tan poco explorada, sobre todo si se la confrontara con la implementación de otros mecanismos alternativos al debate, o si se tuviera en cuenta que incluye para su aplicación los procesos seguidos por los delitos más frecuentemente perseguidos. Ese fenómeno ha sido abordado de manera amplia por nuestro laboratorio y, en esta oportunidad, me enfocaré en las debilidades con las que se enfrenta su efectiva implementación en términos prácticos, institucionales y burocráticos.

En esa línea, la regulación es ambigua con relación a la forma en que las partes del proceso consiguen los acuerdos conciliatorios. Acerca del acuerdo en sí mismo, la normativa sólo menciona que las personas imputadas y las víctimas pueden realizarlo respecto de determinados delitos; luego, se dedica a explicar el modo en que jueces y juezas los van a homologar -una vez presentados-, o el efecto que tiene su cumplimiento. Ahora bien, omite identificar a quién le competiría poner en diálogo a las personas imputadas con las víctimas para lograr ese acuerdo, lo cual no es menor si se tuvieran en cuenta las implicancias del abordaje del conflicto interpersonal y, sobre todo, las lógicas burocráticas de la administración judicial.

Las leyes orgánicas de los ministerios públicos establecen las obligaciones que tienen, respectivamente, para con las personas que asisten o con las víctimas. No obstante, la investigación desarrollada reveló que es la defensa la parte que impulsa los acuerdos conciliatorios contactando, en primer lugar y para tal fin, a las víctimas. En efecto, es sustancial comprender el impacto que podría tener que las víctimas fueran abordadas por un organismo idóneo y apto para tal labor en los términos planteados; ya que, si fuesen contactadas por la persona que justamente está velando por los intereses de quien habría cometido un delito en su perjuicio, es entendible que les produjera mínimamente sentimientos de cautela o, incluso, desconfianza.

En suma, este trabajo no se tratará únicamente del incómodo rol de la defensa -específicamente, de la pública- a la hora de sondear a personas presuntamente damnificadas; sino también, acerca de interrogantes sobre cuál organismo podría ser el más adecuado para esa tarea específica y fundamental y, sobre todo, respecto de que la conciliación como gestión no punitiva, restaurativa, y hacia la composición de los conflictos se incorporó en un terreno muy poco preparado, y sin las herramientas para eludir las implicancias de sus prácticas.

Sobre qué es y qué no es la conciliación penal

La conciliación penal es una de las alternativas al debate oral y público, como finalización del proceso penal, disponibles en la legislación argentina. Su implementación es indiscutida en todo el territorio nacional a partir del año 2019¹ y es una forma de resolución de conflictos originados por hechos que encuadran en delitos patrimoniales sin grave violencia o en delitos culposos -si no existieran lesiones gravísimas o muerte-. A diferencia del resto de las alternativas, la conciliación permite que las víctimas sean escuchadas, su opinión sea tenida en cuenta y su decisión determine la resolución judicial que dé fin al proceso penal. Así, se convierte en una de las herramientas que for-

1 Art. 1 de la resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, y arts. 22 y 34 del Código Procesal Penal Federal.

man parte de la denominada justicia restaurativa, y en una manera de materializar los principios de mínima intervención y de última ratio del derecho penal incorporados a nuestro ordenamiento mediante instrumentos internacionales², su interpretación³, y la ley interna⁴.

Por consiguiente, al poner el foco en la gestión del conflicto y sus protagonistas en este tipo de hechos, es claro que la administración judicial no va a encontrar en la conciliación penal un mecanismo para ejercer poder punitivo, al menos en lo que tuviera que ver con la manera de finalización de los procesos. Esta es otra marcada diferencia con las restantes alternativas disponibles: la suspensión del proceso a prueba mantiene a la persona imputada “controlada” por organismos judiciales durante un plazo determinado que nunca puede ser menor a un año, la obliga a realizar acciones u omisiones impuestas por quien dispone el instituto -que no siempre se condice con la propia voluntad de la víctima- y a la vez la juzgará en caso de que no la cumpla -sin la posibilidad de que pudiera ser dejada en suspenso la eventual pena a imponer-; y, en caso de que la cumpla, si bien la persona será sobreseída, no podrá volver a solicitar este instituto por un plazo de ocho años. Por otro lado, la divergencia de la conciliación con el juicio abreviado es clara: con su aplicación no se alcanzan condenas a penas privativas de la libertad a menor costo burocrático que el juicio oral y público.

El cumplimiento de los acuerdos conciliatorios por parte de las personas imputadas conduce a la extinción de la acción penal, y consecuentemente, su sobreseimiento⁵. En el territorio y fuero explorados no hay normativa emanada del Poder Legislativo que impidiera su aplicación por haber sido dispuesta anteriormente en favor de la persona imputada, ni tampoco si esa persona registrase condenas. En suma, el art. 34 del Código Procesal Penal Federal establece que:

2 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, “Kimel vs. Argentina”.

4 Art. 22 del Código Procesal Penal Federal.

5 Art. 59.6 del Código Penal.

Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes.

La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán solicitar la reapertura de la investigación.

Esta comparación resumida en una acotada extensión resulta necesaria porque, según el informe anual del Ministerio Público de la Defensa correspondiente al año 2022⁶, sólo el 12,8% de los procesos penales que llegaron a la etapa de juicio terminaron a través de debate oral y público en el fuero ordinario criminal y correccional de la Capital Federal⁷. En otras palabras, en más del 87% de esos procesos, las y los operadores judiciales que intervinieron en ellos decidieron que finalizaran mediante formas distintas al debate.

Si bien sus requisitos de aplicación distan entre sí -es decir: no todos los casos pueden legalmente terminar por vía de las tres alternativas- es interesante advertir que la opción más punitiva de todas alcanzó el 61,5% -juicio abreviado-, la siguiente el 19,2% -suspensión del juicio a prueba- y finalmente la conciliación, el 6,6%, en el período

6 Defensoría General de la Nación, 2022, <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/memoria-institucional/6512-informe-anual-2022-ok>.

7 Al menos con intervención de la defensa pública, lo cual es una representación considerable si se tuviera en cuenta que más del 90% de las personas imputadas de delitos juzgados en el fuero ordinario criminal y correccional de la CABA son asistidas por la defensa pública.

comprendido en ese informe⁸. Sin perder de vista que no todos los conflictos penales pueden ser conciliables, destaco que del mismo informe surge que más de la mitad de los procesos penales versan sobre delitos contra la propiedad -52%-. Sin perjuicio de que únicamente pueden ser pasibles de finalizar a través de la conciliación los casos en los que no se hubiera implementado grave violencia, también debe resaltarse que la siguiente familia de delitos más frecuentemente perseguidos son los denominados delitos contra las personas -22%-, y que la conciliación puede aplicarse en los casos culposos si no tuvieran como consecuencia lesiones gravísimas o muerte.

Aquellos datos dejan entrever que el universo de los casos potencialmente conciliables debiera ser mucho mayor a menos del 10%. Por otro lado, tal y como se indicó al principio, han pasado casi cuatro años desde que no se puede poner en duda la vigencia del instituto en el territorio y fuero explorado, por lo que criterios formales que antes se invocaban para negar su implementación ya no se pueden invocar. Los fundamentos y tradiciones histórico-políticas y de impronta punitiva en los criterios de actuación que se pueden traducir en esa estadística fueron ampliamente desarrollados por el director del Laboratorio de Estudios sobre los Procesos Penales del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz y de las investigaciones desarrolladas en ese ámbito⁹, Adrián Martín¹⁰. Por ello, en este trabajo, tomaré como punto de partida uno de los relevamientos realizados en el marco de la primera investigación, y se pondrá el foco específicamente en las prácticas ju-

8 1º de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2022.

9 Referidas a esta temática específica: "Entre la infracción y el conflicto. Improntas ideológicas en los tribunales orales en lo criminal y correccional nacional" (aprobada por la Resolución 369/2018 UNPAZ, llevada a cabo en el período 2018-2020) y, también, de una futura investigación en el marco de la quinta convocatoria a proyectos de investigación científica y tecnológica UNPAZ para el período 2023-2025 respecto de las burocracias en la administración judicial.

10 Martín, Adrián N., *El lado de los nudos. Punitivismo, burocracias y conciliación penal*, 2021, pp. 75-139.

diciales que pueden estar impidiendo la efectiva implementación de la conciliación penal en la actualidad.

Primera aproximación a la problemática

La inercia del trámite del proceso judicial penal al que, más temprano que tarde, quienes ejercen la función pública judicial y quienes intervienen en la etapa de juicio se sumergen, no alcanza para gestionar adecuadamente el conflicto entre las personas que están involucradas en él. El ejercicio de la tarea de administrar judicialmente los procesos penales, en el mejor de los casos, puede priorizar la finalización de más causas de las que ingresan a cada tribunal; o, mínimamente, que ocurra en la misma medida. Por el contrario, el conflicto interpersonal tiene otros tiempos, espacios, y sobre todo, otras lógicas en términos del mecanismo de gestión.

El relevamiento señalado, que se realizó en el marco de la investigación del período 2018-2020, y la propia experiencia como operadora judicial, me permiten afirmar que en el fuero ordinario criminal y correccional de la Capital Federal (denominado “nacional”) la defensa se encarga de acercar las posiciones entre las personas damnificadas e imputadas a fines de llevar a cabo los acuerdos conciliatorios. Se evidencia, así, que su interés en que las consecuencias del proceso sean lo menos dañinas posibles para las personas que asisten -es decir, las imputadas- y sus requisitos formales más laxos en comparación con otras maneras alternativas de resolución son los motores de esa realidad, además de que intentar la conciliación forma parte de los deberes de la defensa pública¹¹.

Sin perjuicio de ello, esa iniciativa que se presenta como obligación formal y como estrategia defensiva técnica en términos de mecanismo de actuación para administrar los procesos, también puede ser considerada como una dificultad. En esta línea, es sustancial comprender el impacto que puede tener que las víctimas de un hecho pu-

¹¹ Art. 42.d de la ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, n° 27149.

nible sean abordadas por un organismo idóneo y apto para tal labor. Si la persona que las contacta para llegar a un acuerdo conciliatorio es quien, justamente, está velando por los intereses de quien lesionó -o está acusado de haber lesionado, claro está- alguno de sus derechos, es entendible el sentimiento de -al menos- cautela o, incluso, desconfianza que pudiera llegar a producirle ese acercamiento a la persona presuntamente damnificada.

La normativa y estructura institucional vigentes en este fuero y territorio, en comparación con otras establecidas en diferentes territorios -o quizás en el mismo territorio, pero aplicada al fuero penal, contravencional y de faltas-, escatiman en herramientas, y termina por empujar a quienes integran esas instituciones a seguir haciendo lo que reconocen como insuficiente e inapropiado para abordar el conflicto interpersonal. Por otra parte, la rutina del trámite hace perder de vista que en realidad la defensa no es la única parte ni organismo que debiera tener interés en la efectiva implementación de la conciliación. Específicamente el art. 22 del Código Procesal Penal Federal¹² apunta hacia otros horizontes: representantes del Ministerio Público Fiscal, jueces y juezas tienen la obligación de “resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”. Aquella obligación además está establecida como un principio de funcionamiento del Ministerio Público Fiscal, junto con la orientación a las víctimas¹³.

A partir de ahí surge el interrogante acerca de si aquel fenómeno que tiene apariencia de ser el producto de un diseño normativo poco desarrollado, en realidad se apoya en otro de los efectos de la burocracia judicial. Al respecto, es importante señalar que las alternativas al debate oral y público se presentan en la práctica como herramientas para terminar los procesos penales de manera más económica en términos de carga laboral, tiempo y recursos. Entonces, mientras más

12 Vigente a partir de la misma resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal.

13 Art. 9 de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, n° 27148.

se acerquen a esa lógica de economía y “eficiencia”¹⁴, más atractivo resultará el instituto.

Ahora bien, considerar que la conciliación penal “descomprime” la administración judicial, de manera lineal, es perder de vista la comparación en términos prácticos con los otros mecanismos que se utilizarían en vez de resolver un caso a través de ella. Es decir: no es lo mismo afirmar que realmente descomprime si se la confrontara con culminar el proceso a través de un debate oral y público, que mediante la suspensión del juicio a prueba, o por vía del juicio abreviado. Y si así lo fuera, no alivianaría la carga laboral en la misma medida para todos los organismos intervinientes.

En tal sentido, si realmente se considerase que la conciliación significa darle voz, intervención, participación y reconocimiento a las víctimas, quienes fueron desplazadas del sistema penal históricamente; y que, por otro lado, ese intercambio puede impactar e influir en la subjetividad de las personas imputadas, entonces revelaremos que no es una alternativa pasible de ser aplicada tan económicamente en términos burocráticos. Es una actividad que no se solía hacer y que requiere de un trabajo interdisciplinario, insertada en un campo que está acostumbrado a reproducir actividades rutinariamente, que carece de la capacitación necesaria y que mayormente desconoce otras disciplinas por fuera de la jurídica.

Estas afirmaciones intentan dar respuesta al motivo por el cual la conciliación en este campo actualmente está desdibujada, se aplica en escasas ocasiones en comparación con los casos en los que se podría aplicar, y no es impulsada por los organismos que deberían impulsarla, sin explorar -adrede- las razones que devienen de los resabios del modelo de enjuiciamiento inquisitivo reformado y su impronta punitiva.

14 Gutiérrez, Mariano, “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n° 5, ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 159, se refería con cita de Hallsworth (2006) a este concepto como a los denominados procesos penales “más rápidos, menos burocráticos, con más resultados a menor esfuerzo, incorporando las técnicas y formas de organización y evaluación de resultados del mundo empresarial”.

Sobre la debilidad institucional

Como integrante del mencionado Laboratorio de Estudios sobre los Procesos Penales, tengo acceso a entrevistas efectuadas a titulares de defensorías públicas oficiales ante los tribunales orales de la Capital Federal, realizadas en el marco de la investigación mencionada. Cabe destacar que, si bien llevé a cabo algunas de esas entrevistas, muchas de ellas fueron realizadas por el resto de los y las participantes de ese laboratorio. Por otra parte, es menester señalar que aquellas entrevistas en mayor medida se desarrollaron durante el año 2019, período en el cual la vigencia del instituto de la conciliación penal estaba discutida aún en algunos sectores. Aunque esa cuestión se zanjó por la sanción del art. 1 de la resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, las contribuciones efectuadas por esas defensoras y esos defensores resultan valiosas para abordar la problemática planteada. Lo considero así en tanto revelaron los pasos a seguir para el abordaje del conflicto penal mediante esta alternativa al debate oral y público, lo cual me permitió delinear el rol de cada una de las instituciones intervinientes, que en los hechos no varió.

Además, es pertinente señalar que reservaré el anonimato de las personas que fueron entrevistadas a lo largo de todo el trabajo, ya que al momento de realizar las entrevistas se les comunicó a las defensoras y a los defensores que sus nombres no iban a ser publicados. Por ese motivo, me dedicaré a exponer únicamente el contenido útil con relación a este trabajo.

Si bien fue señalada la normativa respectiva al instituto de la conciliación en el campo analizado, entiendo que es interesante realizar algunas comparaciones con relación a la regulación en otras jurisdicciones cercanas. Por ejemplo, la correspondiente a la Provincia de Buenos Aires, a la CABA -pero en el fuero penal, contravencional y de faltas- o en el mismo Código Procesal Penal Federal, con el fin de analizar algunas cuestiones hacia el final.

Mayormente el Ministerio Público Fiscal es señalado como protagonista a la hora de disponer de la acción penal mediante el instituto de la conciliación. Tal es así, que en el art. 216.2 del Código Procesal Penal de la CABA establece que quien represente ese Ministerio Público puede proponerles a la persona imputada y a la persona ofendida “... otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente...”. En el mismo sentido, el art. 30 del Código Procesal Penal Federal -cuya implementación no fue incluida en la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF- señala, también como uno de los supuestos en los que el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal, el de la conciliación.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, existe regulación especializada en la materia. La ley 13433 de esa provincia implementó el régimen de resolución alternativa de conflictos penales, el cual también se sitúa en el ámbito del Ministerio Público, a punto tal que ese ministerio “utilizará dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, la mediación y la conciliación a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal”. Así, fueron creadas las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos (ORAC). Existe, además, la Oficina Central de Mediación, dependiente de la Secretaría de Estrategia Institucional y Gestión de la Procuración General, que tiene contacto directo con todas las ORAC.

Sin perjuicio de que me interesa exponer que estas normas ponen el foco en el rol de la fiscalía a la hora de tomar la iniciativa hacia el horizonte de la conciliación, entiendo que es de vital importancia

advertir la existencia en términos institucionales de oficinas especializadas en la gestión del conflicto mediante la conciliación penal. Por ejemplo, con relación al aspecto interdisciplinario de este tipo de resolución alternativa, el art. 5 de la citada ley provincial establece cómo debe estar compuesto, necesariamente, el equipo de las ORAC: “Cada oficina contará con un equipo técnico conformado, como mínimo, con un abogado, un psicólogo y un trabajador social, todos ellos especializados en métodos alternativos de resolución de conflictos. La oficina estará a cargo de uno de los abogados, miembros del equipo, designado a propuesta del Fiscal General”; y, en el territorio de la CABA y en el ámbito penal, contravencional y de faltas, la resolución n° 105/2013 de la Presidencia del Consejo de la Magistratura de la CABA, creó el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Resolución de Conflictos, al Cuerpo de Abogados Medidores y a su propio Equipo Interdisciplinario, compuesto por profesionales que tengan la función de asistir a quienes ejercen allí la abogacía.

Por el contrario, una defensora interviniente en la administración judicial nacional entrevistada planteó un panorama muy disímil en ese campo:

... Realmente el trabajo es mucho porque es difícil conseguir la otra voluntad y del lado del imputado también... No siempre le echo la culpa al damnificado, al imputado también. Es un desgaste porque uno está en el medio y nadie quiere dar el brazo a torcer a veces, entonces se ocasionan problemas.... *Si tuviéramos instrucción de mediador... Uno hace como le sale* y trata de acercar a las partes de la mejor manera y con la mejor predisposición.

Otro punto importante a tener en cuenta es el rol de las personas damnificadas, su necesaria asistencia, y el tipo de participación que debieran tener en estos mecanismos compositivos. El art. 11 de la ley provincial mencionada establece que las víctimas también deben tener asistencia letrada en estos procesos, y que en caso de que ellas o

la parte imputada “... no concurran con asistencia letrada, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos solicitará la asistencia letrada oficial para el imputado y la víctima. Ambas partes tendrán derecho a entrevistarse con sus respectivos abogados antes de comenzar las reuniones establecidas en el artículo 13”.

Al respecto, un defensor del fuero criminal y correccional nacional dijo:

...lo importante es asegurarse de que la persona, nuestro asistido, tenga toda la información, esté de acuerdo y que lo que esté proponiendo sea serio, concreto y real para que no ocurra un perjuicio después, y que su voluntad sea libre e informada, que es como ocurre siempre. Respecto de la persona damnificada, también, que tenga toda la información y la tranquilidad, que es una labor que para mí *tendría que hacer la fiscalía y que no se realiza* [...] Esto también requiere de mucha conversación previa, mucha explicación, ¿no? Mucho ponerse de acuerdo, de tire y afloje [...] *La fiscalía nunca se involucra, en mi experiencia, nunca se ha involucrado* [...] la actividad es toda nuestra: llamada al supuesto damnificado, llamar al nuestro, contraoferta, transmitir la contraoferta, mejora.

También es destacable la postura, acerca de este punto, que señaló otra defensora:

Lo que también falta es... es una falta de acción por parte de la fiscalía. La fiscalía te dice: “*eso es un tema de ustedes la conciliación... vos hacé todo lo que quieras y a mí que me corran vista*”... *Pasivo, digo... ¡La acción es tuya!* A ver... ¡Escuchá a la víctima! Vos representás los intereses de la víctima en algún punto [...] Gestioná [...] Muchas veces *siento que la víctima queda en un punto desamparada, porque yo me entrevisto con la víctima, pero yo no puedo asesorar en*

todo el trámite a la víctima... ¡No es mi rol! [...] Muchas veces queda solo, eh... Obviamente, desde la buena fe, de que uno es funcionario... viste que acá la idea es que no querés perjudicar a nadie y solucionar un conflicto de la mejor manera posible, pero digo: ¿hasta qué punto sólo yo puedo hacer esto? [...] Si la víctima estuviera representada por el defensor de víctima, que va a entrar en vigencia, todo bien, hay alguien que la representa. No sé, el fiscal, la secretaria de la fiscalía... alguien que la representa.

Finalmente y en relación con esa cuestión, en cuanto a la regulación en el ámbito nacional, se creó el Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos en la órbita de la Defensoría General de la Nación, a partir de la ley n° 27372 de derechos y garantías de personas víctimas de delitos. Es claro que, por la falta de especialización de aquella norma con relación al instituto de la conciliación, en ninguna parte de su creación señala el supuesto referido a que las personas damnificadas requieran asistencia, ni mucho menos se haya creado una oficina para ello, en los casos en los que estuvieran involucradas en un proceso de composición del conflicto. De hecho, es importante destacar que la normativa es clara con relación a que las víctimas podrán *solicitar* (es decir, que para ello deben conocer su existencia y no es que se les da esa intervención institucionalmente) aquella asistencia, únicamente en virtud de la limitación de sus recursos económicos o por la gravedad de los hechos denunciados, por lo que en nada se relaciona con el objeto de este trabajo.

Los efectos de la reacción burocrática

A esta altura es evidente la diferencia en términos de diseños institucionales. Sin embargo, me interesa destacar el impacto que tuvo el delineado institucional prácticamente vacío de la justicia ordinaria nacional de la Capital Federal en esta materia.

Así como adelanté, absolutamente todas las entrevistas trajeron como respuesta que la encargada de esa tarea era, hasta entonces, la defensa. La única diferencia en términos de normativa legislativa desde el momento en que se realizaron las entrevistas hasta la actualidad es que se zanjó la discusión acerca de la vigencia de los arts. 22 y 34 del Código Procesal Penal Federal; por lo que, esto nos lleva a deducir, sumado a la experiencia personal como operadora judicial, que nada ha cambiado respecto de los roles de cada parte a la hora de acercar las pretensiones de las personas involucradas en el hecho imputado.

Esta cuestión es compleja, no sólo por la temática planteada en el punto anterior -en otras palabras: por la falta de abordaje interdisciplinario y de asistencia a las víctimas-, sino también en términos de carga de trabajo. Así como lo planteaba al comienzo, la conciliación es una alternativa al debate y, por consiguiente, tendría apariencia de mecanismo para descomprimir tareas laborales dentro de los organismos judiciales. Sin embargo, la mayoría de las entrevistas dejaban entrever otras concepciones al respecto. Así lo planteaba una defensora:

No, *en realidad es más trabajo*... Porque vos tenés que hablar con un montón de gente, los llamamos nosotros.... Tenés que hablar veinte veces, tenés que ir a hacer firmar la oferta, viven en otros lugares [...] Vos tenés que llevar todo armado, no es que el tribunal cita, ahí perdiste. Vos tenés que llevarle todo armado y decirle: “Mirá, hablé con fulanita y me dijo que sí, hablé con fulanita y me dijo que sí...”.

Y esos manejos y conversaciones extrajudiciales pueden aparejar otras dificultades. Esa misma defensora decía, al respecto, que:

Tenemos mucho cuidado, mucho cuidado con la persona denunciante porque lo puede tomar como una intimidación, como un maltrato... Como algo que uno lo está amenazando, en general lo que se les dice es: “somos de la defensoría oficial, el teléfono es este [...] nosotros lo que

queremos es ofrecerle, de acuerdo a la ley tal, es una reparación, una conciliación, ¿A usted le interesaría?”.

Con relación a ello, otra defensora señaló que:

Yo creo que aumentaría la carga de trabajo *de la defensa* porque uno tiene que llevar a cabo toda la negociación: citar a la persona, explicarle, a ver si quiere acceder y recién ahí entrar en contacto con los damnificados. A veces los damnificados no tienen la mejor voluntad para acceder o para confiar en lo que le dice el abogado de la otra parte. Y me ha pasado, de citar gente [...] bueno, y quería cobrar una fortuna. Un momento medio desagradable que se vivió entonces es difícil a veces hacerle entender que... Pero bueno... Somos abogados de la otra parte, entonces eso es un dispendio, a veces, de tiempo que lleva... Que consume bastante.

Entonces, quienes ejercen el rol defensivo de las personas imputadas son conscientes de que es una alternativa altamente beneficiosa para sus pretensiones. Pero lo que encuentran en la práctica es que ese acercamiento de posiciones no ocurre sólo y, de hecho, se trata de una labor bastante compleja. Tal y como lo planteó un defensor:

Respecto de la persona damnificada, también. Que tenga toda la información y la tranquilidad, que es una labor que para mí tendría que hacer la fiscalía y que no se realiza. Sí considero que ni el supuesto damnificado ni la persona que aparece como imputada... Yo no veo que [...], como establece el nuevo Código Procesal Federal, la posibilidad de que ellos solos lleguen a un acuerdo y se presenten ante el juez. Creo que debe mediar algún tipo de asistencia legal y jurídica para los dos.

Sobre esa tarea específica, cuando se le preguntó a ese mismo defensor acerca de cómo encaraba las conversaciones para comenzar a formular los acuerdos, decía:

Mi experiencia personal es: *Salgo del rol de defensor*. Llamo por teléfono, y lo que he encontrado como que es bien recibido... Porque al principio me pasaba que: “Hola qué tal [...] llamo porque soy el defensor de una causa donde a usted le habría ocurrido tal cosa” “¿Quién es?” “El defensor” “Ah, no. Bueno, bueno. Yo no quiero saber nada, yo hice la denuncia”. Entonces, ya uno arranca mal hasta que empieza a [...] Es forzosamente necesario generar una empatía. Mostrar que vos, pese a que sos abogado defensor, no le vas a retacear ningún tipo de información. De hecho, he mandado información por mail, le he dado todas las posibilidades, le comento en qué consiste el artículo, le digo que [...] es necesario que tenga toda la información que considere [...] Hago como una asesoría jurídica.

Y destacó:

La conciliación no movió la aguja para ningún lado. Y si la movió, fue para arriba [...] *A nosotros nos quedó mucho más trabajo del que no se ve*. En la audiencia de conciliación, ya está todo cocinado, son dos minutos. Pero atrás se hace, a veces... Hay un trabajo que, viste... Porque se mezcla de todo: plata con broncas, muchas veces, ¿no?

Sobre este tópico versaron gran cantidad de entrevistas. Por cuestiones de extensión, me interesaría finalmente mostrar alguna posición acerca del interés relativo a efectivamente concluir de este modo los procesos penales abarcables a través de la conciliación. En otras palabras, que esa inclinación no debiera ser únicamente propia de las defensas. Sino que, tal y como lo señalaba una defensora, respecto del rol de la fiscalía:

[...] Ellos consideran que no es una herramienta de solucionar casos para ellos también. ¿Por qué ellos no pueden decir: “esto es para conciliación en vez de hacer juicio o en vez de hacer un abreviado”? ¿Por qué ellos piensan que eso no es trabajo de ellos? [...] ¿Por qué es sólo trabajo de... esto es nuestro? *No sólo beneficia al imputado. Muchas veces beneficia a la víctima también.* Porque a la víctima después... Le comunicás que se resolvió una suspensión de juicio a prueba, que no le importa, no le interesa, no recibe nada. Y en cambio, una conciliación le interesa. *A parte, escuchala.* [...] Es un mecanismo, lo tenés que utilizar.

Otro defensor, decía:

Es un instituto que apuntamos a que sea la primera de las opciones porque es más favorable... Primero, para nuestros asistidos, y también para la víctima, que es escuchada claramente y es resarcida de manera inmediata [...] Acá cobra un rol protagónico la víctima, yo creo que es un derecho de la víctima resolver su situación... El derecho a ser oído no sólo es un derecho del imputado. El derecho a ser oído también está reconocido internacionalmente como de la víctima. A la víctima se la escucha en la conciliación [...] Yo creo que es un derecho a la víctima en el cual las partes no tenemos por qué subrogarnos ese derecho.

Por último, considero pertinente destacar que la prisión preventiva recobra un papel fundamental a la hora de que las partes decidan la manera de resolución de los procesos. En ese sentido es evidente que, ante esa realidad y al priorizar la libertad de las personas que asisten, las defensas utilizan mecanismos de resolución dejando en segundo plano la impronta punitiva que pudieran tener o la verdadera gestión del conflicto. Con relación a eso, una defensora es muy ilustrativa al relatar un caso específico que recordaba:

Por ejemplo, tuvimos uno que lo terminamos abreviando. Te lo digo como es. Detienen a un defendido por el robo de un reloj. Viene de instrucción, la denunciante vivía en Brasil [...] Ya llevaba un mes detenido. Entonces estábamos en la duda, dijimos... Bueno, reparación [...] Vamos a tratar de ubicarla en Brasil a la denunciante, vamos a mandarle un mail, y justo la denunciante contestó. Entonces tardaba: “Bueno, que no sé...”. Pedimos fecha de juicio. [...] La fiscalía... Iban a fijar fecha de juicio, suponete de un miércoles a un viernes. La fiscalía no podía. Y nos dijeron: Le damos un abreviado por el tiempo que lleva en detención. Hablamos con nuestro defendido y le dijimos: *“Mirá, tenemos esto en estas condiciones. O sea: la reparación que estamos esperando, el juicio que no te lo pueden fijar ya, y la salida ya. Decidí qué querés”*. A veces funciona como un elemento para... Bueno, salir. No sé si eso es bueno o malo, pero el tipo no quedó en cana, ¿entendés?

Si bien no incluí como objeto de este trabajo exponer cómo el uso y abuso de la prisión preventiva muchas veces marca el paso de los procesos penales, estimo importante resaltar cómo un sólo organismo sondeaba a la víctima, presionaba la realización del derecho de su asistido de tener un juicio en un plazo razonable, y concluía por resignarse a renunciar a ese derecho y aceptar la alternativa más punitiva de todas con un sólo fin: alcanzar la libertad de la persona imputada.

Pequeñas rutinas, impactos graves

La primera de las problemáticas enunciadas refirió a que la norma legislativa que establece la conciliación penal en el fuero criminal y correccional del territorio de la Capital Federal es ambigua e imprecisa, al menos respecto de la forma en que las partes alcanzan los acuerdos conciliatorios. En efecto, sólo menciona que las personas imputadas y damnificadas pueden explorarla respecto de determinados delitos;

luego, se dedica a señalar que los acuerdos ya formulados se van a homologar en una audiencia, y el efecto que tiene su cumplimiento. Ahora bien, como señalé anteriormente, omito determinar concretamente a quién le compete poner en diálogo a las personas imputadas con las víctimas para lograr el acuerdo.

Entonces, fue necesario que las defensas pusieran en marcha otra práctica judicial: para hacer efectivo el instituto, es indispensable que anteriormente algún organismo deba contactar a la persona que en el proceso no tiene asistencia legal de ningún tipo -la presuntamente perjudicada-, le explique esta medida alternativa, y evalúe junto a ella su conveniencia. Se pudo observar a partir de las entrevistas reseñadas que la defensa es la encargada de realizar ese trabajo, además de hacerlo respecto de las personas que sí deben asistir. Sostuve al respecto que la cuestión vinculada a este fuerte interés de la defensa se debe razonablemente a la consecuencia que conlleva el cumplimiento del acuerdo -es decir, el sobreseimiento de la persona imputada-; y, además, a que los requisitos para disponerla son más flexibles en comparación con las otras alternativas al juicio oral.

Aquel fenómeno conlleva otras dificultades, que exceden a la incomodidad de la defensa para ese trabajo específico y a la desconfianza de la víctima al recibir esos llamados: se trata de vulneraciones lisas y llanas de derechos. Por un lado, el conflicto no es abordado interdisciplinariamente, la víctima no obtiene real asistencia legal y técnica, ni tampoco es escuchada de manera adecuada. Por el otro, esa cuestión genera que el acercamiento entre quienes protagonizan el hecho imputado sea completamente superficial y no se genere el intercambio necesario para componer el conflicto. Finalmente, esa sucesión de implicancias conlleva que las personas imputadas sean despojadas de la oportunidad de ser sobreseídas mediante la efectiva aplicación de una herramienta de justicia restaurativa.

Asimismo, hay otros efectos de las burocracias judiciales que son determinantes. Con relación a ello, la mayor parte de las personas entrevistadas consideró que explorar la conciliación supone una gran

carga de trabajo. Esa cuestión no es menor, y considero que es elemental para comenzar a esbozar alguna conclusión referida a por qué no es implementada en una gran cantidad de casos pasibles de ser concluidos a través de esta alternativa, o al menos en los que interviene la defensa pública.

En primer lugar, si bien existe el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos -“PRAC”¹⁵- en la órbita de la Defensoría General de la Nación -la cual generó distintas “experiencias piloto de resolución alternativa de conflictos”¹⁶ en las que se tuvo en cuenta la exploración, teorización, divulgación y propuestas de implementación de la denominada mediación penal, así como también fue implementada como asistencia a distintas defensorías oficiales ante los Tribunales Orales de la Capital Federal en procedimientos de conciliación-, lo cierto es que no es una institución creada únicamente para la órbita penal, sino que también se realizó aquella experiencia piloto en otras materias, además de que su finalidad mucho menos es para intervenir en todos los procedimientos penales conciliables. Esto implica que cada una de las defensorías públicas absorba el trabajo del que dieron cuenta los defensores y las defensoras entrevistadas, además del trabajo habitual que ya llevaban a cabo antes de la vigencia indiscutida de este instituto. No es menor mencionar que funcionan menos defensorías públicas que tribunales orales, y que cada tribunal oral se multiplica por tres, en tanto el juzgamiento de los procesos pasibles de ser concluidos por vía de la conciliación se efectúa en forma unipersonal.

En términos de gestión administrativa de los conflictos judicializados, aquella cuestión torna determinante la aplicación o no del instituto; ya que, como fue señalado más arriba, ante este escenario y desde la perspectiva de la defensa, la conciliación es una alternativa al debate que supone mucho más trabajo, tiempo y recursos que las otras dos y la posiciona necesariamente en un rol que no le pertenece. Este panorama, en ocasiones, convierte a la conciliación en una medida

15 Resolución Defensoría General de la Nación n° 475/2012.

16 Resolución Defensoría General de la Nación n° 1845/2016, y sus prórrogas.

más lenta y con menos resultados a mayor esfuerzo, en tanto es necesario involucrarse activamente en el conflicto y, muchas veces, aún realizados los esfuerzos, la defensa no logra alcanzarla.

Por otro lado, la pasividad y ausencia de compromiso y participación del Ministerio Público Fiscal en las diligencias para lograr la conciliación tampoco le da impulso a su implementación efectiva. Al realizarse la comparación institucional con otras jurisdicciones, se evidencia fácilmente que su intervención en estas gestiones no sólo es procedente, sino que también es ineludible. Quiero decir, ante la falta de un organismo que se ocupe de abordar realmente el conflicto de manera interdisciplinaria, no basta con un breve llamado a la víctima de manera posterior a que la defensa realizara toda la gestión del acuerdo conciliatorio con el fin de consultarle si no fue coaccionada, ni tampoco alcanza su expresión de conformidad en una audiencia que es aún más corta que ese llamado. Sería significativo que la fiscalía se hiciera cargo de su obligación de promover soluciones que *“mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”*.

A propósito de la mención hacia los horizontes de paz social y armonía, sería opuesto promover el encarcelamiento a menor costo burocrático que el debate oral y público, lo cual revela la estadística del 61,5% de los procesos terminados en la etapa de juicio mediante la alternativa del juicio abreviado. Y es que, si de alternativas económicas desde el punto de vista burocrático se tratara, realizar un acuerdo de juicio abreviado no sólo es un mecanismo “más rápido, menos burocrático, y con más resultados -condenas- a menor esfuerzo” que el debate oral y público, sino que también lo es si se lo confronta con la conciliación. Es decir: el juicio abreviado no sólo conduce mayormente a una condena rápida y poco elaborada, sino que además para aplicarla no es necesario escuchar a la víctima, darle intervención, y devolverle el conflicto.

No es mi intención en este trabajo señalar el empoderamiento que el instituto de la conciliación le otorga a las víctimas¹⁷ ni tampoco las vulneraciones a derechos constitucionales que pudieran derivarse de los acuerdos de juicio abreviado¹⁸. Más bien, es una primera aproximación hacia algunas de las causas que fuertemente pueden generar el efecto de la escasa aplicación de una herramienta de justicia restaurativa que podría ser clave para subvertir la selectividad tradicional del sistema penal. Sobre alternativas al debate a menor costo burocrático, se ha dicho que la conciliación encontró el asiento ocupado. Así, Adrián Martín expuso¹⁹ que:

Las conciliaciones no solo implican renunciar a la aplicación de poder punitivo y abrir un espacio protagónico para quienes están involucrados en el conflicto, sino que no generan una disminución en el costo de la gestión de casos. En ese marco, ya la disyuntiva que se presenta no es la de mediados de la década de 1990 en términos de juicio o suspensión del proceso a prueba. Ahora, la suspensión del proceso a prueba ya ha resuelto esa situación y se ha ubicado como una forma punitiva atenuada de resolver casos penales que, además, está destinada a quienes no tienen condenas anteriores y por ello se presentan con mejor posibilidad de “merecer otra oportunidad”. En todo caso, la cantidad de obligaciones o el plazo por el que se deben realizar permiten ajustar judicialmente la respuesta.

17 Sobre esto: Fernández, Ariel, “*El empoderamiento de la víctima y la conciliación como dispositivo que la realiza*”, actas de la I Jornada sobre democracia y desigualdades UNPAZ, 2019, pp. 267-280.

18 Acerca de lo que se puede explorar en Bovino, Alberto, “*Procedimiento abreviado y juicio por jurados*”, versión ampliada de la conferencia pronunciada en el “Seminario sobre juicio por jurados”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el 20 de agosto de 1998.

19 Martín, Adrián N., “*El lado de los nudos. Punitivismo, burocracias y conciliación penal*”, 2021, pp. 323-324.

Finalmente, y acerca de este punto, me interesa añadir dos cuestiones: una estadística y otra referida a qué instituto puede estar ocupando el lugar de la conciliación en los procesos penales potencialmente conciliables que tienen como protagonistas a personas insertadas en sectores vulnerables, y que de todos modos concluyen de otra manera. En términos estadísticos, la conciliación está incrementando lentamente el volumen y la suspensión de juicio a prueba desde el 2020 viene en baja: del universo de 3128 casos en etapa de juicio y con intervención de la defensa pública, el 58,4% terminó mediante el juicio abreviado, el 26,7% por suspensión del juicio a prueba, 10,5% por vía de debate oral y público, y sólo el 4,4% a través de la conciliación. En 2021, la cantidad de casos disminuyó, probablemente por efectos del aislamiento social, preventivo y obligatorio que puedo haber tenido impacto en la etapa de juicio al año siguiente: con un total de 2244 causas, el 62,2% culminó a través del juicio abreviado, el 18,8% mediante debate oral y público (en alza, posiblemente, por efecto de los que no se pudieron realizar en 2020), tan sólo el 12,9% a través de la suspensión de juicio a prueba, y un 6,2% por conciliación. Por último, los datos del año 2022 -señalados a lo largo de todo el trabajo-, desde la base de 2463 causas, revelaron un 12,8% terminados a través de debates, un firme 61,5% por vía del juicio abreviado, un 19,2% a través de la suspensión de juicio a prueba y un 6,6% mediante la conciliación.

Sin importar la cantidad de procesos tramitados y los contextos sociales y sanitarios, es el juicio abreviado el instituto que sólidamente se lleva alrededor del 60% de los finales de los procesos a lo largo de los últimos años. Lo cierto es que, en términos prácticos, los procesos que versan sobre delitos por los que se puede conciliar no suelen concluir a través de debate oral y público, en tanto representaría una carga de trabajo desproporcionada, y las y los operadores judiciales la intentan eludir por vía de medidas alternativas. En el caso de personas que se ven involucradas por primera vez en un proceso penal, por conflictos potencialmente conciliables, no sólo mayormente transitan

el proceso en libertad, sino que el abanico de posibilidades para finalizarlo es legalmente mayor; y, en todas ellas, al final del túnel siguen encontrando libertad.

Por el contrario, la aplicación de la prisión preventiva suele ser la regla en casos de personas que registran antecedentes condenatorios. Y, por esos delitos, descontando el debate oral y público -que del mismo modo se va a intentar evitar por todos los medios-, las maneras de terminar el proceso, legalmente, sólo son dos: el juicio abreviado o la conciliación. Si bien la aplicación de la conciliación en procesos en los que están imputadas personas que registran condenas no es de la misma forma recibida para todas las personas que ejercen la función de juzgar o representan al Ministerio Público Fiscal en el fuero y territorio analizados, lo cierto es que la ley, en este aspecto, no lo impide. Así que, descontando aquellos casos en los que la renuncia al juicio pareciera ser la única opción; en ese supuesto, debieran ser aquellas dos las opciones disponibles.

En tal sentido, no es novedoso señalar que la prisión preventiva juega un papel decisivo en los procesos que versan sobre hechos burdos con contenido patrimonial acusados a personas vulnerables en sentido socioeconómico, quienes se ven sumergidas en el mismo sistema una y otra vez. Del mismo modo en que lo ejemplificó una de las defensoras entrevistadas, es darle las opciones a aquellas personas privadas de su libertad de: a) la conciliación “que estamos esperando” -es decir, que lleva sus tiempos, procesos, y mecanismos propios de quien se involucra en el conflicto interpersonal y le da voz a la víctima-, b) el juicio “que no te lo pueden fijar ya” -ya que operadores judiciales no lo quieren afrontar y muchas veces los recursos para realizarlo dentro de un plazo razonable son insuficientes-, o c) “la salida ya”, por vía del juicio abreviado, que significa en términos de carga laboral una charla entre funcionarios/as y dos escritos en un expediente. El final se cuenta sólo, y se traduce en la estadística, en tanto la intervención de la defensa pública cautiva los procesos penales que involucran a este colectivo de personas vulnerables en aquel sentido.

En definitiva, las implicancias de una normativa vacía de contenido desde el punto de vista práctico e institucional, aplicada por organismos que no tienen los recursos en términos de fuerza de trabajo y capacidad interdisciplinaria, pueden necesariamente rendirse a la misma espiral tradicional de la burocracia judicial: pequeñas rutinas con el fin de cumplir con la formalidad de un proceso tendiente a la prisionización estandarizada del mismo sector de la población.

Bibliografía

- Bovino, Alberto (1998). “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”. Versión ampliada de la conferencia pronunciada en el “Seminario sobre juicio por jurados”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Fondo, reparaciones y costas
- Defensoría General de la Nación (2012). Resolución n° 475/2012.
- Defensoría General de la Nación (2016). Resolución n° 1845/2016, y sus prórrogas.
- Defensoría General de la Nación (2022). “Informe anual 2022” disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/memoria-institucional/6512-informe-anual-2022-ok>.
- Fernández, Ariel (2019). “El empoderamiento de la víctima y la conciliación como dispositivo que la realiza”. Actas de la I Jornada sobre democracia y desigualdades UNPAZ, pp. 267-280.
- Gutiérrez, Mariano (2016). “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n° 5. Buenos Aires: La Ley, pp. 159.
- Martín, Adrián N. (2021). *El lado de los nudos. Punitivismo, burocracias y conciliación penal*. José C. Paz: EDUNPAZ, pp. 75-139 y 323-324.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) (1990). Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 45/110.

SENTIDOS, DISPUTAS Y DESAFÍOS EN RELACIÓN CON LA CONSIGNA REFORMA JUDICIAL TRANSFEMINISTA

Leticia Otero¹

1. Introducción

Partiendo del carácter situado y parcial de la producción del conocimiento (Haraway, 1991), el presente trabajo se inscribe en las lecturas y prácticas de los feminismos populares, interseccionales, lesbianxs, travestis, negrxs, anticarcelarios y de lxs trabajadorxs sexuales.

Se buscará compartir interrogantes en relación con uno de los temas que circula en las agendas de los feminismos: la reforma judicial feminista². Asimismo, indagar sobre la relación entre feminismos, derecho y poder punitivo. Asuntos que atraviesan a la sociedad y, específicamente, a los feminismos, que son temas de debates en las asambleas feministas, en las organizaciones políticas, en la academia, universidades y sindicatos. Entendiendo que no hay un solo feminis-

1 Becaria doctoral de la Universidad Nacional de La Plata, integrante en calidad de becaria de GECSI - GRUPO de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico de contacto: leticiaotero20@gmail.com

2 La reforma judicial transfeminista es una consigna plasmada en los últimos documentos unificados y leídos en las movilizaciones de 3J Ni una menos y 8M Paro Internacional Transfeminista. Esto no implica que dentro de los feminismos existan disputas y relaciones de poder que permiten que ciertos temas puedan imponerse con mayor fuerza dentro del propio movimiento o adquieran mayor centralidad.

mo, sino múltiples y en conflicto; la conflictividad y los antagonismos son elementos constitutivos de la política (Mouffe, 2005).

Para ello, se recurrirá al análisis de los documentos leídos en las movilizaciones Ni Una Menos, en las consignas planteadas en los Encuentros Plurinacionales de Mujeres, Lesbianas, Trans, Travestis, Bisexuales, Intersexuales y No binaries y en el Foro Federal Hacia la Reforma Judicial Feminista, y a la exploración bibliográfica sobre la temática, haciendo hincapié en lecturas que esbozan nuevos interrogantes y que buscan correr el horizonte de lo posible.

2. Desarrollo

“¿Cómo desarticular la naturalización de la crueldad? ¿Cómo disputamos también la fiesta de luchar juntas por un mundo otro? Cómo le robamos a las derechas una idea de futuro que no sea a costa de excluir, de cancelar, de castigar”.

Marta Dillon, 2023

“Se puede pisar la cárcel miles de veces, pero si el corazón no hierve de rabia y grita que ese lugar es de los peores inventos de nuestra especie, es casi lo mismo que nada, o incluso peor”.

César González, 2020

Los movimientos feministas inscriben las demandas en el entramado de otras luchas que son preexistentes y que posibilitan que otras demandas irrumpa el orden social establecido. La historia de los feminismos contemporáneos se traza en torno a herencias, discusiones, estrategias y resignificaciones entre aquello que hubo antes y lo que vendrá después (Nijhenson, 2019, p. 21). No obstante, los activismos y la literatura sobre la temática coinciden que el 3 de junio de 2015 algo irrumpa el curso de los hechos e inaugura un tiempo diferente para los feminismos en nuestro país, un nuevo escenario, con las posibilidades y riesgo que implica la masificación del movimiento (Nijhenson, 2019; Trebisacce, 2018; Barros y Martínez, 2020).

Malena Nijhenson (2019) en su libro *La razón feminista*, a partir del análisis de la obra de Laclau y Mouffe, plantea que la práctica política del movimiento feminista está atravesada por la práctica articuladora hegemónica, por la lógica de la equivalencia y la diferencia. Para articular es necesario construir significantes, como puede ser el Ni Una Menos³. Bajo esta consigna y movilizaciones, el feminismo supo encontrar los puntos nodales entre sus distintas miradas, logrando articular demandas heterogéneas plasmadas en documentos unificados y contra un mismo enemigo: el avance de la derecha, el poder reaccionario y patriarcal (Nijhenson, 2019, p. 116). El documento del Ni Una Menos de 2022 comienza diciendo:

Reafirmamos el carácter internacionalista, plurinacional, antiracista, antiimperialista, antibiologicista, transfeminista, antiespecista, anticapitalista, antigordofóbico, anticarcelario, anticapacitista, migrante, trasfonderizo, antifascista, antiedadista y transgeneracional del movimiento.

Desde nuestras divergencias y distintos espacios de militancia, asumimos el compromiso de seguir creando consensos feministas para frenar el avance de la derecha, del

3 Carta Orgánica del Colectivo Ni Una Menos: “Ni una menos nació ante el hartazgo por la violencia machista (...) diciendo basta de un modo que a todas y todos conmovió: “ni una menos” (...) desde la primera marcha del 3 de junio de 2015, la calle y el documento demostraron que la fuerza que se movilizaba era un impulso feminista, se reconociera o no albergado en esa palabra, en su pluralidad de tonos y voces. Al calor de esas voces se consolida el Colectivo Ni Una Menos, con sus muchas expresiones regionales, como parte de un movimiento histórico, que tuvo y tiene hitos organizativos fundamentales en las tres décadas de Encuentros Nacionales de Mujeres y en la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto legal, seguro y gratuito. Y que también se reconoce en las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, en las mujeres revolucionarias que fueron sus hijas, en los movimientos LGBTIQ, en las que se organizaron en sindicatos y en las piqueteras, en las mujeres migrantes, indígenas y afrodescendientes y en la larga historia de luchas por la ampliación de derechos”. Para acceder al documento completo: <https://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organica/>

poder reaccionario y patriarcal sobre las conquistas que logramos juntas en las calles y en la lucha⁴.

En la actualidad, uno de los reclamos que aglomera a los feminismos es la reforma judicial transfeminista. El punto número 1° del pliego de reivindicaciones y exigencias del documento de Ni Una Menos 2022 es sobre el pedido de reforma judicial feminista⁵. En el documento leído en Ni Una Menos 2023, uno de los puntos titulado “Con este poder judicial no hay ni una menos” expresan que:

Los transfeminismos populares dejamos en claro que esta justicia no es nuestra, y si no es para todes, no es justicia. Por eso exigimos una reforma judicial transfeminista, plurinacional e interdisciplinaria: queremos una justicia democrática y con participación popular, y en la que se garantice escucha a las víctimas, se construyan respuestas que responsabilicen a quienes cometen daños y repare a las víctimas. Debe incorporar la perspectiva feminista, decolonial y antirracista, requiere paridad e incorporación del colectivo LGTBIQIA+, acceso eficaz y lenguaje claro.

En junio de 2021 se llevó a cabo el Primer Foro Federal Hacia la Reforma Judicial Feminista. Uno de los ejes de discusión fue sobre “Punitivismo vs. Reparación”. En sus conclusiones:

Se manifiesta que el derecho penal es una herramienta punitivista y que las prácticas de resolución de conflictos no necesariamente deben terminar en la aplicación de una pena. Se rechaza el otorgamiento de beneficios para conde-

4 Documento leído en Ni Una Menos, año 2022. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/426625-el-documento-completo-que-se-leyo-hoy-en-el-ni-una-menos> (la negrita me pertenece)

5 Pliego de reivindicaciones y exigencia del documento unificado 3J Ni una menos 2022, punto 1°: “¡Basta de Justicia patriarcal! Por una reforma judicial feminista que garantice el acceso al sistema de justicia para mujeres, lesbianas, bisexuales, travestis, trans y no binaries”. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/426625-el-documento-completo-que-se-leyo-hoy-en-el-ni-una-menos>

nados por violencia por razones de género y delitos contra la integridad sexual.

Se sostiene que con el punitivismo no se reparan las violencias ejercidas a la víctima. La reparación debería plantearse como un entretreído entre Estado y Justicia.

Se propone la creación de espacios de reflexión y sensibilización para varones que han ejercido violencia por razones de género. Es decir, trabajar nuevas masculinidades con agresores.

Se propone la creación de un Registro Único de casos de violencia por razones de género, en donde consten los datos de las personas condenadas.

Se entiende a las cárceles como un ámbito que perpetúa las violencias. En este sentido, se reflexiona sobre un feminismo no punitivista en contraposición a la reacción de venganza.⁶

Asimismo, en el 35° y 36° Encuentro Plurinacional de Mujeres, Lesbianas, Trans, Travestis, Bisexuales, Intersexuales y No binaries se incorporó un taller sobre esta temática. En el último encuentro, los temas sugeridos para debatir fueron:

Justicia patriarcal. Rol del Poder Judicial frente a las violencias por razones de géneros. Erradicación de los estereotipos de género en el sistema judicial. Lawfare. Persecución jurídica y política. Ley Micaela. Ley Brisa. Formación de les funcionaries de la justicia en perspectiva de géneros y en perspectiva intercultural.

Acceso a los servicios de justicia. Violencia judicial. Descentralización y abordaje integral y articulación intersectorial del servicio de justicia. Acceso a la justicia de las niñas, adolescencias, mujeres y disidencias, con discapa-

⁶ Conclusiones Foro Federal Hacia la Reforma Judicial Feminista 2021. Disponible en: <http://proyectogenerar.org>

cidad, de los pueblos originarios e indígenas y migrantes. Estrategias para lograr la no prescripción de las causas de abuso sexual. Democratización del Poder Judicial. Pluralismo jurídico. Hacia una Reforma Judicial Transfeminista. Feminismos y transfeminismos jurídicos⁷.

En junio de 2023 se lanzó la Campaña Nacional por una Reforma Judicial Feminista.

¿La reforma judicial transfeminista es un nuevo significativo del movimiento feminista? ¿Qué disputas de sentidos circulan en torno a esta propuesta? ¿Qué puntos en común puede articular este significativo dentro de los feminismos? ¿Cómo impedir que las derechas se apropien de esta lucha para profundizar el sistema punitivo? O como dice Marta Dillon (2023) “al menos no en nuestro nombre”.

Las demandas y los objetivos de los feminismos no son permanentes, son el efecto de varias luchas y de los consensos que logran arribar. En la política, los debates y los conflictos pueden reabrir cosas que parecían resueltas debido a que el conflicto es una dimensión constitutiva de lo político y que las relaciones políticas son relaciones de fuerza y poder (Arditi, 1995, p. 337). El propio documento unificado de Ni Una Menos propone un feminismo anticarcelario y, sin embargo, el punitivismo sigue siendo un punto de discusión y que divide aguas. Mientras que hay feminismos que denuncian la violencia institucional que viven las personas en contextos de encierro, exigen democratizar el Poder Judicial y la liberación de las presas políticas⁸, otros sectores exigen penas más duras para los delitos relacionados a las violencias por razones de género. Como señala Tamara Pitch (2020), existe un feminismo punitivo que, apelando al feminismo y a la defensa de las

7 En los talleres sobre “Personas privadas de la libertad: cárceles y sistema penitenciario”, “Activismos de mujeres y disidencias viviendo con VIH” y “Estrategias de visibilización de las violencias” uno de los temas sugeridos para debatir fue sobre punitivismo y antipunitivismo. Información disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1S0-X--iYEeVsohiJAY5U76r1ANf-jY-9/view>

8 Exigencias que se encuentran plasmadas en el pliego de reivindicaciones del Documento Oficial leído en Ni Una Menos 2022 y 2023.

cismujeres y LGBTTTTIQ+, centran su lucha en pedidos de criminalización y/o aumentos de las penas por delitos existentes (Pitch, 2020, p. 21). Elizabeth Bernstein (2007) lo llama “feminismo carcelario”. Este feminismo “olvida” las cuestiones de clase, raza y género que sostiene al sistema penal punitivo (Davis, 2005). Hay feminismos que reducen a las cismujeres y LGBTTTTIQ+ a víctimas del sistema patriarcal, hay otros feminismos que buscan correrse de los posicionamientos victimistas y construir agencia, organización y resistencia.

Catalina Trebisacce (2018) en su artículo titulado “Habitar el desacuerdo. Notas para una apología de la precariedad política”, explica como post dictadura los horizontes revolucionarios fueron sustituidos por el paradigma de los derechos humanos:

En este marco de acción, el movimiento feminista recurrió a la posibilidad de traducir al lenguaje del derecho demandas que hasta entonces ininteligibles para esa lengua. Lo personal no sólo se volvió político sino, simultáneamente, pasible de ser articulado en la lengua del derecho (Trebisacce, 2018, p. 187).

La alianza entre feminismos y derecho se ancla en las transformaciones históricas que pusieron al derecho como paradigma omnipresente de las sociedades occidentales contemporáneas (Abdo Ferez, 2023, p. 433). Para comienzo del siglo XX, podemos hablar de la consolidación de un régimen de “verdad”, es decir, de conjunto de normativas y discursos sociales, políticos, científicos y mediáticos orientados a determinar qué debe ser entendido por violencia por razones de género, los tipos y modalidades en que las violencias de género se expresan y qué intervenciones se reclama (Trebisacce y Varela, 2020, p. 92).

Cuando canalizamos nuestras demandas a través del sistema penal reforzamos un sistema punitivo-represivo que constituye una tecnología fundamental de reproducción de una organización social racista, colonialista, capacitista y heterocisnormativa (Cano, 2020, p. 77). Asimismo, como resalta Trebisacce (2018), cuando parte del feminis-

mo sale una y otra vez a aclarar que no va a brindar apoyo a ninguna iniciativa punitivista se evidencia que algo de ese sentido ya está instalado en nombre del feminismo. La declaración antipunitivista se volatiliza entre la urgencia, el show mediático, el pánico sexual y las propias estrategias de militancia (Trebisacce, 2018, p. 188).

Retomando a Tamar Pitch (2020), una cosa es luchar por la justicia menos enemiga de las cismujeres y LGBTIQ+, pero otra cosa es pedir la introducción de nuevos delitos porque estas demandas reducen la política a la política penal y refuerzan la idea de que la justicia penal es la panacea a todos los males, la solución adecuada y eficaz para todo tipo de problemas (Pitch, 2020, pp. 29-30). El sistema penal no es útil para todas las situaciones, y es totalmente abusivo hacia las personas que son de las comunidades a las que este sistema señala y criminaliza (Johnson, 2015). Estas lecturas se reflejan en las conclusiones del Primer Foro Federal de Reforma Judicial Feminista, expresando que las prácticas de resolución de conflictos no necesariamente deben terminar en la aplicación de una pena y que las cárceles perpetúan la violencia. No obstante, en el mismo documento rechazan el otorgamiento de beneficios para condenados por violencia por razones de género.

Mark Fisher (2016), en su libro *Realismo capitalista. ¿No hay alternativa?*, describe al capitalismo contemporáneo como el realismo capitalista que se sostiene bajo la idea muy difundida de que el capitalismo no solo es el único sistema económico viable, sino que es imposible incluso imaginar una alternativa (Fisher, 2016, p. 22). Parafraseando a Fisher, el sistema penal punitivo, que es uno de los engranajes claves del sistema capitalista, se nos presenta como el único sistema viable, aplicable, posible. Angela Davis decía que “en general, la gente tiende a dar por hecha la existencia de las prisiones. Es difícil imaginar la vida sin ellas”. Para desafiar esta naturalización, Val Flores (2020) insiste en la pregunta por la imaginación del presente. La imaginación como herramienta política (Whitlock, 2018, p. 74).

Val Flores (2020) señala que uno de los posibles obstáculos de la institucionalización de los movimientos feministas es que solo se ha-

bla la lengua del Estado que lleva a la domesticación de la imaginación (Flores, 2020). El desafío radica en apelar a otros sentidos de reparación más allá de la intervención estatal, y especialmente, de la lógica punitiva. En palabras de Ileana Arduino (2023):

Es importante poder empezar a pensar una memoria de justicia feminista que no reivindique sólo como justicia a la intervención estatal punitiva, sino que ponga en valor otros imaginarios más ligados a la reparación y a la autogestión de intervenciones dedicadas a construir una idea de justicia que no nos ponga siempre en esa posición de dependencia del Estado porque tiene sus límites. (Arduino, 2023)

Silvia Federici (2022), en su libro *Ir más allá de la piel. Repensar, rehacer y reivindicar el cuerpo en el capitalismo contemporáneo*, recuperando a Michel Foucault, pregunta:

¿Cómo podemos, por ejemplo, pensar en “superar el binarismo” sin comprender su utilidad económica, política y social en determinados sistemas de explotación y sin comprender, por otra parte, las luchas que transforman continuamente las identidades de género? ¿Cómo hablar de nuestra “performatividad” de género, raza y edad sin reconocer la coacción que generan determinadas formas de explotación y castigo? (Federici, 2022, p. 18)

Resultan de importancia los aportes de Federici para dismantelar los sistemas de dominación que, a través del control sobre nuestros cuerpos, la represión y punición, buscan hacer de nuestros cuerpos máquinas sin historias, sin memorias, en soledad, con miedo al otro. Desentrañar sus orígenes, evidenciar sus utilidades económicas, políticas y sociales, identificar las desigualdades estructurales subyacentes que originan y promueven las violencias. El poder punitivo “es un régimen que hiere, reprime y mata en función de mantener

intacta una estructura social desigual” (Gauna Alsina, 2019, p. 12). También, analizar los recorridos y estrategias de los movimientos sociales que luchan por un mundo sin crueldad. En este sentido, la irrupción de las putas feministas en el movimiento feminista, la reapertura del taller sobre trabajo sexual en el Encuentro Plurinacional de Mujeres, Lesbianas, Bisexuales, Travestis, Trans, Intersex, No binaries (+), las luchas por la legalización y despenalización del aborto, interpelaron las miradas clasistas respecto a la relación entre cismujeres y LGTBTTTIQ+ y poder punitivo (Iglesias Skulj, 2020).

3. Reflexiones finales

“Que sepamos recordar cuáles fueron los caminos epistémicos y políticos que elegimos tomar y por qué, con qué sentido. Que esta memoria nos lleve a recordar que los lugares demasiado seguros nunca fueron hospitalarios con nosotras, que desconfiemos de ellos, incluso si somos nosotras las que los (re)producimos. Que no abandonemos nunca las preguntas incómodas, la ironía, la sorpresa y la disidencia, en ninguna de sus formas”.

Catalina Trebisacce, año

“Las herramientas del amo nunca desmontarán la casa del amo”.

Audre Lorde, 1979

Debido a la masividad que alcanzó el feminismo luego de aquel Ni una Menos en 2015 y que, en la actualidad, uno de los temas centrales en las agendas de los feminismos es la reforma judicial feminista, ¿estamos en presencia de una oportunidad histórica de denunciar la crueldad que implica el sistema punitivo? ¿Se puede hablar de reforma judicial transfeminista sin ser criticxs del sistema punitivo? ¿Cómo construir una reforma judicial transfeminista sin que el sistema penal punitivo devore nuestras comunidades? (Spade, 2018, p. 26). ¿Cómo evitar confundir las estrategias legales-liberales de resolución de los conflictos y la justicia criminal con nuestros horizontes políticos-re-

volucionarios y con nuestros deseos de justicia social? (Treberecci, 2018, p. 188). ¿Por qué se insiste en que la justicia es igual a perpetua? (Dillon, 2023). ¿Qué derechos son judicializables? ¿A qué Poder Judicial nos encomendamos? (Carrasco, 2022). ¿Cómo construir sentidos de reparación por fuera de la lógica penal? ¿Qué situaciones de violencia nos conmueven? ¿Qué nos conmueve individual y colectivamente? (Cano, 2022, p. 146).

Bibliografía

- Abdo Ferez, C. (2023). Feminismos, violencias y teoría política. *El banquete de los dioses Marxismos-pos-marxismos*, número 12, 427-442.
- Arditi, B. (1995). Rastreado lo político. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 333-351.
- Barros, M. y Martínez, N. (2018). Mejor no hablar de ciertas cosas: Feminismo y Populismo, en Di Marco, Fiol, Schwarz (comp.), *Feminismos y populismos del siglo XXI. Frente al patriarcado y al orden neoliberal*. Editorial Teseo, 77-88.
- Butler, J. (2006). *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*. Paidós.
- Cano, V. (2022). *Po/éticas afectivas. Apuntes para pensar una re-educación sentimental*. Galerna.
- Carrasco, A. (2022). Las causas feministas y los derechos sociales. *Revista Anfibia*. <https://www.revistaanfibia.com/las-causas-feministas-y-los-derechos-sociales/>
- Cuello, N. y Morgan Disalvo, L. (2018). *Críticas sexuales a la razón punitivista*. Ediciones Precarias.
- Daich, D. y Varela, C (2020). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Biblos.
- David, A. (2005). *Mujeres Raza y Clase*. Akal.
- Dillon, M. (2023). 8M: ¿en qué momento feminista estamos?, *Página12*. <https://www.pagina12.com.ar/529692-8-m-en-que-momento-feminista-estamos>

- Dillon, M. y Murillo, E. (2023). Lucía todavía no descansa en paz, *Página12*. <https://www.pagina12.com.ar/524421-lucia-todavia-no-descansa-en-paz>
- Encuentro plurinacional de MLTTBIYNB (2022). Instagram. <https://www.instagram.com/35.encuentro.plurinacional/?hl=es>
- Encuentro Plurinacional de MLTTBIYNB (2023). <https://www.encuentroplurimujeresydisidencias.com.ar/>
- Flores, V. (2021). *Romper el corazón del mundo. Modos fugitivos de hacer teoría*. La Libre Editorial.
- I.N.E.C.I.P. (2019). *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- I.N.E.C.I.P. (2021). *Otrxs dicen. Textos de otras latitudes para repensar la relación entre feminismos, violencias y justicias*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- Mouffe, C. (2007). *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Nijensohn, M. (2019). *La razón feminista. Políticas de la calle, pluralismo y articulación*. Cuarenta Ríos.
- Ni Una Menos. <https://niunamenos.org.ar/>
- Trebasacce, C. (2018). Habitar el desacuerdo. Notas para una apología de la precariedad política. *Debate Revista Mora*, N° 24 Volumen I, 185-190.

NOCIONES Y DEBATES ACERCA DE LAS POLÍTICAS JURÍDICO PENALES: IPP DEL FRPJ EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2009- 2022)

*Constanza Bassallo, Natalia Buzzo, María Constanza
Marrochi, Anaclara Sagasti y Victoria Vizcaíno*

Presentación

El presente trabajo surge de nuestra experiencia como equipo de trabajo en el Observatorio de Políticas de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires (OPS), un espacio que depende de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata (FaHCE - UNLP). Desde el Observatorio trabajamos con diferentes datos generados por organismos públicos, entre ellos los relevados por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (en adelante PGSCJBA). Como becarias del OPS y estudiantes de la UNLP consideramos que es posible recuperar algunos de estos datos desde una perspectiva sociológica que permita reflexionar sobre las dimensiones sociales de la justicia penal.

En las estadísticas judiciales brindadas por la PGSCJBA para el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (en adelante FRPJ) se observan entre los años 2009 y 2022 notables variaciones para determinados tipos de delitos. A modo de ejemplo, se verifica un considerable descenso de las Investigaciones Penales Preparatorias (en adelante IPP) iniciadas por homicidios dolosos. Por otro lado, las IPP iniciadas

en el FRPJ constituyen una proporción minoritaria en el total de IPP, en comparación con aquellas del Fuero Criminal y Correccional (en adelante FCyC),

Considerando estos aspectos, nuestro trabajo aporta datos estadísticos disponibles en la PGSCJBA para discutir algunas nociones difundidas en medios de comunicación y en ámbitos de debate público y político. Consideramos que resulta necesario pensar estos datos particularmente en relación con los debates que aparecen en la agenda público-mediática referidos a los delitos y las violencias producidos por las personas incluidas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. Los datos estadísticos permiten identificar tendencias y problemáticas vigentes, a la vez que poner en discusión los sentidos de algunas nociones del sentido común presentes en diferentes medios de comunicación y en diversas esferas de la sociedad en que se desarrollan debates en torno a la temática de la seguridad. Nuestro objetivo consiste en exponer estos datos, mediante un análisis de sus tendencias y variaciones, ya que consideramos que contribuyen a brindar mayores niveles de conocimiento respecto de una problemática muy presente en las subjetividades de nuestro territorio.

Introducción

Este artículo recupera la experiencia del equipo de trabajo del Observatorio de Políticas de Seguridad (OPS), un espacio que depende de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Nos interesa reflexionar en torno al vínculo entre los discursos público-mediáticos y los datos construidos empíricamente desde los organismos públicos.

Como becarias del OPS y estudiantes de la UNLP consideramos que analizar los datos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (PGSCJBA) en vínculo con las reflexiones propias de la disciplina de la sociología contribuyen a desarmar discursos comunes que simplifican dinámicas y problemá-

ticas sociales, y que pueden contribuir a la formación de discursos de odio. En ese sentido, nos proponemos dar lugar a la reflexión y al surgimiento de nuevas preguntas acerca de las formas en las que este espacio de investigación contribuye al desarrollo de reflexiones analíticas para aproximarnos a entender la realidad social.

La estadística publicada por la PGSCJBA contabiliza la cantidad de investigaciones penales preparatorias que se inician anualmente en las fiscalías de la provincia de Buenos Aires. La apertura de una IPP puede tener los siguientes orígenes: la denuncia en sede policial que realiza un/a ciudadano/a, la denuncia directa o virtual en fiscalías o la intervención de oficio policial o judicial. El universo, entonces, es el de los delitos denunciados ante los organismos estatales, quedando excluidos aquellos que las personas no pueden o no quieren denunciar. En este sentido, el dato sobre homicidios dolosos es particularmente valioso porque es un delito que tiene baja probabilidad de no ser denunciado y, por lo tanto, contabilizado (Cabral *et al.*, 2022). Se trata del delito con menor cifra oculta o subregistro y además las agencias oficiales encargadas de la producción de información desarrollan distintos procedimientos destinados al control de exhaustividad.

Otra información relevante para comprender este análisis es la división entre el Fuero Criminal y Correccional y el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. En el primero se investigan los delitos cometidos por personas mayores de 18 años o los denominados “autores ignorados o desconocidos” en los que no hay información sobre edad ni otros atributos del presunto autor. El segundo reúne los delitos cometidos por personas de entre 16 y 18 años de edad. Esta división tiene un correlato con los diferentes procedimientos y penas que corresponden a mayores y menores de edad. En este trabajo, consideraremos especialmente la evolución de los homicidios dolosos del FRPJ entre los años 2009-2022, por ser los datos abiertos disponibles hasta la fecha de elaboración del presente trabajo.

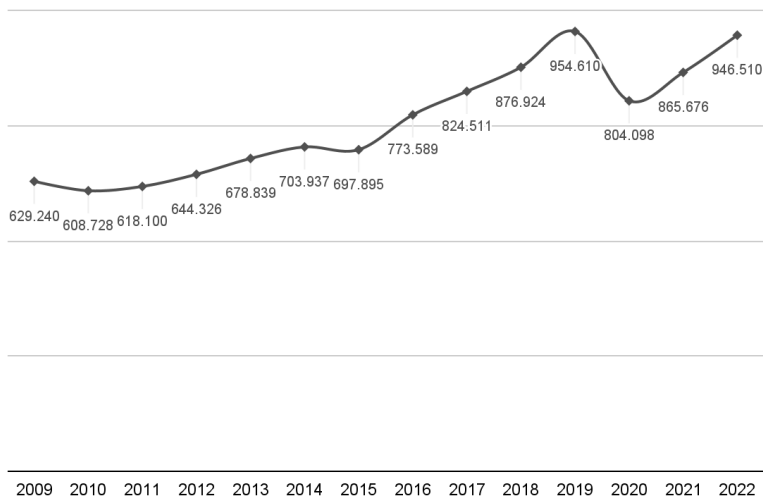
El FCyC y el FRPJ en la Provincia de Buenos Aires: un análisis comparativo

1. Las Investigaciones Penales Preparatorias en el FCyC y el FRPJ

En relación con la evolución de la cantidad de IPP en el período estudiado (2009-2022), sumando las IPP de ambos fueros se identifican dos tendencias contrapuestas: por un lado, el aumento de las IPP iniciadas en el Fuero Criminal y Correccional (FCyC) y, por otro lado, el descenso de las correspondientes al Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (FRPJ) en este período. Se pueden observar estos movimientos en el siguiente gráfico (Gráfico 1), que reúne información sobre todos los delitos denunciados desde 2009 a 2022 en la provincia de Buenos Aires.

Por tratarse de denuncias sobre delitos muy diversos entre sí, el análisis presenta algunas complicaciones. En algunos casos hay una relación directa entre la evolución de las investigaciones iniciadas por cada tipo penal y el comportamiento cuantitativo de esos delitos (por ejemplo, homicidios). Por el contrario, en gran parte de los delitos, un incremento de las denuncias puede responder a la mejora en el acceso a las instituciones policiales y judiciales y, en otros casos, a cambios en las habilitaciones sociales e institucionales para denunciar, como sucede en los delitos contra la integridad sexual. Por lo tanto, la única conclusión certera en relación al período 2009-2022 es el sostenido aumento de las denuncias que llegan a conocimiento de las autoridades. En el gráfico 1 se puede observar una tendencia ascendente en el total de IPPs de la provincia de Buenos Aires en la serie histórica (2009-2022) que tiene su pico en 2019, y que en la actualidad recupera los valores similares a aquel año. Es posible pensar que el descenso entre los años 2020 y 2021 se relaciona con la situación de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) instaurada a raíz de la pandemia por COVID-19.

Gráfico 1: Total de IPPs (FCyC + FRPJ). Provincia de Buenos Aires 2009-2022



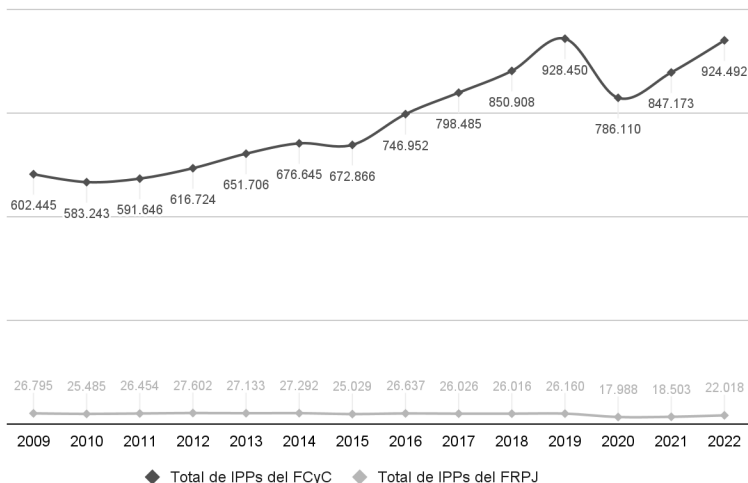
Fuente: OPS en base a datos de la PGSCJBA

A fines de este trabajo, es necesario separar las IPP iniciadas según Fuero. Así, podemos ver que el peso relativo del FRPJ es muy menor en relación al FCyC, donde se dan la mayoría de las IPP. Por otro lado, la evolución en la secuencia histórica también es disímil: mientras que en el FCyC la tendencia a lo largo del período es principalmente ascendente, en el caso de los delitos del FRPJ la dinámica es descendente.

A partir de los datos provistos por la PGSCJBA, y lo analizado en el marco del OPS, se puede observar un descenso de las Investigaciones Penales Preparatorias (IPP) para el FRPJ en el período de 2009-2022 en la provincia de Buenos Aires. Para el período en cuestión se registra un descenso del 17,8% de las IPP en valores absolutos, y un descenso del 26,9% de las IPP en tasas cada 100.000 habitantes. No

obstante, en el último período interanual, el año 2022 representa un ascenso de las IPP.

Gráfico 2: Total de IPP del FCyC y del FRPJ. Provincia de Buenos Aires 2009-2022



Fuente: OPS en base a datos de la PGSCJBA

La tabla 1 muestra el porcentaje de IPP iniciadas según Fuero a lo largo del período 2009-2022 y permite dimensionar la proporción de los presuntos delitos cometidos por la franja etaria de 16 a 18 años en todo el período. Solamente el 2,3% de las IPPs del año 2022 corresponden al FRPJ, mientras que el 97,7% corresponden al FCyC. Por otro lado, es posible observar que entre 2009 y 2022 ha disminuido el peso relativo de los delitos del FRPJ sobre el total de IPPs iniciadas.

**Tabla 1: Porcentaje de IPPs iniciadas según fuero.
Provincia de Buenos Aires 2009-2021**

Fuero	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Fuero Criminal y Correccional	95,7%	95,8%	95,7%	95,7%	96%	96,1%	96,4%	96,6%	96,8%	97%	97,3%	97,8%	97,9%	97,7%
Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil	4,3%	4,2%	4,3%	4,3%	4%	3,9%	3,6%	3,4%	3,2%	3%	2,7%	2,2%	2,1%	2,3%

Fuente: OPS en base a datos de la PGSCJBA

2. Homicidios dolosos

La estadística sobre homicidios dolosos¹ es particularmente valiosa ya que se trata de un delito con baja probabilidad de no ser contabilizado, debido a que los fallecimientos por causas violentas o “dudosas” requieren la actuación del sistema de justicia. Además, las agencias oficiales encargadas de la producción de información delictual (policiales y judiciales) desarrollan distintos procedimientos destinados al control de exhaustividad. Adicionalmente, la información sobre fallecimientos por causas externas elaborada por el Ministerio de Salud (suicidios, agresiones, accidentes, eventos de intención no determinada) puede utilizarse como fuente complementaria (Cabral *et al.*, 2022).

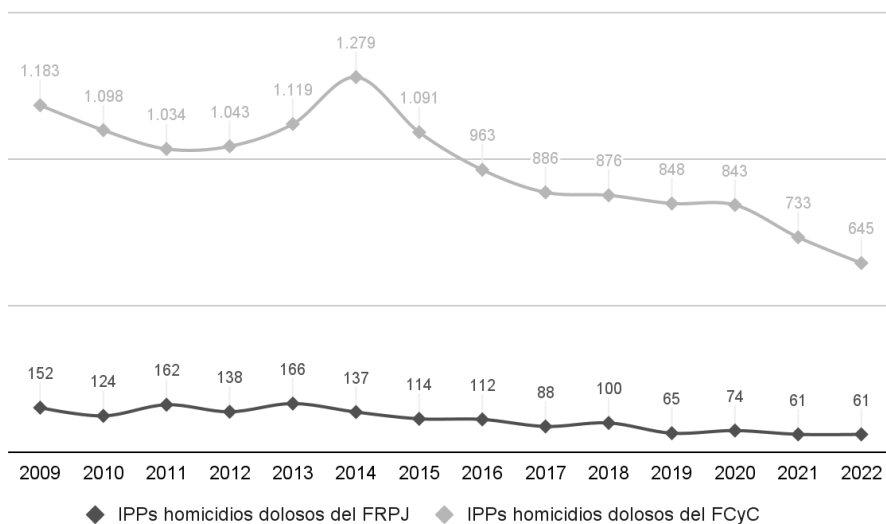
Sumando las IPP de ambos Fueros, durante 2022 se registró el número más bajo de IPP iniciadas por homicidios dolosos de todo el pe-

¹ Homicidios dolosos: el art 79 del Código Penal establece como definición general “el que matare a otro”. Se presume que existió la intencionalidad de matar, es decir la voluntad deliberada aun a sabiendas de la ilicitud de esta conducta. Para la construcción de la categoría “homicidios dolosos” de este informe, se han sumado las siguientes categorías publicadas en los informes de la PGSCJBA: homicidio consumado, otros homicidios agravado consumado, homicidio criminis causa consumado, homicidio en ocasión de robo consumado.

río bajo estudio con un total de 706 IPP. En el año 2022 se observó un descenso del 47,1 % respecto al año 2009.

El gráfico 3 muestra la tendencia de IPP iniciadas por homicidios dolosos diferenciada por fueros. En ambos, se observa una reducción pronunciada en la serie histórica (2009-2022) de las IPP iniciadas por este tipo de delito. Desde 2009 a 2022 se redujeron un 45,5% las IPP iniciadas por homicidios dolosos del FCyC. En el mismo período, en el FRPJ la reducción es del 59,9%.

Gráfico 3. Comparación entre IPP iniciadas por homicidios dolosos del FCyC e IPP iniciadas por homicidios dolosos del FRPJ (valores absolutos). Provincia de Buenos Aires. Años 2009-2022



Fuente: OPS en base a datos de la PGSCJBA

Considerando el peso relativo de las IPP iniciadas en el FRPJ, nos resulta interesante desandar algunas consideraciones que hacen los medios de comunicación a partir de casos resonantes.

3. Los delitos bajo la lente de los medios

Si bien las estadísticas muestran una tendencia descendente tanto del total de IPP del FRPJ como de algunos delitos particulares, los discursos referidos a la necesidad de reformar el régimen de responsabilidad penal juvenil fueron recurrentes durante los últimos años. Especialmente han tenido mayor impacto mediático aquellos proyectos referidos a modificar el régimen penal juvenil desde una perspectiva punitivista. En este apartado revisaremos las repercusiones periodísticas en cuatro medios de comunicación de un proyecto de Ley presentado en noviembre del año 2022 por la alianza Juntos por el Cambio.

El 9 de noviembre de 2022 distintos medios publicaron notas referidas a este proyecto. *Infobae* titulaba: “Diputados de la oposición impulsan un proyecto para bajar la edad de imputabilidad a 15 años para delitos graves” (S/A, 2022). *La Nación*, por su parte, nombraba “Juntos por el Cambio presentó un proyecto de ley para bajar la edad de imputabilidad” (Sánchez, 2022), y *Página12* expresaba “Juntos por el Cambio desempolva otro viejo proyecto: bajar la edad de imputabilidad” (S/A, 2022). El proyecto presentado por Juntos por el Cambio (JxC) proponía bajar la edad de imputabilidad de 16 a 15 años en los casos de delitos violentos. En la normativa se establecía que “el proyecto hace hincapié en dos puntos centrales: la reparación del daño producido por el delito tanto en la víctima como en la sociedad, y la necesidad de que las personas adolescentes rindan cuentas de sus actos”. Uno de los impulsores de esta ley, el diputado Santilli, expuso que resultaba necesario plantear la discusión ya que “no se trata solo de una cuestión de edad sino de entender cómo se compone en delito hoy y con qué violencia se ejecuta”. En este sentido, sostenía que “el menor tiene que entender que delinquir no es gratis y que trae con-

secuencias. No da todo lo mismo” (Villalba, 2023). De esta manera se sugería la baja de la edad de imputabilidad con un discurso anclado en combatir una aparente preeminencia del delito y preparado para afrontar la campaña electoral de 2023. A inicios de este año, *Todo Noticias* expresaba “Menores que delinquen y baja en la imputabilidad, un debate sobre derechos que volverá a ser agenda en 2023” (Villalba, 2023).

La coyuntura electoral es el contexto en el cual se presentan este tipo de iniciativas, que buscan conectar con las demandas sociales de mayor castigo a los jóvenes. Frente a este cuadro de situación, es importante distinguir entre dos tipos de adhesiones a esta idea. En primer lugar, existe un conjunto de personas que consideran que el delito de los jóvenes es el principal problema en materia de seguridad. El diputado Santilli enunciaba que “las estadísticas marcan que 5 de cada 10 chicos menores de 16 años que cometen delitos tienen 15 años” y por consiguiente “las personas adolescentes que cometan delitos se tienen que hacer responsables y reparar los daños causados” (Villalba, 2023). En dicha exposición, Santilli citaba un informe estadístico de la Corte Suprema de Justicia que indicaba que el 30% de los delitos contra la propiedad, la integridad sexual y las personas eran cometidos por menores de 16 años. Sin embargo, los datos rebaten de forma contundente estos argumentos: en provincia de Buenos Aires, un porcentaje muy bajo de las investigaciones penales que se inician tienen como protagonistas a menores de edad (alrededor del 2,3%). Sumando otros datos que ponen en entredicho esas cifras, al 30 de diciembre de 2021, existían 130 dispositivos penales juveniles en todo el país, de acuerdo a un informe oficial de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf). Hasta entonces, 4.437 adolescentes cumplían medidas penales, de los cuales solo el 2,7% tenía menos de 16 años, mientras que el 39,1% tenía entre 16 y 17 años, y el 55,8% 18 años y más. De estos el 95,5% de ellos eran varones cis.

Pero también existen apoyos de otro orden a este proyecto. Hay quienes destacan la necesidad de establecer un régimen penal juvenil

capaz de garantizar derechos y garantías a los jóvenes actualmente no punibles, pero que son capturados por el sistema penal. Por ejemplo, el ministro de Seguridad bonaerense, Sergio Berni, expresó en noviembre de 2022 “Cuando hablamos de bajar la edad de imputabilidad no estamos hablando de un sistema penal comparable con el de los mayores de edad, sino de un sistema en el que el Estado se haga cargo de estos menores y los reeduce” (Sánchez, 2022). En este caso, quienes apoyan la baja consideran que incluir a estos jóvenes dentro de un régimen penal juvenil los dejará en mejores condiciones en su tránsito por el sistema penal. Con respecto a esto debemos tener en cuenta que los usos prácticos de las leyes trascienden las intenciones del legislador y por ello es preciso mirar la trama que las leyes configuran. Por tal razón, frente a quienes exaltan las bondades de la responsabilización subjetiva que el proceso penal habilita, resulta necesario recordar la incompreensión y violencia simbólica que el proceso judicial genera.

La experiencia de trabajo desde la extensión universitaria con jóvenes cumpliendo medidas alternativas al encierro nos permitió conocer que la mayoría no comprende el estado en que se encuentra su causa, ni su propia situación legal, ya que las interacciones están formuladas en un tecnicismo de difícil traducción para los no expertos. Y si nos remitimos a la experiencia en las instituciones de encierro, no sólo debemos desmentir la capacidad educadora y restauradora de derechos de las mismas, sino que es preciso hablar de la violencia institucional.

Consideraciones finales

El descenso de las investigaciones penales preparatorias iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil entre 2009 y 2022 nos invita a profundizar el análisis e identificar las variables y factores que incidieron en este proceso: ¿existen procesos institucionales que explican la baja de las denuncias? ¿Se corresponde a procesos sociodemográficos que inciden en la menor ocurrencia de delitos por parte del grupo etario 16 y 17, pero que también inciden en la baja general de los deli-

tos que venimos describiendo? ¿Existen procesos macroeconómicos, sociales y culturales que pueden haber incidido en este descenso, o debemos buscar explicaciones en el nivel local relevando las políticas municipales y/o provinciales? Se trata de hipótesis que debemos continuar explorando, pero que de cualquier manera evidencian una baja de los delitos por parte del grupo etario 16 y 17, en contraposición a los discursos punitivistas impulsados a través de proyectos de ley que buscan bajar la edad de imputabilidad y las consecuentes repercusiones que se dirimen en los discursos presentados por los diferentes medios digitales de algunos diarios de circulación masiva a nivel país en los últimos años.

Fuentes y bibliografía

- Cabral, P., Germán, B. y Oyhandy, A. (Coords.). (2022). *Cuarto informe sobre delitos y violencias en la provincia de Buenos Aires 2009-2021*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación; Ensenada: IdIHCS. (Informes FAHCE; 7). Disponible en: <https://libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/201>
- Diputados de la oposición impulsan un proyecto para bajar la edad de imputabilidad a 15 años para delitos graves (2022, 9 de noviembre). *Infobae*. <https://www.infobae.com/politica/2022/11/09/diputados-de-la-oposicion-impulsan-un-proyecto-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad-a-15-anos-para-delitos-graves/>
- Juntos por el Cambio desempolva otro viejo proyecto: bajar la edad de imputabilidad. (2022, 9 de noviembre). *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/496318-juntos-por-el-cambio-desempolva-otro-viejo-proyecto-bajar-la>
- Sánchez, I. (2022, 9 de noviembre). Juntos por el Cambio presentó un proyecto de ley para bajar la edad de imputabilidad. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/juntos-por-el-cambio-presento-un-proyecto-de-ley-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad-nid09112022/?gclid=Cj0KCQjwpc-oBhCGARIsAH6ote9X->

h485HzOf8d80Jg_e4L-8l1kzlaIju3e4hEFT9jYsXalS3fsyQ3kaAir-
XEALw_wcB

Villalba, C. (2023, 19 de febrero). Menores que delinquen y baja en la imputabilidad, un debate sobre derechos que volverá a ser agenda en 2023. *Todo Noticias*. <https://tn.com.ar/policiales/2023/02/19/menores-que-delinquen-y-baja-en-la-imputabilidad-un-debate-sobre-derechos-que-volvera-a-ser-agenda-en-2023/>

LOS ESTEREOTIPOS OCULTOS Y LOS PREJUICIOS EN EL JUZGAMIENTO DE MUJERES EN JUICIO POR JURADOS. DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO A LA ACTUALIDAD. UN CASO TESTIGO

Ivana Dal Bianco

“A las invisibles: las condenadas...”

1. Introducción

Este trabajo busca indagar si las mujeres acusadas por delitos graves en el sistema penal sufren una mayor discriminación de género; si su pertenencia al género femenino significa una mayor sanción, por salirse del rol socialmente asignado. Me lleva a pensar en ello diferentes manifestaciones que ocurren en el sistema penal en este tipo de casos: acusaciones prejuiciosas, utilización de estereotipos de género visibles u ocultos, que implican un menor estándar de prueba de los hechos para las condenas. Esta doble carga o esta doble vara hace que disminuya la posibilidad de defensa, en relación a estereotipos y sesgos de género no visibles, pero existentes.

De un tiempo a esta parte, se ha impuesto la necesidad de que exista perspectiva de género en los casos que involucran mujeres, principalmente, cuando ellas han sido las sujetas pasivas de un delito. Sin embargo, el imperativo constitucional debe también operar cuando son las acusadas en un proceso penal, lo que en concreto debería significar introducir variables de análisis en relación a la situación de

desigualdad estructural de las mujeres, como así una visión que reconoce la necesidad de no ser discriminadas en razón del género.

El derecho penal refleja las estructuras patriarcales y reproduce el rol socialmente asignado a las mujeres, lo que se manifiesta en la actualidad con imputaciones por delitos omisivos que se relacionan con el rol materno, o imputaciones por asesinatos cuando son casos de legítima defensa en contexto de violencia de género. Es necesario repensar la dogmática penal con enfoque de género, pero también que las discusiones de este tipo sean explicadas pacientemente a los jurados en los casos en que son juzgados por tribunales populares. La perspectiva de género debe ser un hecho en el juzgamiento de mujeres tanto en los juicios con jueces profesionales como por jurados.

Me propongo en este trabajo indagar estos puntos en un caso testigo, en el cual se juzgó a una mujer en la provincia de Neuquén, en un juicio por jurados, que fue condenada a prisión perpetua, ratificada la condena por el Tribunal de Impugnación y Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén. El caso tiene la particularidad de que se juzgó un femicidio, en el cual fueron condenados, además, tres varones a prisión perpetua como co-autores del femicidio y un cuarto como participe secundario. La mujer, que era pareja de uno de ellos, fue condenada por instigadora a la misma pena que los co-autores.

Exponer solo un caso -desde el punto de vista metodológico- no autoriza a generalizar ninguna conclusión, pero sus particularidades nos permiten explorar estos interrogantes, ya que se trata del veredicto de un jurado, y la sentencia fue ratificada por los más altos tribunales de la provincia de Neuquén. Entre los puntos a despejar surge ineludible si fue juzgada de manera discriminatoria, si existe la posibilidad cierta de que los jurados hayan utilizado estereotipos de género, y si ello implicó menor posibilidad de defensa y menor exigencia probatoria para la condena. Sobre todo porque los estereotipos y prejuicios no siempre son explícitos ni visibles, y ello perjudica aún más a las mujeres imputadas, ya que deben defenderse de cuestiones no dichas, no probadas, no develadas que las ubican en un lugar de indefensión.

La institución de juicio por jurados en Neuquén lleva casi una década¹, se juzgaron hasta la fecha a 11 mujeres bajo esta modalidad. En este tiempo en que se ha avanzado en incorporar diversos mecanismos para que la perspectiva de género sea una variable de análisis imprescindible en los casos en que las mujeres son victimizadas por violencias de género, poco o nada se ha pensado qué sucede cuando la que es acusada es una mujer. Cuestionar mediante este trabajo estas deficiencias será un aporte para futuras mujeres que sean juzgadas, para que no sufran en ese proceso mayor discriminación en razón del género.

2. Estereotipos y mujeres acusadas

Las mujeres que atraviesan un proceso penal como imputadas corren con desventaja toda vez que se acrecientan en sentido negativo los mandatos y roles sociales atribuidos a las mismas en la sociedad patriarcal y machista en que vivimos. Aparecen nuevas ideas para juzgarlas (y castigarlas) más allá de los delitos cometidos, como la figura de la mala madre, de la viuda negra, de la estafadora.

Estos prejuicios aparecen como estereotipos en acusaciones y procesos penales, y sobre todo, en sentencias de condena, es decir que no está exento ningún/a operador/a jurídico/a de acusar, juzgar e incluso defender mujeres en un proceso penal con ideas muy lejanas a la perspectiva de género, cuya aplicación demanda todo el bloque constitucional en cuestiones de género.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer reconoce -en su artículo 5- la obligación estatal de tomar medidas contra los prejuicios y estereotipos de género que refuerzan la idea de superioridad del género masculino sobre

¹ La reforma procesal penal en la provincia de Neuquén comenzó a funcionar el 14 de enero del año 2014, instaurando el juzgamiento por jurados populares para aquellos delitos cuya pena en expectativa superase los 15 años en la acusación fiscal, es decir delitos graves contra la vida y la integridad sexual, en su mayoría.

el femenino², por lo que la obligación estatal incluye a todos/as los/as operadores/as jurídicos, incluso claro está, los jurados. Se piensa que se pueden neutralizar los estereotipos en los juicios por jurados con “mecanismos de control de estereotipos y sesgos implícitos en el jurado” y que se lo lograría a través de: la integración heterogénea del jurado, las audiencias de selección de jurados (*voir dire*), las instrucciones previas, la deliberación y los sistemas de votación. Se aspira a poder generar otros mecanismos que sirvan, sino para eliminarlos, al menos para disminuirlos como las capacitaciones previas a los jurados sobre perspectiva de género, estereotipos y sesgos de género. Ello con el objetivo de que la decisión del jurado sea imparcial y sin discriminaciones por razones de género. A ese fin resulta imprescindible la tarea de la defensa en la audiencia de control de acusación de oponerse y no permitir el ingreso de aquella prueba que aporte rumores y prejuicios, pues en los juicios por jurados el control de qué prueba ingresa al juicio es fundamental. Los estereotipos de género se configuran por la construcción social y cultural de hombres y mujeres en razón de sus diferentes funciones, físicas, biológicas, sexuales y sociales. Es un término que se refiere a un grupo estructurado de creencias sobre sus atributos personales que pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos, roles, características físicas, apariencia, ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual (Cook, y Cusack, 2010)

Las mujeres acusadas son juzgadas en procesos en los que se reproducen las desigualdades estructurales de género, que impactan directamente en la vida de las mujeres, y de esa misma manera se aplica el derecho en general y el derecho penal en particular. En este sentido comparto lo señalado en relación a que se aplican rígidamente

2 Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW).

los postulados doctrinarios de la teoría del delito, y que tales doctrinas permanecen ajenas en su mayoría a las críticas de género, lo que refuerza la desigualdad estructural que, al menos desde un paradigma igualitario, se pretende erradicar (Di Corleto, Lorenzo Copello y otras, 2020, p. 25).

En este sentido, se reconoce que la construcción de las normas y la interpretación de las mismas se han realizado desde la mirada masculina, por lo que se ha asumido que las mismas son universales y objetivas, cuando en la realidad, las mismas no incluyen un análisis particular cuando se trata de mujeres. Así desde la interpretación masculina de las normas surgen los estereotipos esperables para cada género, y la aplicación diferenciada de la ley penal, en la que las mujeres son juzgadas de manera diferenciada, lo que la mayoría de las veces significa un juzgamiento discriminatorio y con exigencias relacionadas al rol social esperado y no al delito por el que se las acusa:

estos juicios diferenciados tienen su origen en patrones socioculturales más amplios que refuerzan los roles tradicionales de género y que suelen ser organizados como pares jerarquizados: racional-irracional; activo-pasivo; pensamiento-sentimiento; razón-emoción; cultura-naturaleza: objetivo-subjetivo; abstracto concreto: universal particular (Di Corleto, Lorenzo Copello y otras, 2020, p. 36)

La preocupación en los juicios por jurados en que se juzga a mujeres debe ser velar para que la decisión sea imparcial, libre de estereotipos de género, y la mujer se pueda defender de acusaciones en base a hechos y no a prejuicios, pues de no estar alertas, pueden generarse verdaderas injusticias en función de la desventaja estructural de las mujeres en tanto grupo discriminado en la estructura social.

En este campo, los estereotipos de género, usualmente organizados a partir de categorías como “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer responsable” y “mujer fabuladora”, pueden afectar la decisión imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación (Asensio *et al.*, 2012). En este punto, un examen sobre la relevancia legal puede orientar la decisión de excluir la prueba que apunta a construir el prejuicio discriminatorio. (Di Corleto, 2017, p. 299)

3. Ideas sobre la mujer “delincuente” del positivismo criminológico

Los mejores representantes de las ideas del positivismo criminológico señalaban que:

La mujer delincuente nata es, por así decirlo, doblemente excepcional, primero como mujer y luego como delincuente. Ello porque los delincuentes son la excepción entre las personas civilizadas, y las mujeres son una excepción entre los delincuentes, siendo la forma regresiva natural de la mujer la prostitución y no el delito. La mujer primitiva era impura antes que criminal. Como doble excepción, entonces, la mujer delincuente es un verdadero monstruo. (Lombroso y Ferrero, 1898, p. 152)

De las brujas a las monstras, las ideas sobre la mujer criminal han sido lugares de privación de derechos, principalmente del derecho de defensa ya que es imposible defenderse de ideas y prejuicios subjetivos. Las injusticias han transitado a lo largo de la historia el juzgamiento de mujeres, sometidas a acusaciones de todo tipo. En lo que hace a las ideas sobre la criminalidad serán Lombroso y su familia³ los que avan-

³ Será la hija de Lombroso -Gina-, la encargada de visitar nuestro país junto con su marido, Guglielmo Ferrero, quien será junto a Cesare Lombroso co-autor de *La mujer*

cen en poner nombre a ideas discriminatorias y prejuiciosas, bajo el ropaje de estudios científicos, con explicaciones esencialistas y de tipo biologicista, se esconderán prejuicios racistas, de clase y de género. Encontramos estereotipos y prejuicios en sus ideas sobre “los delincuentes” en general y sobre la mujer delincuente en particular. En su libro *La mujer delincuente*, Lombroso va a afirmar: la mujer criminal de nacimiento tiene todas las cualidades criminales del varón más las peores características de las mujeres, a saber, malicia, encono y disposición a engañar (Lombroso y Ferrero, 1898). Lo lamentable es que muchas de estas ideas persisten en la actualidad, bajo otros ropajes.

La persistencia del legado lombrosiano en relación con la criminalidad femenina no se debe simplemente a su desatención en cuanto tema, sino que es inherente a las prescripciones de larga data acerca del papel femenino y de la “esencia” de la naturaleza de las mujeres. (Downes y Rock, 2011, p. 422)

Grandes luchas ideológicas se han dado desde los movimientos feministas para romper la ligazón sexo-biológica esencialista que ubica a la mujer en lugares naturalmente inferiores, ligados a cuestiones biológicas o de la “naturaleza femenina”, cuando se trata de roles sociales asignados culturalmente. Estas ideas esencialistas, según las cuales no se podría modificar ciertos estándares por venir dados por la naturaleza y la biología, atraviesan también los procesos penales, relacionado mayormente con la maternidad y la idea de la existencia de un instinto maternal natural que va a separar las mujeres normales de las anormales: “La combinación de ‘lo peor de ambos sexos’ llevó a atribuir una tercera anomalía a la mujer criminal de nacimiento dentro de esta concepción: la falta de instinto maternal” (Downes y Rock, 2011, p. 423).

Otto Pollack, representante del positivismo criminológico más cercano en tiempo, va a afirmar respecto a la criminalidad femenina, *delincuente*.

que era la naturaleza misma de las mujeres las que las llevaba a ser instigadoras más que ejecutoras, ya que las mismas eran inherentemente tramposas por cuestiones fisiológicas ya que eran capaces de fingir el orgasmo (Pollack. 1998).

4. El caso y las decisiones

En el caso que analizo, se le atribuyó en la acusación fiscal a A.M.P: “el haber determinado a J.C.M. a dar muerte a A. G.”. Según la acusación, A.M.P. comenzó a exigirle a M que le diera muerte a G, advirtiéndole que si no cumplía con ello, no retomaría la relación de pareja con él. Así, hacia el 11 de mayo de ese mismo año y dado que M no cumplía con esa exigencia, P abandonó la vivienda en la que convivía con M y su hijo menor de edad, dirigiéndose a la ciudad de San Javier, provincia de Río Negro, en donde viven sus familiares.

En el caso no hubo prueba directa de la instigación, ni de cual (supuestamente) habría sido la conducta exigida por A.M.P. (si es que existió) a su pareja. Surge que ella habría conocido la infidelidad y que se fue. Que habló con la hermana del imputado quien le recriminaría que éste lo habría hecho por ella. Que la misma había sufrido violencia de género por parte de M. Como señalé el caso fue juzgado por jurados, siendo que era el juez quien debía instruir a los mismos respecto del juzgamiento de A.M.P. con perspectiva de género y explicarles qué son los estereotipos de género y por qué no debían ser tenidos en cuenta en la decisión. Nada de esto ocurrió, no se incluyó en las instrucciones por parte de la defensa particular, ni la fiscalía, ni el juez, instrucciones que se refieran a la particular situación de A.M.P en razón de ser mujer, por lo que se las juzgó igual que a los varones acusados, sin tener en cuenta la desigualdad estructural de género, y por tanto su juzgamiento fue sin perspectiva de género y por ende, discriminatoria.

Lo más grave de este caso es que A.M.P. fue declarada culpable como instigadora de homicidio (por 11 votos de los miembros del jurado), agravado por alevosía (por el voto de 9 miembros del jurado),

con el concurso premeditado de dos personas más (por el voto de 11 miembros del jurado) y femicidio (por el voto de 11 miembros del jurado), a la pena de prisión perpetua.

Si se hubiera explicado pacientemente al jurado la obligación constitucional de analizar el caso respecto de A.M.P con perspectiva de género y sin estereotipos, quizá las respuestas a los principales puntos requeridos por la ley y la doctrina en relación a la figura de la instigación hubiesen sido otras, del mismo modo que no hubieran operado sesgos y estereotipos de género en la decisión. Al ser una decisión inmotivada, los estereotipos y sesgos no son visibles, sino ocultos, pero al no habérselos instruido correctamente, la interpretación del caso debe ser la que reconoce la desigualdad estructural de los géneros y las visiones estereotipadas y prejuiciosas con que se juzga a las mujeres. En este caso, la carga de la prueba de la existencia de estereotipos se invierte y deben presumirse su existencia en favor de A.M.P.

Esta sentencia a prisión perpetua que se funda en el veredicto inmotivado del jurado, que no fue instruido en el juzgamiento de mujeres con perspectiva de género, fue cuestionado por la defensa pública que asume el caso en etapa de impugnación y advierte como un agravio concreto que no hubo instrucciones al jurado respecto a que A.M.P. debía ser juzgada con perspectiva de género y sin estereotipos, y que era obligación del juez instruir sobre este punto. Sin embargo, el Tribunal de Impugnación reconoce que no fue instruido el jurado, pero invierte la carga de la prueba respecto a la existencia de estereotipos en una operación muy lejana a la perspectiva de género:

Sobre la ausencia de perspectiva de género, aun cuando no fue litigado tal extremo por la defensa técnica de P en el juicio (ni la impugnante alegó defensa ineficaz por tal motivo), y por tal razón no fue instruido el jurado (porque no fue litigada), la impugnante no explica cuál habría sido la defensa adecuada desde una perspectiva de género y cuál hubiese sido un veredicto consistente con una perspectiva

de género en el caso concreto, cuál hubiese sido una pena ajustada desde esta perspectiva, qué estereotipos de género habrían operado en el proceso de juzgamiento ni de qué modo A.M.P. se vio discriminada por su condición de mujer en el caso concreto. En definitiva, la defensa no acredita, de qué modo, la violencia psicológica y económica que alega padecía su asistida por parte de M tuvo injerencia concreta en la evaluación de la responsabilidad por el hecho endilgado y consecuente pena impuesta⁴.

La sentencia en este punto omite que es obligación de los jueces técnicos explicar la ley, y ello incluía en este caso la necesidad de explicar qué significa el enfoque de género. El análisis erróneo del fallo niega la existencia de los estereotipos de género, e invierte la lógica en el análisis, quitando responsabilidad al juez que no instruyó correctamente a los jurados atribuyendo una carga a la defensa de imposible cumplimiento. No se puede conocer qué estereotipos de género fueron utilizados en un veredicto que es inmotivado, pero sabemos por aplicación de la perspectiva de género que los mismos existen, que son utilizados mayormente contra las mujeres y que, al no instruirse al jurado, debemos pensar que los utilizaron. Juzgar con perspectiva de género es una obligación legal que surge del deber de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género⁵.

Pero aún más preocupante es la sentencia del más alto tribunal de la provincia al que le llega el caso por vía de impugnación extraordinaria, afirmando la sentencia del TSJ:

4 Tribunal de Impugnación de Neuquén, sentencia Nro.13/2023. 28/03/2023, del voto de la Dra. Florencia Martini al que adhieren sus colegas, Dres. Laura Barbe y Juan Pablo Balderrama.

5 Art. 16 CN; arts. 1.1, 8. 25 y 24 CADH; arts. 2.1, 3, 14 y 26 PIDCyP; arts. 2.c y 15.1 CEDAW, a ser valoradas y juzgadas libre de patrones estereotipados de comportamiento (art. 5.a CEDAW, 6.b CBP, 2.e ley 26485). Además surge de forma expresa de la Convención de Belen Do Para (art. 8.c), de la ley 26485 (art. 9 inc. h).

En lo pertinente, se aclaró que: debían tomar las decisiones teniendo en cuenta la prueba que vieron y escucharon en el juicio; toda persona acusada de un delito se presume inocente, hasta que los acusadores prueben su culpabilidad más allá de una duda razonable; A.M.P- llega acusada como instigadora de homicidio con las agravantes de alevosía, concurso premeditado de dos o más personas y femicidio. Que debían resolver, de acuerdo con la prueba, en cuanto a cada acusado/a en particular, y en virtud de ello, apreciar y determinar la culpabilidad o no de cada acusado/a por separado y que debían rendir un veredicto para cada uno/a. Se definió el alcance de la instigación y la accesoriedad de la misma, como así también, las distintas agravantes del hecho principal atribuidas, entre ellas, el femicidio –incluida, la violencia basada en el género– (cfr. 1.er video del 18/10/2022, 09:26:39/10:22:36 y sent. de responsabilidad, pp. 78/96). En concreto, se instruyó al jurado sobre violencia de género. Si bien se lo hizo al momento de explicar en qué consiste el femicidio (en las instrucciones finales), resulta factible sostener que el jurado tuvo acceso a la información sobre qué se entiende por violencia basada en el género a través de dicha instrucción –“[...] AGRAVANTE POR FEMICIDIO [...] ¿Qué es la violencia de género? [...]”-. Sobre el particular, el Tribunal de Impugnación transcribió la instrucción mencionada para ilustrar sobre la información recibida por el jurado sobre la violencia de género (cfr. 5.o video del 17/10/2022, 18:54:39/18:56:52 y sent. De responsabilidad, p. 91 y punto 19 de la presente). En tales condiciones, se considera que el jurado estaba debidamente informado, desde los alegatos iniciales, del contexto de A.M.P. Lo que fue recordado en los alegatos de cierre, en los que se pidió que se resuelva la situación de la acusada a partir de su individualidad. En

ese sentido, el jurado tomó conocimiento de la imputada, mujer, madre, trabajadora; pudo identificar las alegadas condiciones económicas, la presunta violencia padecida de parte de J.C.M. y la relación asimétrica de poder, la privación de libertad sufrida. Asimismo, el jurado fue instruido a que resuelva su situación a partir de la prueba producida en el debate y conociendo en qué consiste un contexto basado en la violencia de género, tuvo a su disposición las instrucciones sobre el derecho aplicable al caso. Por lo que, se estima que la información recibida acerca de la imputada A.M.P, sumado a la interpretación de todas las instrucciones dadas, permitieron al jurado arribar a un veredicto acorde a una perspectiva de género.⁶

La resolución es preocupante, porque el jurado no fue instruido respecto a la obligación de juzgar y decidir respecto de la acusada con perspectiva de género⁷, no se les explicó qué son los estereotipos de género, no se les explicó que la perspectiva de género también es una matriz de análisis para mirar a la acusada, el TSJ afirma que el jurado fue instruido con perspectiva de género porque se les explicó lo que era el femicidio y la violencia de género solo que no lo hace respecto de la acusada, sino solo respecto de la víctima.

Esta idea de que la única visión posible respecto a las desigualdades de género es aquella en que la mujer es víctima de violencia no es novedosa. Se relaciona con el cambio de paradigma del que nos habla Tamar Pitch, del cual se pasa del paradigma de la opresión en el que se denunciaba la estructura social, en el que se luchaba contra todo el sistema patriarcal de opresión, al paradigma de la víctima, en el cual la mujer es solo víctima y no oprimida social (Pitch, 2003).

6 Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén, Resolución Interlocutoria N°66, 15 de agosto de 2023, Sala Penal, Voto de los Dres. Alfredo Elosú Larumbe y Evaldo Moya, legajo MPFNQ 191150/2021

7 Al respecto ver en anexo las instrucciones dadas por el juez Luis Giorgetti al jurado.

Esto significa que la perspectiva de género sólo se aplica a las víctimas y no, como en este caso, cuando la mujer está acusada. No pensar un mecanismo de control de estereotipos y sesgos de género cada vez que un jurado juzga a una mujer es contrario a la necesidad de aplicar en el juzgamiento perspectiva de género y puede llevar, como en este caso, a decisiones injustas.

Interesante citar el voto en disidencia del Dr. Palermo, integrante de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en un caso en que una mujer fue juzgada por jurados:

El juzgamiento de la acusada no se puede transformar en una forma de perpetuar institucionalmente la instrumentalización de las mujeres. En este sentido, juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento. Por esta razón nuestro país ha asumido el compromiso político legislativo y constitucional de no reproducir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres, pto. 2.1.2. Pues bien, el jurado no puede estar exento de esta obligación constitucional en la medida en que no se puede suponer que per se tendrá una mirada sensible al género. Por esta razón se le debe ofrecer al jurado instrucciones que le permitan identificar indicadores de posibles violencias hacia las mujeres⁸.

La obligatoriedad de las instrucciones con perspectiva de género en el caso de mujeres acusadas requiere que sean claras las explicaciones al jurado sobre estereotipos y sesgos de género, implícitos y/o visibles, para lograr acercarnos al gran desafío de lograr decisiones judiciales imparciales, que estén basadas en las pruebas y no en estereotipos.

8 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala Segunda, 08 de enero de 2021, causa Cuij nro. 13-04879377, caratulada; "Tizza Antonioa Sebastian y Ginzalez Zarate Celeste Yanina, s/homicidio agravado por el vínculo s/recurso de Casación", 32546/18, del voto en disidencia del Dr. Omar A Palermo.

a pesar de las declaraciones de principios de quienes se dedican al estudio de la Teoría del Delito, y en contra de las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos, se han esbozado criterios de aplicación del derecho penal, que, bajo una aparente neutralidad, conducen a un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres. Asimismo existen abundantes y variados ejemplos en la jurisprudencia que evidencian la persistencia de estándares diferenciados al momento de juzgar a mujeres y varones cuando se encuentran acusados de haber cometido un delito. Por ello, es importante incorporar la perspectiva de género a la interpretación de las leyes y los hechos, para evitar decisiones injustas y discriminatorias. (Hopp, 2019, p. 16)

5. Algunas conclusiones

La influencia del positivismo criminológico ha sido reconocida en muchos ámbitos del derecho penal. Las ideas prejuiciosas y estereotipadas de esta corriente de pensamiento respecto de la mujer que comete delitos no han desaparecido completamente. Decenas de años después, la figura de la mujer mentirosa, la estafadora, la instigadora, la que finge, la que no tiene instinto maternal, la que es lujuriosa, sigue presente en muchas de las ideas respecto a las mujeres acusadas como criminales.

En un avance de la institución de juicio por jurados, es necesario más que nunca exigir verdaderos mecanismos de control para erradicar los juzgamientos sin perspectiva de género, lo que requiere políticas concretas para instruir, capacitar y formar a los jurados en todos los casos, pero mucho más cuando es una mujer la que está sentada en el banquillo de los acusados. El esfuerzo de los operadores judiciales debe ser mayor para lograr que los veredictos de los jurados sean menos sospechosos de falta de imparcialidad por discriminación de género y libres de estereotipos.

Bibliografía

- Cook, R.J. y Cusack S. (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, Profamilia. Disponible en <http://187.193.232/biblos.imdf/sites/default/archivos/00312Estereotperspleg.pdf>
- Di Corleto, Julieta, Lorenzo Copello y otras (2020). *Mujeres imputadas en contexto de género o vulnerabilidad, hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Publicada en Colección Eurosocial N° 14, Serie Cohesión Social, Equipo Defensoría General de la Nación. Madrid.
- Di Corleto, Julieta (2017). “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, en *Género y Justicia Penal*. Ediciones Didot. Buenos Aires.
- Downes, David y Rock, Paul (2011). *Sociología de la desviación*. Editorial Gedisa. Barcelona.
- Hopp, María Cecilia (2019). “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en Di Corleto, J. (comp.) *Género y Justicia Penal* (comp). Ediciones Didot. Buenos Aires.
- Lombroso, Cesare y Ferrero Gulielmo (1898). *The female Offender*. Ed. Appleton and Company. New York.
- Pollack, Otto (1998). “Teorías sobre criminalidad femenina”. Publicado en *Criminalidad y Criminalización de la mujer en la Región Andina* (comp). Editorial Nueva Sociedad. Caracas.
- Pitch, Tamar (2003). *Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

JUSTICIA PENAL DE MAYORES Y NNyA CON RESPONSABLES ENCARCELADOS/ AS: UN DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA INCUMPLIDO¹

*Silvia Zega*²

Presentación³

Desde la ratificación por parte de nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño múltiples fueron los esfuerzos -muchas veces infructuosos- de adecuar normativas y prácticas judiciales a sus mandatos.

Aun cuando falta un larguísimo camino por recorrer en el ámbito judicial respecto de los derechos allí consagrados, los/as adolescentes infractores, los/as NNyA víctimas de delito y los/as NNyA testigos en

¹ El presente artículo se funda en algunas ideas desarrolladas en mi tesis -en elaboración- "Encarcelamiento materno y niñez extramuros: una perspectiva jurídica" para la maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho, UBA.

Agradezco las generosas enseñanzas de la Prof. Mary Beloff sobre la jurisprudencia de la CorteIDH respecto de NNyA y del Prof. Martiniano Terragni sobre la evolución "expansiva" del concepto de NNyA víctimas de delito en la dicha jurisprudencia, sin las que no me hubiese sido posible aventurarme en las temáticas de los puntos 2, 3 y 4. Todo posible error o discordancia en tales tópicos debe ser atribuida a mis limitaciones y no a sus enseñanzas.

² Abogada, Esp. y maestranda en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, titular de "Legislación y DD.HH. de las Personas Privadas de la Libertad" en la diplomatura de Intervenciones Pedagógicas en Contextos de Encierro, Universidad Nacional de San Martín.

³ Utilizo la sigla "NNyA" para denominar a niños, niñas y adolescentes, de menos de 18 años. Por "responsables" entiendo a los/as referentes primarios de cuidado, ya sean progenitores u otras personas a cargo de su crianza. Utilizo, asimismo, la sigla "NNAPes" en referencia a los NNyA con tales referentes primarios de cuidado encarcelados/as.

procesos judiciales han conseguido hacerse visibles y contar con la preocupación cuanto menos de parte de los/as operadores judiciales por no vulnerarlos aún más.

Pero hay un cuarto colectivo de NNyA vinculado a las causas penales: aquellos/as cuyos responsables son privados/as de la libertad.

Quienes integran ese colectivo no son ni imputados/as, ni víctimas -en el sentido en que tradicionalmente las hemos concebido en los procesos penales- ni testigos, pero sus vidas se hallan atravesadas por las decisiones judiciales recaídas respecto de las personas a cuyo cuidado estaban antes del encarcelamiento. Son NNyA cuyos derechos pueden verse afectados de modo relevante por la justicia penal de mayores, sin que esto sea siquiera advertido. Para dicho fuero, ellos/as son invisibles.

¿Les cabe a los/as magistrados/as del fuero penal alguna responsabilidad en lo descripto?; ¿debieran “ocuparse” de algún modo de la cuestión?; en tal caso, ¿de qué modo que sea sintónico con nuestra normativa sobre protección?

El presente trabajo aborda, en el marco del deber estatal de salvaguarda y garantía de los derechos de estos/as NNyA, el deber de debida diligencia reforzada que pesa sobre los/as magistrados/as del fuero penal a cuya disposición se hallan detenidos/as quienes les proveían cuidado, como los fundamentos jurídicos (con especial énfasis en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y los alcances y límites de tal deber. Expone también lo que considero conforman obstáculos epistémicos a la asunción de dicha manda y consigna algunas líneas de posible superación de tales obstáculos a partir de buenas prácticas ya probadas empíricamente en el campo judicial.

1. Deber de los Estados de protección especial de NNyA

Es hoy ya un lugar común hablar del deber de protección especial de los Estados respecto de NNyA, aun cuando éste se halla en enor-

me medida incumplido⁴ pese a la jerarquía constitucional de dicho mandato. La Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante “CADH”- (art. 19) y antes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.4.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.2.) reconocieron tal deber. Posteriormente la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “CDN”) llevó ese principio al plano operativo-institucional, no sólo de los poderes administrador y legislativo sino también del judicial (art. 3.1.).

Múltiples instrumentos jurídicos del *soft law* -integrantes junto a los tratados del corpus iuris de NNyA- sostienen similares principios protectorios⁵. Estos, aunque carentes de efecto vinculante, tienen relevante valor político y jurídico en tanto son expresión del estándar de derechos consensuado por la comunidad internacional de la que nuestro país participa.

4 El informe “Pobreza monetaria y privaciones vinculadas a derechos en niñas y niños Argentina 2016 - 2023” producido por UNICEF da cuenta de que en nuestro país la cantidad de NNyA que vive en la pobreza supera los 7.000.000 y que hay un número de NNyA indigentes estimado en 2.400.000. Disponible en <https://www.unicef.org/argentina/informes/informe-pobreza>

5 Entre otras: Declaración sobre Derechos del Niño -Declaración de Ginebra- (1924). Declaración de Derechos del Niño (1959). Declaración Mundial en favor de la supervivencia, la protección y el desarrollo del Niño (1990). Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-3/83; OC-9/87; OC-17/02; OC-21/14; OC-29/22 y una enorme cantidad de resoluciones dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Derechos Humanos de dicha organización, relativas a la protección especial debida a los/as NNyA.

Su evolución dinámica ha ampliado y fortalecido el contenido de tales principios, en lo general y en particular respecto de NNyA víctimas⁶, lo que ha sido aceptado por nuestra normativa⁷.

2. Deber judicial de debida diligencia reforzada respecto de NNyA

Desde sus inicios como tribunal jurisdiccional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH” o “la Corte”) puso de resalto al deber de debida diligencia de los Estados como una derivación de la adecuada interpretación de su artículo 1.1.⁸

Dicho deber, por una parte, engloba el mandato de no violar los derechos humanos, ya sea por comisión o por omisión⁹; por otra, extiende la responsabilidad internacional del Estado a los supuestos en los que éste actuó incumpliendo tal deber, ya sea en el tratamiento de la violación como en su prevención¹⁰, convirtiéndose así la diligencia debida en “parámetro de evaluación de la actuación de los Estados en el cuidado de los derechos humanos” (De la Herrán Ruiz-Mateos,

6 Resoluciones EcoSoc n° 2004/27 “Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos” y EcoSoc n° 2005/20 “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, AIAMP (Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos) 2008 (actualizadas en 2020), art 22.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008, actualizadas en 2018), reglas 5, 31 in fine, 40, 76 y 78.

Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos, ONG Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003).

7 Código Procesal Penal de la Nación (arts. 250 bis y 250 ter, víctimas de delitos sexuales); Código Procesal Penal Federal (art. 164); Ley 27.372 (arts. 6, 15 e); Ley 27149, art 43 y ss.; resoluciones del Ministerio Público Fiscal PGN nros. 95/98, 25/99, 43/99, 46/00, 174/08, 8/09, 58/09, 59/09, 94/09, 12/10, 35/12, 3147/16, 1232/17, 95/18, 72/19, 53/21; y del Ministerio Público de la Defensa DGN nros. 251/13, 928/13, 807/22.

8 Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29-7-1988, párr. 164 y 169; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Sentencia de 20-1-1989, párr. 173 y párr. 178.

9 Caso “Velásquez Rodríguez”, supra nota 8, párr. 164; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, supra nota 8, párr. 173.

10 Caso “Velásquez Rodríguez”, supra nota 8, párr. 172; Caso “Godínez Cruz”, supra nota 8, párr. 182.

2021, p. 26). El cumplimiento de su deber de garantía de los derechos humanos le impone, además, la manda de organizar la estructura y funcionamiento de los poderes de modo que aseguren el pleno ejercicio de tales derechos¹¹. Esa manda excede la pauta contenida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en tanto exige no sólo la adecuación normativa, sino por parte del poder público una “conducta” que asegure tales derechos “en la realidad”¹² y “el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma”¹³.

Tales mandatos fueron reiterados en otros fallos de la CorteIDH, en los que se imputó al Estado la falta de debida diligencia, corporizada en las acciones o en la inacción de su sistema judicial¹⁴. Pero fue recién en la sentencia “Villagran Morales” -la primera en que la Corte establece una condena por la violación al artículo 19 de la CADH- donde se pone de resalto la especial gravedad que revisten las violaciones a los derechos humanos cuando se trata de NNyA¹⁵, confirmando así la obligación de adoptar medidas de protección especial a su respecto.

La sentencia establece un estándar muy significativo: el derecho a la vida comprende “el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁶. Y si bien no avanza en el contenido y alcance de las medidas que darían satisfac-

11 Caso “Velásquez Rodríguez”, supra nota 8, párr. 166; Caso “Godínez Cruz”, supra nota 8, párr. 175.

12 Caso “Velásquez Rodríguez”, supra nota 8, párr. 167 y 168.

13 Caso Rosendo Cantú y otra Vs México. Sentencia de 31-8-2010, párr. 218

14 Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, Sentencia de 21-1-1994, voto disidente de los jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y CançadoTrindade, párr. 4, Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Sentencia de 8-12-1995, párr. 56, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25-11-2003, párr. 203 y 204; Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7-9-2004, voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade párr. 26; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia Sentencia de 5-7-2004, párr. 140; Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 1-3-2005, párr. 65 y 83.

15 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19-11-1999, párr. 146 y 191.

16 Caso “Villagrán Morales”, supra nota 15, párr. 144.

ción a tal requerimiento, incorpora como fuente de interpretación del Artículo 19 al conjunto del corpus iuris internacional de protección de la niñez¹⁷. Dicho corpus iuris, así, “sirve para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes”¹⁸.

En punto a ello cabe recordar que la CDN -instrumento esencial del referido corpus iuris- establece que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar” -tal sería el caso de los NNyA cuyos responsables a cargo exclusivo se hallen encarcelados/as- “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” (artículo 20.1.) y que para esos NNyA los Estados “garantizarán (...) otros tipos de cuidados” (artículo 20.2).

La CorteIDH avanzó aún más respecto de la debida diligencia en el tratamiento judicial de NNyA. En el fallo “Rosendo Cantú” establece que el deber de debida diligencia respecto NNyA debe considerarse “reforzado”, lo que supone “asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad” y “tomar medidas o cuidados especiales”¹⁹.

Se trata entonces de una Justicia empática con la vulnerabilidad de NNyA, que aplique un empeño mayor y diferenciado en el tratamiento de cualquier cuestión que los involucre; una Justicia cuidadosa de la protección de sus derechos en las actuaciones que le caben, aunque no se traten específicamente de ellos/as; una Justicia que de ese modo cumplimente lo que la misma CorteIDH señala en “Rosendo Cantú”: “La obligación de proteger el interés superior de los niños existe para el Estado durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados”²⁰.

17 Caso “Villagrán Morales”, supra nota 15, párr. 194; Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, Sentencia de 8-3-2018, párr. 42.

18 “Caso V.R.P., V.P.C.”, supra nota 17, párr. 155.

19 Caso “Rosendo Cantú”, párr. 201; Caso “V.R.P., V.P.C.”, supra nota 17, párr. 155.

20 Caso “Rosendo Cantú”, supra nota 13, párr. 201, con referencia a Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12. El derecho del niño a ser escuchado (2009), párr. 70; CorteIDH, Caso Familia Barrios Vs Venezuela, sentencia del 24 de noviembre de 2011, párr. 55.

3. Deber de los Estados de protección especial de NNAPEs

Obviamente el colectivo de NNyA -a quienes debemos protección especial- comprende a los/as NNAPEs. Podemos categorizar a éstos/as en 3 grupos diferentes:

- a.- Niños/as de hasta 5 años, en función de cuyo cuidado la madre encarcelada puede solicitar un arresto domiciliario (ley 24.660, art. 32, inc. f)
- b.- Niños/as de hasta 4 años, convivientes con sus madres en las unidades penales (ley 24.660, art. 195).
- c.- Los restantes NNAPEs, quienes quedan residiendo extramuros; ellos/as constituyen la inmensa mayoría y carecen de norma protectoria específica alguna.

Dentro de este tercer grupo, quienes se hallaban a cargo exclusivo de la o las personas detenidas configuran un “subgrupo” en especialísima situación de vulnerabilidad. Tal es el caso cuando se detiene a madres jefas de hogares monoparentales o a ambos miembros de una pareja parental, ocasión en que NNyA pierden de modo abrupto y forzado su/s cuidador/es primario/s, quedando su destino -en el mejor de los casos- librado a la buena voluntad de terceros.

El *soft law* de NNyA comenzó a sumar en 1988 recomendaciones específicas respecto de NNAPEs. En ellas se reclama a los Estados “la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a menores” y que velen especialmente por el cuidado “de los niños que hayan quedado privados de supervisión”²¹. Se los insta a que los/as protejan contra toda forma de violencia, incluso “el maltrato por la policía, otras autoridades y empleados encargados de hacer cumplir la ley”²². En relación a “niños

21 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante “Resolución AG”) n° 43/173 “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (1988) Principio 31.

22 Resolución AG n° 57/190 (2003), párr. 26

cuyos padres han sido acusados o son culpables de infringir la legislación penal”, se los exhorta “a que presten atención a los efectos que tienen en los niños la detención o el encarcelamiento de los padres” y, junto con la priorización de medidas no privativas de la libertad de las personas que sean “únicas o principales cuidadoras de un niño”, a que “determinen y promuevan buenas prácticas en relación con las necesidades [...] de los lactantes y niños afectados”²³. Dicha recomendación es reiterada posteriormente respecto de “hijos de personas acusadas, procesadas o condenadas por haber infringido las leyes penales”, a quienes se considera “niños afectados por la detención y encarcelamiento de los padres”²⁴.

En otros ámbitos, los Estados partes de Naciones Unidas, en relación a las respuestas a dar a “las necesidades de los hijos de los reclusos”, destacaron que deben tenerse en cuenta “los derechos humanos y el interés superior de los niños”²⁵

Las Reglas de Bangkok²⁶, por su parte, recomiendan la imposición de sentencias no privativas de la libertad respecto de mujeres encarceladas que tienen niños/as a cargo, y si “el delito es grave o violento o ellas representarían un peligro permanente”, la imposición de penas privativas de la libertad “pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten las disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, a fin de generar orientación política y práctica a los Estados, convocó en 2011 a representantes de gobiernos, organismos especializados y expertos para debatir sobre derechos y necesidades específicos de los NNyA

23 Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “Resolución HRC”) n° 7/29 (2008), párr. 33.

24 Resolución AG n° 63/241 (2009), párr. 47.

25 “Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución” Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Brasil (2010), párr. 26.

26 Resolución n° 65/229 “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, (2011) Regla 64.

afectados/as por el sistema de justicia penal con motivo del encarcelamiento de sus responsables. Respecto NNyA que quedan extramuros el Comité, entre otras recomendaciones, enfatizó la necesidad de registrar su existencia “al principio del proceso de justicia penal” y que esa información sea “compartida apropiadamente para habilitar el soporte adecuado para los niños”; resaltó “el descuido frecuente de los derechos del niño en el contexto de la detención” y planteó que “los encargados de hacer cumplir la ley” sean entrenados acerca de “los derechos del niño en situaciones que implican la detención del padre y/o cuidadores primarios”²⁷. Con anterioridad había consignado entre las obligaciones de los Estados el “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos” incluyendo entre los obligados a “los sistemas judiciales”²⁸. Más adelante alertaría también sobre “los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”, alentando la aplicación “caso por caso” de alternativas a la privación de libertad²⁹.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas retomó lo trabajado en el debate de 2011, recomendando a los Estados “que tengan plenamente en cuenta las recomendaciones formuladas” y los instó a que “reconozcan, promuevan y protejan los derechos del niño afectado por la reclusión de sus padres, en particular el derecho a que su interés superior se incluya como cuestión importante en las deci-

27 Committee on the Rights of the Child, 30 de septiembre de 2011, Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents”, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf> Sin traducción oficial. Traducción realizada por la Plataforma NNAPes disponible en <https://www.nnapes.org/wp-content/uploads/2021/09/COMITE-DE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-30-de-septiembre-2011.pdf> párrafos 20 y 21.

28 Observación General N° 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, (2011) párr. 5.

29 Observación general N° 14 “Sobre el derecho del niño a que se tenga en cuenta su interés superior como consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, párr. 69.

siones relativas a la relación de uno o de ambos progenitores con el sistema de justicia penal...”³⁰.

Los sucesivos llamamientos a los Estados respecto de sus deberes en relación a los NNAPes, complementados con otros, relativos a NNyA carentes del cuidado parental³¹, fueron reiterando y ampliando las nociones referidas.

Se exhortó a los Estados a que “presten atención a los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños”, que consideren el dictado de medidas no privativas de libertad respecto de la persona única o principal que los/as cuida y que establezcan y promuevan buenas prácticas para paliar su afectación³². Se los instó a que “adopten todas las medidas que sean necesarias y eficaces [...] para prevenir toda forma de violencia contra los niños que entren en contacto con el sistema de justicia penal como víctimas o testigos”³³. Considerando que se encuentran “en situaciones particularmente vulnerables” se les insistió que “garanticen que los niños que entran en contacto con el sistema de justicia penal sean tratados de una forma adaptada a su condición de niños”, y que “cuando se detenga a un padre, tutor legal o cuidador, se tengan en cuenta los intereses superiores del niño, su cuidado y otras necesidades”³⁴. Se les requirió que “presten apoyo a los niños cuyos padres o cuidadores estén privados de libertad a fin de prevenir y hacer frente al riesgo de violencia a que puedan estar expuestos esos niños a consecuencia de los actos o la situación de los padres o cuidadores”³⁵. En tanto “niños en contacto con el sistema de justicia” se solicitó a los Estados que evalúen cómo “el sistema de justicia atiende las necesidades de los niños víctimas de la violencia y previene esa violencia, incluso con respecto al trato que esos niños

30 Resolución HRC n° 19/37 (2012), párr. 68 y 69.

31 Resoluciones AG n° 71/177, párr. 27; HRC n° 34/25, párr. 4 y 5; AG n° 73/155, párr. 7, a y 59; AG n° 74/133, párr. 34 a y, k, 35, d y q; AG n° 64/142, párr. 18, 26 y 47.

32 Resolución AG n° 68/147, párr. 56.

33 Resolución AG n° 68/189, párr. 3.

34 Naciones Unidas -Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal Informe sobre el 23° período de sesiones, supra nota 35, párr. 34, l).

35 Resolución AG n° 69/194, Anexo, párr. 23.h).

reciben del sistema”, incluyendo a los “hijos de padres encarcelados” que quedan “sin cuidado, tutela o protección”³⁶. Se reafirmó que los/as NNyA cuyos “padres u otros tutores hayan cometido un delito” deben ser “tratados como titulares de derechos y no meramente como víctimas circunstanciales del enfrentamiento de su cuidador con el sistema de justicia penal”³⁷. Se les hizo presente que “los niños privados de libertad o con padres encarcelados se encuentran entre los más marginados del mundo, viven una vida marcada por la violencia y el miedo y ven sus derechos pisoteados sistemáticamente” y “viven bajo la amenaza constante de la violencia y se ven expuestos a ella en mayor medida”³⁸.

Fue así conformándose un corpus de instrumentos legales relativos a NNAPes, considerados “niños en contacto con la justicia penal”³⁹, el que alumbra el trato que les es debido.

4. Pero... ¿pueden los/as NNAPes considerarse “involucrados” en las causas penales seguidas a los/as responsables de su cuidado? ¿Pueden ellos/as ser considerados “víctimas”?

La CorteIDH ha señalado que “...los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos, y las condiciones de vida actuales...”⁴⁰. Consecuentemente, fue ampliando el concepto de víctima, constituyendo

36 Resolución AG n° 69/194 supra nota 35, párr. 18. e, f, g y párr. 6.c.

37 Estudio Mundial sobre los Niños Privados de Libertad, encomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas -que pese a su denominación abarca la situación de los/as NNAPes- párr. 51.

38 Informe “Los niños hablan sobre los efectos de la privación de libertad: el caso de América Latina”, de la Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños de las Naciones Unidas, efectuado a pedido de la Asamblea General según lo requerido por el Comité de los Derechos del Niño (2019), “Introducción”, párr. 4; punto 3.3.; parte 5 “recomendaciones”.

39 Resolución AG n° 69/194, supra nota 35, Anexo, párr. 6 c).

40 CorteIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; “Villagrán Morales”, supra nota 15, párr. 193 y voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 3; Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28-11-12, párr. 245.

a “dicha noción en evolución” en “una categoría jurídica en abierto”⁴¹, expandiendo “tanto los parámetros de la protección debida a los justiciables, así como el círculo de personas protegidas”⁴² y dando reconocimiento judicial en diversas sentencias a tal ampliación⁴³.

El fallo “Villagran Morales” consigna algunas situaciones vitales que hacen a NNyA particularmente vulnerables y puntualiza algunas medidas debidas de protección, entre ellas “la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar” (párr. 196), entre quienes podría considerarse el caso de NNyA cuyo/s responsable/s a cargo se hallen encarcelados/as.

En distintas sentencias posteriores la CorteIDH avanzó, asimismo, en circunstancias que generan a NNyA vulnerabilidad adicional, poniéndolos en especial riesgo de victimización, lo que determina la necesidad de una mayor protección especial. Entre otras, identifica a “la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto de la victimización”. Señala que “la pobreza bien puede entenderse dentro de la categoría de ‘posición económica’ [...] o en relación con otras categorías de protección como el ‘origen [...] social’ u ‘otra condición social’, en función de su carácter multidimensional”. Esto obliga a los Estados “a adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” a fin de “garantizar a las personas o grupos en desventaja

41 Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 30-11-2007, Voto razonado del Juez A:A: Cançado Trindade párr. 59, 60 y 61.

Este fallo y “Barrios Altos Vs. Perú” (2001), sentaron un precedente jurisprudencial para toda la región. El fallo “Barrios Altos” posibilitó que en 2003 en nuestro país se anulasen las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, dando lugar a que se reabrieran los juicios por delito de lesa humanidad.

42 Caso “La Cantuta”, supra nota 40, Voto razonado del Juez A.A.Cançado Trindade, párr. 60.

43 Entre otras: Caso “Villagrán Morales”, supra nota 15, en que se reconoció como parte lesionada (artículo 63.1 de la Convención Americana in fine), a los familiares de las víctimas directas, párr. 66.; Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18-9-2003, en el que identifica a las partes lesionadas como víctimas, párr. 78 y 79.

el goce efectivo de sus derechos”⁴⁴. Sin entrar en el debate acerca del origen socioeconómico de la mayor parte de las personas privadas de la libertad en nuestro país (debate que no cabe a este artículo), parece indudable que los/as NNAPes, por la situación específica en la que se encuentran⁴⁵, integran el grupo de NNyA con particulares necesidades de protección.

La situación de los/as NNAPes fue específicamente abordada por primera vez por la CorteIDH en el caso “López”⁴⁶. Allí estableció que sus derechos fueron violados por decisiones del sistema penal -incluyendo los/as jueces intervinientes- respecto de sus responsables adultos detenidos.

Nuestro país fue condenado por el traslado de cuatro personas privadas de la libertad -dos de las cuales eran padres de NNyA- a unidades carcelarias muy distantes de donde residían sus familias y tenían sede sus defensores y autoridades de ejecución penal. En la tramitación de los pedidos interpuestos por los imputados para ser reintegrados a su provincia de origen intervinieron distintas autoridades e instancias judiciales.

La condena estableció que nuestro país había violado los derechos a la integridad personal de los detenidos, a la prohibición de que la pena trascienda de la persona del delincuente, a no sufrir injerencia arbitraria a la vida privada y de su familia, y al derecho a la familia (derechos contemplados en los artículos 5.1, 5.3, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, respecto de los adultos en relación con su artículo 1.1. y respecto de los niños/as en relación con el artículo 19)⁴⁷.

44 Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Sentencia de 15-7-2020, párr. 187, 185, 186 y 199 respectivamente.

45 Sobre las conflictivas situaciones que, en lo fáctico, atraviesan los/as NNyA cuando aquellos que les proveían cuidado son encarcelados: Zega (2023).

46 Caso López y otros Vs. Argentina, sentencia de 25-11-2019.

47 La especificidad que en algún grado han ido adquiriendo los derechos de NNAPes en la jurisprudencia de la CorteIDH se refleja en que en pocos años antes dicho tribunal trató un caso también referido, entre otras víctimas, a un adulto privado de libertad y alojado a gran distancia de su hogar familiar. Pese a que la víctima tenía 5 hijos menores de edad, la afectación a éstos no fue tratada y la condena versó sobre la violación al derecho a la protección a la familia respecto del adulto encarcelado

Sobre el traslado de los detenidos lejos de sus hogares familiares, la Corte señaló su especial gravedad porque “se afectaron derechos de sus hijos menores de edad en ese momento” (párr. 159). Remarcó que “...las resoluciones de los jueces que intervinieron [...] no llevaron a cabo un examen de la situación particular de separación de las familias, de los hijos menores...” (párrafo 170). Reafirmó que “las injerencias al derecho a la vida familiar recubren mayor gravedad cuando afectan los derechos de las niñas y niños” (párr.171). Hizo presente al Estado argentino que “el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso”; que la CDN establece que “éste requiere cuidados y asistencia especiales”; y que el artículo 19 de la CADH señala que debe recibir “medidas especiales de protección” (párrafo 172). Sobre el deber incumplido en torno al traslado señala “Lo que se requiere [...] era una ponderación por parte de las autoridades administrativas y judiciales sobre el efecto de dichas medidas en el desarrollo, vida privada y familiar de los niños” (párrafo 173); y respecto de las decisiones adoptadas añade “era necesario que [...] las autoridades estatales expresamente consideraran y justificaran [...] cómo se habían ponderado los intereses de niñas y niños frente a otras consideraciones” (párrafo 174).

En concreto, en “López y otros”, en un fallo en el que la controversia ni siquiera versó directamente sobre NNyA, sino sobre adultos encarcelados, la CorteIDH condenó a nuestro país, entre otras razones, por la ceguera judicial respecto de la violación de derechos de NNyA ocasionada por medidas adoptadas respecto de sus responsables privados de libertad.

Si dicho fallo aborda -y condena- la desatención judicial en un caso de NNAPes convivientes con su madre, en el fallo “Valencia Campos”⁴⁸ la Corte avanza sobre la debida diligencia reforzada que cabe respecto de un subgrupo específico de NNAPes, el más vulnerable: el

(artículo 17.1 de la CADH). Caso “Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) Vs Chile” - Sentencia de 29-05-2014.

48 Caso Valencia Campos y otros Vs Bolivia - Sentencia de 18 de octubre de 2022, párr. 150, 155, 156, 216 y 220.

de NNyA que se hallan a cargo exclusivo de las personas detenidas. Y lo hace enfocándose en uno de los momentos más críticos del proceso penal: la detención de sus responsables adultos/as.

Entre otros, como fundamentos de la condena señala que “[...] con la privación de libertad de sus familiares, los niños y adolescentes quedaron en una situación de desamparo que no fue atendida por el Estado[...]”; que éste “[...]no tomó medidas para asegurarse que los niños y adolescentes que fueron detenidos durante el allanamiento fueran recibidos por familiares o personas aptas para garantizar su protección luego de su liberación, tomando en cuenta que sus padres se encontraban privados de libertad[...]”; que no consta que se tomara “[...]alguna medida para que el adolescente fuera recogido o albergado por algún familiar o puesto bajo el cuidado de una institución estatal[...]”; y concluye que “[...]los agentes estatales, en el caso concreto, no respetaron sus obligaciones reforzadas de proteger a los niños, niñas y adolescentes que estaban presentes en el momento del allanamiento, y que, por el contrario, cometieron conductas que violentaron sus derechos[...]”.

Por las violaciones declaradas a los derechos de NNyA ordena al Estado condenado “[...]la revisión y actualización de los protocolos existentes para el tratamiento de los **niños, niñas y adolescentes que intervengan en procesos judiciales**, ya sea como imputados, testigos o **como familiares de imputados** [...]”⁴⁹.

En “Valencia Campos” no es Argentina el Estado condenado. Pero, como fue señalado, las sentencias de la CorteIDH tienen un efecto expansivo por el cual sus conceptos se expanden del caso juzgado a todos los similares en el mismo Estado (tal sería debiera ser el caso de “López y otros Vs. Argentina”) y fuera de éste *erga omnes*, cuanto menos como guía para la interpretación de la CDN (Hitters, 2008). En este caso, además, la Corte lee lo sucedido a la luz de “lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Conven-

⁴⁹ “Valencia Campos”, supra nota párr. 314. El resaltado es propio.

ción sobre Derechos del Niño”⁵⁰, ambas de jerarquía constitucional en nuestro país.

5. Más allá de las normas

Los instrumentos jurídicos consignados debieran bastar para que todos/as los/as operadores en contacto, aunque sea tangencialmente, con NNAPes -incluida la justicia penal- diésemos cumplimiento al mandato reforzado de su protección especial.

No obstante, la experiencia nos dice que ellos/as resultan invisibles para el fuero penal, pese a que sus vidas pueden verse decisivamente afectadas por las decisiones jurisdiccionales adoptadas respecto de sus responsables. Las condenas dictadas por la CorteIDH no parecen haber abierto los ojos de la justicia penal al respecto, y la afectación de los derechos de los/as NNAPes, si consiguen hacerse visibles, continúa apareciendo como una cuestión ajena, atinente al ámbito familiar, por completo impropia en el ámbito penal.

¿Qué motiva esa ceguera? ¿Cómo resolverla?

6. Algunos obstáculos epistémicos

Podemos pensar que la imposibilidad de advertir la existencia de NNyA que transitan por los costados de las causas penales seguidas a sus responsables y son atravesados/as por éstas es fruto de la ideología de muchos/as operadores penales, acostumbrados/as a la enorme distancia social que los/as separa de la mayor parte de las personas detenidas.

Podríamos también buscar una explicación en algunas ideas y sentimientos invisibles que alimentan y articulan nuestros procedimientos judiciales..., nuestros prejuicios inadvertidos. Quizá pensemos que si una mujer es capaz de cometer un delito, arriesgándose a que la separen de sus hijos/as, no se merecería criarlos. O que un padre que da a sus niños/as “el mal ejemplo” de delinquir no merece ser tenido

50 “Valencia Campos”, supra nota párr. 148.

en cuenta como tal. O quizá no nos parezca tan grave la situación en la que quedan, muchos/as de ellos/as cuidados/as por gente ajena y pensemos que esos/as NNyA posiblemente estén acostumbrados/as a los sobresaltos y a las limitaciones.

Posiblemente concluyamos que si sus responsables encarcelados/as están imposibilitados/as de su cuidado, es un problema en el que no nos corresponde intervenir, y que el rol del Estado a su respecto se limita a la actuación de algún organismo proteccional... si es que tienen la suerte de que la noticia del caso llegue hasta éste. O quizá simplemente siempre dimos por sentado que es un tema que a los/as operadores penales no nos atañe (es conocido que la inercia de estructuras burocráticas alienta la costumbre del “siempre se hizo así”, rutinizando la actuación).

Podemos aventurar otras conjeturas en esta línea, pero el problema excede particularidades y posibles prejuicios personales. Ellas tampoco llegarían a explicar la ceguera respecto de NNAPes de tantos/as que se esfuerzan por cumplir su función judicial a conciencia dando lo mejor de sí. La cuestión es general, la mirada debe entonces correrse de lo particular (cada operador) hacia lo institucional (la cultura que anima al fuero penal).

Sabemos que el rol del Estado en lo atinente a la concreción de los derechos humanos tiene dos vertientes: el deber de omisión (no violar derechos y garantías) y el deber de cumplimiento o de prestación (adoptar las medidas que permitan a las personas gozar de tales derechos). Quienes nos formamos en lo penal (y creemos en el Estado de derecho) tuvimos siempre la mirada puesta en los derechos y garantías del imputado/a, los que importan, como límite a la actuación del Estado, el deber de éste de “no hacer”. El enfoque desde el que los/as operadores penales entendemos la realidad con que trabajamos enfoca a las libertades negativas antes que a las positivas, está en nuestro ADN institucional.

Pero cuando se trata de NNyA el deber central del Estado es el deber de prestación (Beloff, 2018), la obligación de hacer. La CorteIDH

así lo ha señalado en referencia al artículo 19 de la CADH: “las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. [...] abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”⁵¹.

Esto es así siempre que se trate de NNyA, siempre; incluso los/as que se hallan penalmente imputados (lo que no importa en modo alguno desconocer para ellos/as la absoluta necesidad del respeto a las garantías constitucionales en los procesos penales que se les siguen).

La identificación -incorrecta- operada en nuestro país entre protección CDN y cuestión penal juvenil también obstaculiza la incorporación de aquel precepto protectorio a la cultura judicial penal. Señala Beloff (2015) que el modo en que la CDN fue interpretada en Latinoamérica (al que ella conceptúa como “traducción latinoamericana” de dicho tratado) padeció un “doble reduccionismo”: por un lado un reduccionismo legal, lo que en el discurso instalado “reduce los derechos humanos a un tema de formalidades legales que, además, es monopolizado por las prácticas y saberes jurídicos” y, por otro lado, dentro de dicho reduccionismo legal, la puesta en foco prioritariamente de la cuestión penal, entendiéndose por ésta el trato a dispensar por parte del Estado al adolescente infractor desde el punto de vista de sus garantías penales y procesales. Ello dejó fuera del radar el conjunto de derechos de NNyA (los que exceden largamente la cuestión legal del adolescente infractor) y obtuvo la posibilidad de fortalecer la CDN en el ámbito local (cuanto menos a nivel discursivo) “como un avance sustancial en términos de exigibilidad”.

A esas cuestiones se suman los efectos de la formación que recibimos la mayor parte de los/as abogados/as, basada “en una conceptualización normativa, teórica y dogmática del derecho, visto como un conjunto abstracto y coherente de normas, separado de la esfera

51 Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Sentencia de 2-9-2004, párr. 149.

social, económica y política” (Ramallo, 2020, p. 10). Los contenidos de la carrera en general se imparten e incorporan de modo segmentado, en una doble fragmentación: “no sólo existe una fragmentación entre ramas del derecho, que se enseñan como partes aisladas de problemas diferentes, sino también una fragmentación del derecho respecto de otras ciencias sociales, como la psicología, antropología, historia, economía, sociología, etc.” (Molina *et al.*, 2015). El Derecho se nos convierte así en un conocimiento autónomo, formalista, de normas autosuficientes obrantes en códigos y leyes, desencarnado⁵². Y nos recibimos formateados en el hábito de diseccionar situaciones complejas de múltiples aristas, enfocando nuestros ojos sólo a la parcela que “nos toca”, ciegos a las implicancias de nuestras acciones.

Obviamente es esencial para nuestro *metier* conocer las normas y dominar la dogmática penal que nos limita y restringe nuestra discrecionalidad; pero ello no debiera ir en contra de una mirada ampliada que nos permita descubrir a las personas tras los expedientes, particularmente cuando se trata de NNyA.

7. En busca de una salida

Cuando se trata de NNyA y su interés superior, la decisión puede estar “[...] llena de subjetividades y depende de la escala de valores del juez, de su formación ideológica, de su experiencia de vida, como así también de quienes participan en la decisión [...]”⁵³. Esto, particularmente en un fuero en el que tal materia es percibida como completamente ajena y en cuya cotidianeidad el recorrido experiencial al respecto resulta inexistente. Es así comprensible que los/as NNAPes resulten invisibles para jueces y operadores cuyo día a día transcurre entre adul-

52 En relación a esta mirada sobre el derecho, Leandro González (2023, p. 88) ejemplifica que en los fallos judiciales se observa “un protagonismo desmesurado a temas vinculados con la teoría del delito y relegando a un segundo orden las cuestiones relacionadas con las pautas mensurativas de la pena”, cuya fijación resulta “clave y trascendental tanto para quien debe soportarla como para el resto de la sociedad que se encuentre interesada en la actuación del Estado en su dimensión represiva”.

53 Caso Forneron e Hija Vs. Argentina, Sentencia de 27-4- 2012, párr. 37.

tos/as imputados/as y transita por decisiones de carácter legal (que también exceden ese marco e impactan más allá de la norma, pero eso es tema para otro artículo...).

Podemos pedir a los/as jueces penales mayor apertura mental, un cambio actitudinal, mayor versatilidad para conciliar las aristas “diferentes” del caso concreto con las decisiones que les caben por su función; en síntesis, un mayor compromiso con los/as NNAPes afectados/as por sus decisiones. Seguramente hay quienes exhiben ya esa disposición y actúan de ese modo. Del resto, algunos/as quizás responderán favorablemente... algunos/as quizás no. Los derechos de los NNyA no pueden quedar librados al azar de cruzarse en su camino con los primeros.

Por supuesto es necesario remover los obstáculos que en la cultura institucional del fuero penal convalidan la desprotección de NNyA; pero ésa es una labor ardua, larga y difícil, y los derechos de éstos/as no pueden esperar. Ellos/as merecen ser tenidos en cuenta por una justicia que hoy no les abre las puertas y les resulta inaccesible⁵⁴.

Es aquí cuando, paradójicamente, entra en juego el valor ordenador de la Ley y su potencia performativa. Nos referimos a la generación de normas y protocolos para la justicia penal referidos a esta cuestión.

La misma CorteIDH señala ese valor⁵⁵:

La jurisprudencia [...] refería al artículo 24 de la Convención en la medida que, en el caso concreto, una norma fuera aplicada de manera arbitraria; pero no abordaba cómo la falta de normas [...] o la insuficiencia/ineficacia de las mismas [...] impactaba en la “igual protección de la ley [...]”.

54 El Comité de Derechos del Niño está preparando una Observación General (la nº 27) sobre Acceso a la Justicia. Ello, considerando que “todos los derechos del niño deben considerarse justiciables” (párr. 5) y buscando fortalecer a NNyA, entre ellos/as “quienes están involucrados en los procesos de justicia” Párr. 10. Traducción propia. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/crc/gcomments/gc27/2023-01-31-gc27-concept-note.pdf>

55 Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús, supra nota 44, Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 106 y 109.

[...] desde el artículo 24 de la Convención, existen, para garantizar los derechos, obligaciones positivas. Esas obligaciones positivas se deben traducir, por ejemplo, en [...] adoptar normativa que responda a las situaciones particulares de hecho de grupos excluidos sistemáticamente [...].

Es claro que las normas, *per se*, no cambian la realidad; pero generan prácticas para su aplicación en el caso concreto. Para que el círculo virtuoso entre norma y práctica pueda echarse a andar, la norma es esencial, pero tanto o más lo es la práctica que la aplica. Dice González (2023, p. 92):

Estas prácticas no son aisladas sino, por el contrario, conocidas, compartidas, sostenidas, poco criticadas y menos analizadas por los operadores jurídicos. Las mismas se transmiten a los nuevos profesionales como un cuerpo de conocimientos básicos sin los cuales no podrían ejercer su actividad y lo relevante es que muchas veces logran cambiar el sentido de las normas. La incidencia de esas prácticas al interior del campo jurídico, habilitan a suponer que en realidad son las que configuran el real funcionamiento de la aplicación de normas en el ámbito judicial.

Para que la práctica resulte coherente con la finalidad a la que la norma se dirige y tenga chance, no sólo de cumplirse adecuadamente, sino también de enriquecerla, debe fundarse en la escucha de aquellos que deberán aplicarlas, en el respeto a su experticia y en el conocimiento y comprensión de sus objeciones. El proceso de aplicación, además, debe acompañarse de capacitación⁵⁶ y debe ser guiado, con-

56 Señala la CorteIDH: “En el pasado esta Corte se ha referido a la importancia de la capacitación de los funcionarios públicos en esta materia, indicando que no basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”; Caso “Fornerón”, supra nota 53, párr. 181, Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr0 79.

tenido, supervisado y corregido en base a la misma experiencia, recuperada de la voz de las personas involucradas.

8. Pero... ¿qué normas o protocolos dictar?

8.a. Pensando en el fuero penal

Muchas y diversas son las situaciones en que la vida de NNAPes puede ser impactada por decisiones judiciales. Algunas personas presas sufrirán traslados que las separen de sus hijos/as, como los protagonistas del fallo “López”; otras podrán cursar su privación de libertad cerca de ellos/as. Los NNyA a cargo de otras quizá sean conducidos/as junto a éstas al ámbito policial de detención y tras ser liberados/as sin que se adopte medida alguna para ponerlos en custodia de un familiar o institución, queden librados a su suerte, como los/as NNyA del fallo “Valencia Campos”. Algunas personas detenidas gozarán del arresto domiciliario junto a sus hijos/as, otras no. Algunas serán condenadas; otras serán sobreesas o absueltas y volverán al hogar. Pero todas esas personas, todas sin excepción, habrán sido detenidas a disposición de un/a juez/a penal.

Las “medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19 [,,] deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”⁵⁷. No compete a los/as jueces penales dictar medida alguna respecto de NNyA que no están sujetos/as a su jurisdicción: la ley no se los permite⁵⁸. Son otros ámbitos, ajenos a lo penal⁵⁹, quienes deberán evaluar esas “circunstancias particulares”. Pero para que esos espacios intervengan tienen que ser noticiados de la existencia de NNAPes, y para ello, antes, los/as jueces deben anoticiarse.

57 Caso “Fornerón”, supra nota 53, párr. 45. En igual sentido: Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24-2-2011, párr. 121. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24-2-2012, párr. 196.

58 En nuestro país la competencia sobre la restitución de derechos vulnerados corresponde al sistema proteccionista dependiente del poder administrador (ley 26.061).
59 La CorteIDH señaló que la protección reforzada de los derechos de NNyA requiere “la actuación multidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento”. “Caso V.R.P., V.P.C.”, supra nota 17, párr.164.

Por ello, la norma protectoria debiera simplemente conducir a la Justicia penal de mayores a conocer que esos/as NNyA existen, a cuidar sus derechos en la emergencia de la detención de sus responsables y a buscar para ellos/as el auxilio de las instancias competentes.

Normas de ese tenor, que guíen la actuación de los/as operadores penales en un terreno no habitual y sentido como ajeno, como el de NNyA y sus derechos, pueden generar una espiral virtuosa de habitualidad respecto de su existencia y derechos y facilitar que sean tenidos en cuenta en los procesos penales. Otros fueros (por caso el penal juvenil, o el de familia) tienen incorporado en su cultura institucional el vínculo con ámbitos extrajudiciales e interdisciplinarios que pueden prestar asistencia a NNyA, pero la Justicia penal de mayores no. Protocolos que indiquen a ésta cómo articular con dichos ámbitos (“derivar el caso” en la jerga tribunalicia) facilitarán que la tarea no sea sentida como una carga extra ajena, injusta e incumplible.

8.b. Pensando en los/as NNyA destinatarios

Existen ya en el campo judicial experiencias exitosas de normas dirigidas a la salvaguarda de derechos de NNAPes, apuntadas a la coyuntura de la detención y momentos posteriores, los que resultan críticos en relación a la posible vulneración de tales derechos.

8.b.1. Para un/a NNyA no es lo mismo estar a cargo de una pareja de la que sólo un miembro es detenido/a, que depender del cuidado de una persona sola (en general una mujer) que es arrestada o que, en el primer caso, ambos miembros de la pareja parental resulten privados de la libertad. Dentro del colectivo de NNAPes, quienes se hallaban a cargo exclusivo de la o las personas detenidas -quedando al momento de la detención de modo abrupto sin responsable/s de su suerte- configuran un “subgrupo” en especialísima situación de vulnerabilidad.

Respecto de ellos/as la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictó en 1997 una norma, aún vigente⁶⁰.

Advirtiendo que las normas protectoras de NNyA existían, pero no eran aplicadas cuando se detenía a una persona, la cámara entendió que el problema central radicaba en que los/as magistrados/as no sólo desconocían la existencia de esos/as NNyA, sino que no estaban obligados/as a enterarse de ella.

La norma impone a jueces de su dependencia el deber, al procederse a la detención de una persona, de tomar conocimiento de si ésta tiene NNyA a su cargo exclusivo. Si los/as hay, adoptar las medidas que sean necesarias en lo inmediato para su salvaguarda, fundamentalmente su entrega al cuidado de un adulto/a designado/a por la persona detenida (esto, en el mismo momento de la detención). Y dar intervención al organismo proteccional, para que éste continúe con la asistencia y apoyo que resultaren necesarios a NNyA y sus nuevos/as responsables.

De todo ello las fuerzas preventivas que actúan en el procedimiento deben dejar constancia en actas; esto posibilita controlar que dichas fuerzas cumplan con lo establecido, y permite también el conocimiento por parte de los/as otros/as actores judiciales (fiscales, defensores y asesores de menores e incapaces), como el monitoreo del cumplimiento de la medida por parte de esa cámara cuando las causas son remitidas en apelación.

El ejercicio de aplicación de la norma permitió identificar las alternativas más comunes y las situaciones “anómalas” que pueden suscitarse, al igual que las mejores formas de derivación. Se reunieron entonces, las buenas prácticas de actuación recogidas de los/as operadores, a modo de protocolo para con ellas mejor orientar al conjunto⁶¹.

60 Acordada CFASM N° 40/97 “Protección jurídica de menores de edad e incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas”. <https://www.csjn.gov.ar/bgd/documentos/descargar?ID=90495>

61 Guía orientativa para la implementación de la Ac.CFASM 40/97”. <https://www.csjn.gov.ar/bgd/documentos/descargar?ID=90496>

En base a esa experiencia, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación un proyecto de acordada que replica la norma mencionada, extendiendo los deberes referidos a todos/as los/as jueces nacionales y federales con competencia penal.

8.b.2. El Ministerio Público Tutelar de la CABA (MPT) estableció en 2021, como uno de sus ejes de gestión⁶², la intervención respecto de distintas problemáticas que afectan a NNyA con al menos uno de sus progenitores privado/a de la libertad.

En coordinación con el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio Público Fiscal, y el Consejo de la Magistratura, implementó una prueba piloto en 10 juzgados penales de la Ciudad⁶³. En ellos se consulta a las personas detenidas si tienen a su cargo NNyA y, de ser así, se solicitan los datos de quien haya quedado a cargo de éstos/as, información que se pone en conocimiento del Ministerio Público Tutelar.

Los equipos de éste, entonces, contactan a quien ha quedado a cargo de esos/as NNAPes, se informan de su situación y, de serles requerido, realizan el acompañamiento necesario para la protección y restitución de sus derechos, principalmente, salud, educación, identidad, seguridad social y alimentación (gestión de vacantes escolares, turnos médicos, turnos para la atención de la salud mental, documentación, provisión de alimentos y otras ayudas asistenciales, como subsidios habitacionales, AUH y becas Progresar). A esos fines el Programa articula con redes territoriales y comunitarias de la sociedad civil y con organismos públicos, según lo requiera cada caso.

62 Ministerio Público Tutelar de CABA, Nuestras Funciones. <https://drive.google.com/file/d/1vMsnN4Uxb7lx5Afm7YluFGxtqR-1Hh8e/view?usp=sharing>

63 Res AGT 209/2021 Asesoría General Tutelar de CABA. <https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/Resoluci%C3%B3n%20AGT%20N%C2%BA%20209-2021.pdf>
Convenio Prueba Piloto y Guía de Intervención Judicial. <https://drive.google.com/file/d/1XV7yzbsNYZs2pD9KMDR0Jzysw0zP4GN1/view?usp=sharing>

8.c.- Normas que rigen a fuerzas auxiliares de la Justicia penal

Se describe en lo pertinente las de Nación y Provincia de Buenos Aires, atento a que esas jurisdicciones concentran la mayor parte de las personas detenidas.

8.c.1. En Nación las fuerzas policiales y de seguridad (Policía Federal, Prefectura Nacional, Gendarmería Nacional y Policía de Seguridad Aeroportuaria) se rigen por un protocolo⁶⁴ para las intervenciones respecto de NNyA presuntamente infractores o víctimas.

Respecto de procedimientos que tengan o no como protagonistas a NNyA dispone que para su integridad física y emocional se articule con las áreas correspondientes y que cuando sea posible planificar la intervención, se requiera personal capacitado y por vía de la autoridad judicial interviniente se coordine la presencia de la autoridad administrativa proteccional competente.

Consigna, además, que si a consecuencia del procedimiento el/la NNyA quedara solo, se convoque la intervención de dicha autoridad administrativa, y si esto no fuese posible, se informe a la autoridad judicial y se sigan los pasos que ésta determine, haciendo responsable al personal actuante del cuidado e integridad hasta el arribo de otro adulto referente o de la autoridad administrativa proteccional.

Por último, remite en relación a estos procedimientos a otra norma⁶⁵, la que establece para el resguardo de NNyA que se procurará mantenerlos/as alejados/as del accionar policial, preferentemente al cuidado de un familiar o de personal idóneo, y que inmediatamente se comunicará la situación a la autoridad judicial a fin de solicitar indicaciones en relación a la guarda de los menores, las que quedarán registradas en el acta.

64 Resolución 517/2022 APN-MSG del Ministerio de Seguridad, Anexo 1, art. 19. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/268180/20220808>

65 Res 535/2017 del Ministerio de Seguridad “Protocolo General de Actuación para la realización de allanamientos y requisas personales” Anexo 1, art. 4.8.1., j <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/164891/20170612>

8.c.2. La norma que en Provincia de Buenos Aires contempla el caso de los/as NNAPeS⁶⁶ establece que de encontrarse menores de edad en el lugar a allanar, se procurará alejarlos del accionar policial permaneciendo a la guarda preferentemente de un familiar o personal idóneo, se dará inmediata comunicación a la autoridad judicial para solicitar indicaciones en relación a su guarda de los menores y las instrucciones recibidas constarán en actas (cabe suponer que conforme la normativa vigente dicha autoridad requerirá la intervención de la autoridad administrativa competente).

8.d. Algunas reflexiones sobre las normas descriptas

En la experiencia judicial de San Martín la intervención se limita a los NNyA a cargo exclusivo de personas detenidas; esto deja “afuera” los casos en que, tras la detención, los/as NNyA quedan a cargo de su cuidador/a primario/a habitual (por ejemplo, es detenido el padre y quedan en el hogar con la madre). La falta de los referentes primarios/as de cuidado es lo que motiva que se dé intervención al órgano administrativo proteccional en todos los casos. Las situaciones que abarca (detención del/la jefe/a de un hogar monoparental o de ambos miembros de una pareja a cargo del hogar) son las más dramáticas y riesgosas para los derechos de NNyA; por eso, su principal acierto es asegurarles otro adulto responsable -indicado por la persona detenida, no por el/la juez ni la fuerza prevencional- desde el primer momento de la intervención penal.

Uno de los aciertos de la experiencia del Ministerio Público Tutelar de CABA es la extensión de la intervención a todos los casos de NNyA con por lo menos alguno de sus referentes privado/a de la libertad (esto motiva que sea facultativa de quien ha quedado a cargo, de hecho, del/la NNyA). La voluntariedad de los juzgados respecto de la integración al programa seguramente facilita el desarrollo y monitoreo de la experiencia.

66 Res 2022-2354 del Ministerio de Seguridad , Anexo III, art 4., i <https://boletin.mseg.gba.gov.ar/index.aspx?idb=Fe8cuzXCNmH1dt6cKMD1iw%3D%3D>

Tanto la alzada referida como el MPT de CABA contemplan el caso de personas detenidas fuera del hogar que tienen NNyA a su cargo exclusivo y de NNyA que no se hallen presentes en el allanamiento (a diferencia de los protocolos de las fuerzas de seguridad que sólo tienen en cuenta a los/as NNyA presentes en los procedimientos). En ambos, además, interviene el área del ministerio público con competencia en asesoría de menores de edad (en el caso del MTP de CABA como actor principal, en el de la Cámara Federal de San Martín, tomando conocimiento de lo actuado, como otra instancia de control).

Pero el principal acierto de ambas disposiciones es “habituarse” al fuero penal a la existencia de NNyA vinculados/as a las causas que tramitan; esto no es poca cosa teniendo en cuenta que, a lo largo del proceso, en ese fuero se decidirán otras cuestiones respecto de las personas detenidas que afectarán la vida de esos NNyA.

Ambos organismos cuentan con equipos interdisciplinarios que intervienen en los casos en cuestión, articulando con los organismos proteccionales. Pero cualquier jurisdicción, aún sin contar con tales equipos, puede replicar estas experiencias amoldándolas a su propia ingeniería institucional. O puede crear otras, quizás mejores, orientadas al mismo fin: la salvaguarda de derecho de los/as NNAPes en los procesos penales seguidos a sus responsables.

Sólo es necesario ver que ellos/as existen (pero ver proactivamente: averiguar, conocer, anoticiarse de si existen); si en el procedimiento son privados/as de su/s cuidadores primarios/as, asegurarles la protección inmediata de otro adulto responsable y requerir la intervención del organismo proteccional competente; si continúan al cuidado de uno/a de sus referentes primarios habituales, dejar ofrecida esa intervención. Y protocolizar esos pasos para que la protección de los derechos de los/as NNAPes no quede librada a la mejor o peor voluntad de cada operador.

9. Conclusión

Hay muchas circunstancias que pueden generarle a NNyA la separación de la/s persona/s bajo cuya responsabilidad se hallan (viajes, enfermedad, muerte, abandono). El caso aquí planteado, sin embargo, adquiere ribetes diferenciales, ya que esa separación se origina en medidas adoptadas por jueces/zas en el ejercicio de sus legítimas funciones, en razón de las que los/as NNyA son forzosamente separados/as de aquellos/as de quienes dependen. Esto, sin que el responsable de tal separación forzada -el Estado, a través del Poder Judicial- adopte los recaudos indispensables para su protección.

Las investigaciones más serias realizadas en nuestro país⁶⁷ presu- mían en 2016-2017 un número entre 132.000 y 143.000 de NNAPes. En 2023 la cantidad de NNyA con al menos uno/a de sus referentes detenido/a era estimada entre 164.000 y 205.000⁶⁸. Sobre el “subgru- po” de NNyA a quienes el encarcelamiento deja sin sus cuidadores primarios/as, no hay datos. Todos esos/as NNyA han tenido un/a juez/a atravesando sus vidas.

En tal contexto ¿debe el Poder Judicial sólo depender de una de- cisión de las fuerzas prevencionales para anoticiarse de la existencia de NNyA afectados/as en los procedimientos que ordena? ¿Cuántos NNyA transitan esos procedimientos sin que quien los ordenó se en- tere? ¿Qué instancia controla la actuación y decisiones de las fuerzas sobre ellos/as? ¿Cómo se garantiza que la noticia llegue al órgano pro- tecciona correspondiente cuando es debido? ¿Cómo se decide?

Resulta altamente llamativo que el Poder Ejecutivo haya previsto protocolos -que en el caso de Nación importan un esfuerzo encomia- ble- para la salvaguarda de derechos de NNyA y que el Poder Judicial, excepción hecha de las experiencias referidas, no se lo haya planteado. Justamente el Poder Judicial, garante de los derechos de las personas.

67 Cadoni *et al.* (2019, actualizada en 2021) y PPN (2019).

68 Actualización de Luciano Cadoni, de CWS, en base a datos de World Prison Brief, disponibles en <https://www.prisonstudies.org/>

Está a tiempo. Avanzar por la senda propuesta permitirá también a la Justicia penal acercarse al cumplimiento del mandato constitucional de protección reforzada de la niñez que aún mantiene incumplido.

Bibliografía

- Beloff, M. (2015). *La interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño a más de dos décadas de su sanción*. En: Fernández, Silvia E. (Dir.), Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), Capítulo 8, Título I, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, págs. 159/172
- Beloff, M. (2018). *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Cadoni, L., Rival, J.M., Tuñón, I. (2019). *Infancia y Encarcelamiento. Condiciones de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina. Informe especial*. Educa. Disponible en <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-BDSI-Informe-Especial-Infancias-y-Encarcelamiento.pdf>
- Cadoni, L., Sánchez, M.E., y Tuñón, I. (2021). *Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPes*. Educa. <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf>
- De La Herrán Ruiz-Mateos, S. (2021). Estudio comparado de la diligencia debida reforzada como parámetro de medición de la respuesta institucional a la violencia de género, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 25-48, <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/8070>

- González, I. (2023). “El aporte de las ciencias sociales al abordaje de las prácticas judiciales en materia penal”. En *Tristes tópicos judiciales: el trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes* compilación de Ezequiel Kostenwein. La Plata: EDULP, pp. 81 a 99. <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/view/2135/2771/7271-1>
- Hitters, J.C. (2008). *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>
- Molina, S *et al.* (2015). Reflexiones sobre la enseñanza universitaria del derecho y su impacto en la formación de operadores jurídicos, *Revista Pensamiento Penal*, octubre 2015, doctrina 42170. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42170.pdf>
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>
- Ramallo, M. (2020). La tradición formalista en la enseñanza del derecho y su impacto en la formación práctica: Estudio de caso del patrocinio jurídico de la Universidad de Buenos Aires, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 7. num. 1. Pp. 9-41. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/169523/CONICET_Digital_Nro.14e76a1f-f664-4469-bd01-2db946a-367ca_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Zega, S. (2023). “Justicia Penal de Adultos. La deudora menos pensada de los Derechos del niño”. En *Tristes tópicos judiciales: el trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes*, compilación de Ezequiel Kostenwein. La Plata: EDULP. Pp. 406-434. <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/view/2135/2771/7271-1>

LA ETNOGRAFÍA DEL CRIMEN RITUAL DE CULTO. CONSIDERACIONES SOCIO-JURÍDICAS

José H. Miceli y Silvia M. Rios

Presentación

El crimen ritual, si bien carece de una tipificación penal, es una modalidad particular de delito grave que implica una complejidad mayor y características diferentes a los crímenes comunes que inevitablemente son advertidas y sopesadas al ingresar a ámbitos policiales y judiciales, más allá de que *a posteriori* se decida sobre su consideración como tales o no.

Porque existen individuos y grupos de personas que profesan y practican cultos criminales es que existen los crímenes rituales que son aquellos con un móvil o motivación esotérica e involucran personas elegidas sobre las que se ejerce distintos grados de violencia llegando incluso al homicidio.

En el presente trabajo se abordarán los aspectos sociojurídicos que involucran este tipo de crímenes con una perspectiva antropológica transdisciplinaria.

Los casos testigos que se utilizarán para el análisis son los homicidios ocurridos en 2006 en Mercedes, provincia de Corrientes y en 2015 en Quimilí, Departamento Moreno, Santiago del Estero, ambas provincias de Argentina. Los detalles de las acciones llevadas a cabo

cumplen dos fines: Una es dar cuenta de que acciones aisladas no revisten la misma relevancia que puestas en conjunto, pues es así que se denota una planificación y una finalidad. La segunda es que la magnitud de los sucesos, la extrema crueldad de la que obligadamente debemos dar cuenta con descripciones que pueden afectar la sensibilidad de algunas personas, deben ser conocidos porque de otro modo no es posible dimensionar ni la gravedad, ni la complejidad que reviste la investigación de este tipo de crimen.

La participación de los autores del presente artículo como expertos convocados por los poderes judiciales de las respectivas provincias donde sucedieron los hechos permite contar para el desarrollo de este trabajo con información de fuentes primarias y experiencia profesional directa.

Introducción

Aunque sea incorrecto empezar anunciando lo que no se hará, se hace necesario aclarar que el presente artículo no tiene por fin realizar un análisis jurídico de los casos tratados sino interseccionar cultura, crimen y sociedad en función de los aspectos que atañen a la justicia. La problemática sociojurídica que redundo de ello es mucho más amplia y más profunda de lo que cabe en el espacio destinado a este artículo, no obstante y ante la invisibilidad y el consecuente escaso tratamiento de este tipo de crímenes queremos esbozar algunos aspectos relevantes a fin de propiciar la continuidad de su abordaje en ámbitos académicos.

El término crimen será utilizado aquí en su acepción de delito grave (Ossorio, 1994).

La muerte ritual según Hunter y Whitten (1981) es aquella provocada intencionalmente a un humano o animal en el curso de una ceremonia o rito en honor de un dios con el objeto de satisfacer un fin particular.

El enfoque antropológico, y particularmente el etnográfico, sobre un delito grave permite conocer la conducta humana, modelada por la cultura de una comunidad actual y la distorsión por parte de sus

miembros o ajenos a ella, que con propósitos antisociales, produce desequilibrio en las relaciones y vínculos interpersonales, que llega en sus extremos a delitos graves como violación, tortura y homicidio.

La etnografía del crimen ritual de culto es el estudio descriptivo y analítico-interpretativo de los componentes de la cultura material e inmaterial contemporánea, que sistémicamente intervienen como fundamento factual y/o simbólico en la consumación de un delito grave a nivel individual o colectivo en ámbitos específicos. (Miceli, 2019)

El psiquiatra forense Robert Simon (2011) sitúa a los que denomina cultos asesinos en el extremo perverso del amplio espectro de los cultos.

En este tipo de crimen, las creencias en lo sobrenatural, míticas, mágicas, religiosas o extraterrenales son el eje vertebrador de actos delictivos que aglutinan distintos tipos de delitos como prostitución infanto-juvenil, narcotráfico, trata de personas, reducción a servidumbre, entre otras.

En el presente trabajo, el término culto es utilizado en consonancia con los lineamientos de la legislación internacional, particularmente la Declaración de la Asamblea General de 1981 que en art. 1 párrafo 4 dice: “(...) El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales que dan expresión directa a las creencias, así como a las diversas prácticas que forman parte de esos actos, incluida la construcción de lugares de culto, el uso de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de fiestas y días de descanso” (Declaración de la Asamblea General ONU, 1981, art. 1.4).

En sentido antropológico el culto es la adoración de una persona o cosa, con un panteón de deidades, con ceremonias que incluyen rituales simples o complejos. Generalmente su carácter distintivo, que sobre todo marca la diferencia con la religión, es que no poseen una estructura institucionalizada con un poder central reconocido. En el caso de las religiones instituidas, estas cuentan con un representante que ejerce el poder central y poder político en la estructura religiosa. (Poupard, 1987)

Existe una amplia casuística no sistematizada sobre la ocurrencia de este tipo de casos en el país y en el mundo, no obstante, nos referiremos a dos de los casos para los que fuimos convocados a intervenir.

Se trata de dos homicidios ocurridos en las provincias argentinas de Corrientes y Santiago del Estero respectivamente que oficiarán de casos testigo para el análisis.

En ambos casos se trabajó con una perspectiva antropológica para dilucidar en primera instancia si se trataba de un crimen ritual, para que una vez afianzada esta hipótesis, se pueda trabajar sobre la naturaleza del/los cultos intervinientes ya que ello da cuenta también de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos y su relación con los lugares de hallazgo de las víctimas, así como de todo lo que se les hizo antes, durante y después del homicidio. Ambos casos no están relacionados entre sí ni coinciden en su totalidad la naturaleza de los cultos involucrados, salvo en algunos aspectos: ambos fueron ofrendas sacrificiales por lo cual fueron previamente torturados y en el curso de su homicidio fueron extraídas la sangre y partes corporales para ser finalmente decapitados. Las víctimas eran púberes, de familias disfuncionales y contextos socioeconómicos vulnerables.

La investigación antropológica fue vital para el hallazgo porque se sabía qué buscar y distinguir lo relevante para este tipo de crimen y también para aportar a la posterior valoración jurídica de la evidencia. En el marco de una investigación interdisciplinaria, la antropología ofició como una transdisciplina para integrar en un cuerpo coherente y racional la multitud de hallazgos, testimonios y resultados investigativos policiales y judiciales de una manera útil para su resolución jurídica.

Cabe señalar que el caso de Santiago del Estero estuvo a cargo de un Juzgado de transición ya que la causa se inició antes de pasar al sistema acusatorio y dejó a este único juzgado con el sistema anterior. Ello conllevó la participación activa durante toda la investigación tanto de la jueza como de los fiscales actuantes.

La importancia de distinguirlo de entre otros crímenes no radica solo en el resultado, sino en el proceso mismo de su gestación y motivación porque es allí donde se inician los delitos concurrentes al fin último de la ritualidad criminal como son el tráfico de drogas, secuestros, prostitución infantil y juvenil, *snuff*, reducción a servidumbre, violación, abuso psicológico, tortura, manipulación y venta de órganos, hasta el asesinato.

Se ha verificado que la investigación de este tipo de crímenes de una manera convencional, separando cada delito solo por su tipo sin su integralidad como parte de un proceso, desfasados de su motivación ritual y de los fines mágico-religiosos como factores convocantes y aglutinadores, reduce y empobrece las investigaciones judiciales y policiales dejando impunes a quienes conciben, organizan, convocan, proveen medios, captan ejecutores, atraen clientes y consiguen víctimas.

Dos crímenes rituales

Caso 1. En la ciudad de Mercedes, provincia de Corrientes, NE de Argentina, el 8 de octubre de 2006 en horas de la mañana en el patio trasero de una vivienda humilde ubicada cerca de las vías, fue hallado el cadáver de Ramón Ignacio González de 12 años de edad.

Había sido decapitado y con signos evidentes de haber sido abusado sexualmente. El cadáver tenía la ropa interior parcialmente quitada y el orificio anal estaba expuesto, tenía restos de semen, excrementos y vermes. El cráneo había sido escalpelado y estaba depositado en el lado superior izquierdo del cuerpo, la pierna izquierda exhibe un corte profundo en la base de la nalga y tenía quemaduras de cigarrillos en pierna y mano izquierdas.

No había rastros de sangre como se espera tras una decapitación. En las imágenes del hallazgo así como en las de la autopsia no se observó la presencia del cuello. No se encontraron señales de las partes blandas del cráneo, ni piel, ni cuero cabelludo, a excepción de un pequeño fragmento prolijamente cortado de cuero cabelludo hallado sobre una piedra.

La psiquiatra del juzgado interviniente que estuvo en el lugar del hallazgo por un espacio de casi cuatro horas aseguró haber visto cabellos esparcidos radialmente alrededor del cadáver.

La autopsia realizada en el Instituto Médico Forense de Corrientes fue breve, atribuyó el escalpelamiento del cráneo a la acción de perros de la zona. No dio cuenta de faltante de partes anatómicas, ni tampoco de la ausencia de sangre. (Agnello y otros, 2006)

Caso 2. En la ciudad de Quimilí, Departamento Moreno, en la provincia argentina de Santiago del Estero el 2 de junio de 2016 fue hallado el cadáver de Marito Salto de 11 años de edad, en un basural ubicado en un cruce de caminos. Había sido decapitado, los miembros inferiores estaban cercenados. La cabeza había sido envuelta en 7 bolsas, los miembros fueron dejados a metros del tronco.

La autopsia en este caso, también fue escueta y con varias lagunas de información, entre ellos la data de la muerte. En las imágenes fotográficas se observaron inscripciones hechas con sangre en la pierna, dato que no fue relevado antes del acostumbrado lavado que se hacen a los occisos. La víctima tenía signos de violación y no pudieron precisar si eran o no de larga data. (Expte. 125 C, 2006)

En el Caso 1 de Mercedes, solicitamos la intervención de antropólogos forenses de la UNLP a fin de profundizar en las acciones llevadas a cabo sobre la víctima *antemortem* y *postmortem*. Concedida esta petición por parte de la justicia, se realizó la exhumación del cadáver. Los análisis antropobiológicos fueron reveladores y ofrecieron una base de sustentación importante para la hipótesis del crimen ritual elaborada desde la etnografía. Todas las acciones sobre el cuerpo antes y después de su homicidio ocurrieron en el lado izquierdo, desde el lugar de inicio de su degüello que ocurrió en vida de la víctima, como las quemaduras y cortes vitales. Se determinaron con certeza la existencia de marcas de corte antrópicas tanto en el cráneo como en la vértebra destinada a la separación de partes anatómicas. Se constató la ausencia de la 4ta., 5ta., 6ta. y 7ma. vértebras correspondientes a

la región cervical de la columna vertebral, así como de ojos, piso de boca y lengua. Fue objeto también de quemaduras, laceraciones en el lado izquierdo del cuerpo, violación y por último desangramiento (Salceda, Calandra *et al.*, 2007).

Puede presumirse una dilatación anal consecuente con un instrumento rígido y grande (empalamiento) que produjo la lesión previa determinante del comienzo de la putrefacción en las fosas ilíacas. Empalamiento que no descarta la relación sexual anal señalada por los peritos forenses.

La descripción histopatológica permite inferir que hubo signos de asfixia y también una bronco-aspiración. (...) A su vez la depleción lipídica en suprarrenales es indicativa de sufrimiento durante la agonía. (Ibídem)

Por otro lado, el trabajo policial y judicial de allanamientos, algunos de los cuales fueron en presencia de los autores del presente, obtención de declaraciones testimoniales, entrevistas etnográficas, entre otros trazaron un panorama sociocultural poblado de deidades afrobrasileñas, material escrito, publicaciones de magia negra donde se describen paso a paso procedimientos idénticos al practicado a la víctima, entre ellos el libro: *Qué es la Magia Negra* de Frances Roland (Edit. Imaginador), imágenes del Señor La Muerte, túnicas, máscaras, altares, cráneos, rastros de sangre en las viviendas de quienes están imputados en la causa confirman la práctica de culto a los cráneos y cultos de sangre de manera individual y grupal por parte de estos. Nótese que el cuerpo de la víctima no tenía sangre y testimonios posteriores describieron su uso con fines mágicos.

Para el Caso 2 de Quimilí, ocurrido diez años después, se solicitó también la participación de los antropólogos de la UNLP en ocasión de una reautopsia solicitada por la querrela constituida por familiares de la víctima, lo cual fue verbalmente concedido por la jueza interviniente, pero posteriormente decidió no convocarlos, por considerarlo innecesario y solo se realizó una nueva autopsia en la Morgue Judicial

del Superior Tribunal de Justicia de la Nación sin la intervención de antropólogos forenses. Esta omisión llevó a carecer de importante información para el trabajo antropológico, porque es dable aclarar que el análisis antropobiológico forense no se superpone sino que se complementa con el de los médicos forenses. La segunda autopsia brindó información importante: el cuerpo estaba exangüe, el cercenamiento de los miembros inferiores fue realizado en vida y lo que la primer autopsia describió como ausencia del pene de la víctima por acción de los perros la reautopsia confirmó que tanto este como los testículos fueron cercenados por acción humana, nada de lo cual fue hallado. No obstante, hubo información vital que quedó dudosa o incompleta, nos referiremos a dos de ellas por su importancia en el campo ritual: la primera autopsia estableció el corte para la decapitación entre la 3ª y 4ª vértebra, la reautopsia entre la 5ª y 6ª, lo cual nos lleva a la posibilidad de que pudieron haber faltado vértebras y no se consignó. Tampoco se estableció si la violación del niño fue reciente o de larga data. Cabe señalar que el abuso/violación en un contexto ritual tiene un significado mágico ya sea como ofrenda en sí mismo y/o como parte de un ritual más complejo, la figura de abuso ritual está considerada por psiquiatras infanto-juveniles como Irene Intebi (Cfr. Intebi, 2012).

Así arribamos a uno de los primeros nudos críticos: las instituciones de medicina forenses están atestadas de demandas de autopsias y de presiones de todo tipo para su agilización, ello resulta en autopsias rápidas y estandarizadas que en la mayor parte de los casos pasan por alto numerosos indicios que evidencian el contexto ritual de la muerte, cuestión que con toda certeza se pondrá en discusión en los estrados judiciales. La data de la muerte es otro punto que resulta controversial puesto que los médicos forenses no concurren a los lugares de hallazgo y cuando reciben el cadáver este es refrigerado para ser analizado varias horas después. Esto los excusa de brindar una data precisa de la muerte. Por otro lado, el médico policial que usualmente, no siempre, concurre al lugar de hallazgo, muchas veces entiende que esa labor corresponde a los médicos forenses del poder judicial. Esto

se puede observar en las declaraciones e informes en respuesta a los requerimientos de jueces y fiscales actuantes.

Aquí interviene la ciencia antropológica en su especialidad etnográfica para señalar que los sacrificios de ofrenda requieren un tiempo de preparación que conlleva cautiverio y generalmente torturas. La data de la muerte y el tiempo de desaparición de la víctima, entre otros varios factores, son cruciales para trabajar sobre la hipótesis de la ocurrencia o no de un ritual de sacrificio.

Etnografía de dos crímenes rituales

Las investigaciones etnográficas para el caso 1 de Mercedes iniciaron 45 días después del hallazgo y partió de la hipótesis de que el homicidio se trató de una ofrenda sacrificial. La semiótica del escenario de hallazgo arrojó los primeros indicios. La elección del lugar, la ubicación y posición del cuerpo, los vegetales del entorno, la intencionalidad manifiesta de que fuera hallado, pues no hubo maniobras para esconderlo. El análisis antroposcópico y la consecuente semiótica del cadáver en su faz particular y en contexto con el entorno fueron la base de construcción de esta hipótesis. El fragmento de cuero cabelludo observado en la escena de hallazgo, mencionado más arriba, correspondía a la zona del vértex de la víctima que es aquella parte de la cabeza donde se recibe el bautismo. (Pericia Nro. 349, 2006. División Médico-Legal. Sección Patología Legal. Dirección de Investigaciones Científicas y Pericias. Policía de la Provincia de Corrientes)

Con los avances obtenidos por investigaciones propias en el terreno y los resultados que arrojaba la investigación judicial se fue configurando todo el proceso de selección de esta y otras víctimas potenciales que debían cumplir requerimientos específicos de peso, estatura, color de ojos y debían estar bautizados, pero no haber tomado la comunión. La captación, secuestro, tortura, violación y homicidio de la víctima, así como las acciones que se sucedieron después de estos hechos criminales, fueron de autoría de un grupo sectario en formación que mixturó prácticas cúllicas afrobrasileñas, satanismo

judeocristiano, magia hispano-guaraní de gran raigambre cultural en la zona y el culto al Señor de la Muerte que deviene de la cultura tradicional de la región con gran proyección a zonas aledañas y países limítrofes. (Miceli, *op. cit.*)

Testimonios de vecinos de los imputados confirmaron estas prácticas, así como la participación compulsiva de niños que por su corta edad no podían oponer resistencia y adolescentes sobre quienes se ejercía persuasión coercitiva. Se adiestraba a niños y adolescentes en prácticas de torturas y sacrificios, a fin de reclutarlos en el ideario de la secta y utilizarlos con fines de lucro. (Expte.14.836/06, 2007)

Al cierre de la etapa de instrucción, la investigación antropológica en las dos especialidades participantes complementariamente a la investigación penal logró corroborar la hipótesis inicial.

Un año después de ocurrido el homicidio una adolescente que presenció el ritual ofreció un testimonio detallado del ritual de sacrificio y se pudo confirmar el empalamiento surgido del análisis antropobiológico, torturas con alambre de púas, ingesta de sangre de la víctima y rituales donde se consumía sangre menstrual, la utilización de la piel de su rostro como máscara, la utilización de fetos humanos, la captación por dinero de mujeres vulnerables socioeconómicamente para que, una vez embarazadas, queden en cautiverio hasta entregar al bebé nacido en término o que se le realicen abortos, los cuales serían utilizados en rituales, la realización de pornografía infantil y tráfico de estupefacientes utilizando a menores. Todo ello también como alimentadores financieros de un grupo sectario en formación. (Miceli, *op. cit.*)

Algunos de estos delitos fueron remitidos a juzgados federales y no se conoce cuáles fueron los cursos de gestión que tuvieron.

En 2015 se condenó a prisión perpetua 9 personas por “homicidio triplemente calificado por ensañamiento, alevosía, y en concurso de dos o más personas; y abuso sexual con acceso carnal y privación ilegítima de la libertad”. Un año después se dio con el paradero de dos condenados que se hallaban prófugos, lo cual elevó a 11 el total

de condenas. No obstante, en 2023 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, anuló la condena de un hombre que participó activamente en el homicidio, pero era menor de edad al momento del hecho.

Al examen, el fallo revela la existencia de una intención homicida por parte de los condenados, trasuntada en la pluralidad y dirección de las acciones asumidas y desarrolladas por cada uno de los acusados, como así también la existencia de un concierto de voluntades delictivo en la relación de prácticas pseudoreligiosas o esotéricas, que culminó con la muerte del menor. (Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 2011, p. 38)

Caso 2. Quimilí. Santiago del Estero

Las conclusiones a las que se arribaron a partir de las observaciones médico forenses es que el niño fue violado, sufrió una asfixia incompleta por estrangulación, posiblemente hasta perder el conocimiento pero no hasta causar la muerte. En vida les fueron cercenados los órganos genitales, los miembros inferiores y finalmente fue decapitado. Fue colgado de un alambre y desangrado completamente. Las investigaciones policiales y etnográficas dieron cuenta de una iniciación del menor en un culto sectario, a partir del cual, mostraba habilidades a vecinas cercanas a su edad para hacer sufrir a pajaritos y construir altares.

La incorporación de un can adiestrado oriundo de Rio Negro, junto con su entrenador, posibilitó el hallazgo de una serie de escritos, nueve en total, que daban cuenta de todo el proceso ritual, de la formación jerárquica de una secta y sobre todo de la composición del culto que profesaban. En varios allanamientos realizados se obtuvieron indicios de los distintos cultos y elementos intervinientes en el ideario de la secta.

Producto de una mixturación propia, este culto tenía como eje al demonio Belcebú, Señor de las Moscas y de los escarabajos, Señor de

la Inmundicia y al Señor de la Muerte, también incluyeron al demonio de la serie Gravity Falls, cuyo contenido presentaba varias analogías con las acciones emprendidas por el grupo sectario. Los escritos tenían dibujos y gráficos que daban cuenta de lo que pasó con el niño y de los fines que perseguían. Fue violado, su pene fue consumido al igual que su sangre con el fin de que uno de los superiores jerárquicos de la secta recuperara su virilidad.

En el ritual, tras una orgía, es vertida la sangre de la víctima que cumple una función muy importante, por eso el cadáver se halla exanguie. Con los órganos genitales cercenados que fueron convertidos en polvo de acuerdo a los escritos, esto se realiza tostándolos y machacando en un mortero o similar, se celebró el banquete del que hablan los escritos. En los papeles se observa el dibujo del cáliz donde se vertió la sangre de la víctima y con ello se consagra la ofrenda que es ofrecida a Belcebú y al Señor La Muerte. Eso sella el Pacto, establece la alianza, (los escritos mencionan el pacto sellado con sangre) de ese cáliz beben los presentes. Los papeles dicen que J consumió el pene, eso señala su rol principal en la jerarquía de la secta. La sangre humana hallada en una de su casa señala que el sacrificio y/o el ofrecimiento de la víctima como ofrenda a Belcebú y al Señor La Muerte tuvo lugar allí.

En uno de los escritos se lee: *el loco lo cortó, su sangre fluye en él, vida, muerte, marido, sangre virgen veve (bebe).*

Es muy común que en los rituales se cuente con un escribiente designado para tal fin. Es una función ritual integral al mismo. El Caso 1, de Mercedes también lo tuvo.

Sacrificios como los de India e Israel fueron extensamente descritos y comentados por los mismos practicantes (Mauss y Hubert, 2010).

Estos mismos autores sostienen que “Todo lo que forma parte del sacrificio está investido de una misma cualidad: la de ser sagrado. El sacrificio constituye un medio que tiene el profano de comunicarse con lo sagrado por la mediación de una víctima” (2010, p. 49).

Debe entenderse por eso que los papeles son sagrados tanto como lo fueron los órganos genitales y la sangre de la víctima que fueron consumidos y ese poder sagrado se lo transfirió, en sus creencias, al destinatario, a quien pidió algo y ofrendó una víctima sacrificada. Escribir es en sí mismo un encantamiento, escribir es encantar y es un método para apoderarse de la palabra viva (Van der Leew, 1964). De allí que conservarlos aun cuando supone un riesgo es condición necesaria para la eficacia del ritual de sacrificio.

En cuanto al proceso ritual, dicen los autores mencionados que el mago “no se la pasa inventando a cada paso que da. La tradición es garante de la eficacia de los gestos y de la autoridad de las ideas” (2010, p. 51). Entiéndase con ello 2 cuestiones importantes: 1. Que existen aspectos que son comunes en los ritos sacrificiales que se ven reiterados una y otra vez a lo largo de la historia y del presente. Son los que estamos resaltando aquí, más allá de que en cada lugar se editan, por así decir, los rituales con ingredientes propios. Pero el núcleo principal es, como afirmaron los autores, lo que da autoridad a las ideas y hacen que se cumplan a pesar de toda lógica racional que pueda ir en contra. 2. Lo que se toma en el sacrificio no es vida meramente como función biológica: es poder, es fuerza, es la atribución de cualidades superiores que brinda la magia. Por ello no es trofeo, no es un souvenir como los que toman muchos asesinos seriales.

Por este crimen fueron condenadas 6 personas: 2 con prisión perpetua a raíz de ser los autores materiales del homicidio triplemente calificado por alevosía, ensañamiento y el concurso premeditado de dos o más personas y privación ilegítima de la libertad, y son señalados también como presuntos autores intelectuales de abuso sexual con acceso carnal, todo en concurso real de delitos. 2 personas con once años de prisión por ser partícipes necesarios y 2 con tres años de prisión por encubrimiento agravado.

Es dable señalar que la complejidad de la creación de cultos, producto de mixturas hechas *ad hoc* así como la semiótica de los mismos y de los rituales que a los fines sacrificiales también fueron ideados

con especificidad, amerita un desarrollo extenso, que excede los fines de este artículo.

La dimensión cultural del crimen

El crimen es primordialmente una conducta cultural. Los patrones culturales direccionan los comportamientos grupales, sociales e individuales de los seres humanos según sus medios ambientes. La conducta delictiva y antisocial se halla enraizada en estos modelos culturales de donde devienen.

En estos crímenes se encuentra una trama de significados contruidos por las subjetividades de quienes intervienen en ellos y por ello a diferencia de la Criminología y del Derecho que buscan tipificaciones delictivas empíricas, la dimensión cultural implica una búsqueda interpretativa de la semiosis del crimen. Desde Durkheim y Merton con la teoría de la anomia hasta Geert Hofstede en su teoría sobre las dimensiones de la cultura, entre otros autores, muestran la importancia de la cultura en el comportamiento humano en base a diversos patrones culturales que forman parte de grupos humanos en tiempos y espacios concretos. (Durkheim, 2012; Merton, 1965; Hofstede, 1999)

Spradley (2004) afirma con razón que cuando un individuo comete un crimen lo hace en términos del sentido cultural que ha adquirido. Por ello cabe señalar que los crímenes rituales de culto son transversales a todas las clases sociales, no son privativos de una clase social determinada, ni se relacionan con los niveles de instrucción de sus perpetradores.

Las Ciencias Jurídicas abocadas generalmente a las dimensiones normativas, axiológicas y sociológicas requieren modernamente de aportes interdisciplinarios que trasciendan la dimensión institucional y académica clásica para asentarse en realidades socioculturales cada vez más complejas y diversas que se movilizan y se expanden transformando las subjetividades humanas.

Se promueve así una comprensión integral sociocultural que facilita la labor policial y judicial para determinar las circunstancias y eventualmente móviles, medios y fines del delito cometido.

Siguiendo al autor citado, los estudios de las características, las conductas y el medio ambiente de las poblaciones humanas son importantes para comprender y contextualizar las conductas criminales, pero no pueden ser un sustituto para el estudio de las culturas de esas mismas poblaciones. (Spradley, *op. cit.*).

A modo de ejemplo, el estudio de los contextos personales, familiares y sociales de las víctimas de los casos presentados en este artículo constituyen un aporte fundamental para la victimología del campo ritual.

En virtud de lo expuesto definimos la dimensión cultural del crimen ritual de culto como: *la inclusión, con vista a ser considerada, de todos los componentes socioculturales, tanto factuales como simbólicos que se organizan con integralidad sistémica que forman parte de la configuración de delitos graves en una relación directa con un culto.*

El crimen ritual como proceso. Dimensiones sociojurídicas

Se sintetizan aquí características generales que delinear un patrón. No obstante la gran diversidad que presenta el mundo esotérico, no solo mágicoreligioso sino también psicoterapéuticos y ufológicos, sumado a una dinámica sociocultural de cambios vertiginosos, a una gran movilidad poblacional y a modos de transmisión de la cultura que se han transformado y expandido a raíz de la virtualidad, hace que sea imposible generar leyes fijas en estos procesos, pero las tendencias observadas siempre guardan un significado que les da sentido.

A diferencia de los crímenes comunes, el crimen ritual al tratarse de un proceso, aún en las diversas configuraciones que puede adoptar, siempre permite distinguir etapas, roles y espacios cuyas características se sintetizan seguidamente:

A. Etapas

1. La selección de la víctima

En el caso Ramoncito y en el de Marito Salto las víctimas fueron seleccionadas por sus edades, características físicas y de personalidad. Debían ser púberes, bautizados pero sin tomar la primera comunión, de familia disfuncional. Ramoncito fue pesado y medido antes de su muerte.

2. Captación e involucramiento de la víctima en el culto sectario o unipersonal

Tanto estos niños como otros casos de adultos inclusive que fueron destinados a ser ofrenda sacrificial hubo evidencia de haber sido involucrados en el culto sectario que los ofrendó.

3. Secuestro y retención

Destinado a los pasos previos al ritual, así como a condicionar a la víctima, se comprobó en los casos trabajados que estas retenciones duraron días.

4. Preparación de la víctima

Esto incluye vejaciones, abuso sexual, torturas que no comprometen su vida pero causan sufrimiento, las finalidades pueden variar desde contaminar algo puro e inocente hasta potenciar la sangre como líquido vital.

5. Inicio de proceso sacrificial

En los casos de Ramoncito y Marito, la violación, la tortura, la extracción de la totalidad de la sangre y de determinados órganos, los cortes realizados en vida y la decapitación fueron parte del rito sacrificial. En el caso de Ramoncito el libro mencionado más arriba dictaba los

pasos que debían seguirse, en el caso Marito se tomaron muchos aspectos de la serie Gravity Falls.

6. Etapa final

Estos crímenes no concluyen con la muerte de la víctima, la disposición final de su cuerpo en lugares con significados esotéricos atribuidos y en una forma prevista donde esperan que sea encontrado, el destino de la sangre extraída, la utilización posterior de los órganos y/o partes extraídas siguen siendo parte del ritual.

En el caso Ramoncito incluso la asistencia de algunas de las personas, que serían condenadas, al velorio de la víctima para burlarse tiene un significado ritual. Esta fase puede extenderse indefinidamente. En el caso de Mercedes, decapitaron un gato negro en su tumba y lo dejaron allí, pasado varios meses de su muerte. En el caso de Quimií, dejaron una mano de Fátima con una vela, perros ahorcados y otro en estado de putrefacción en la escena de hallazgo, a casi un año de su muerte.

B. Roles

1. Persona/s que encargan/ financian
2. Personas que realizan búsqueda e identificación de posibles víctimas
3. Entregadores: muchas veces pertenecen al entorno familiar, aunque eventualmente mediados por el engaño de que no serán lastimados, proporcionan información para hallar al niño solo e indefenso.
4. Ejecutores directos: secuestro/abusos/torturas/homicidios.
5. Colaboradores: no participan activa y directamente. Proporcionan logística, medios, recursos. Seguridad del operativo: esto incluye por ej. inutilizar cámaras de video vigilancia, (como hicieron en el caso de Quimií), proporcionar un remis (como el caso de Mercedes), asegurar que no haya elementos que pongan en peligro las operaciones, transporte de la víctima, proporción de

la casa/predio donde se realizará parte o toda la ceremonia ritual, aporte de aparatos y registro visual/audiovisual, entre otros.

6. Espectador/es: un asistente que siempre va a estar es quien encargó o quien pretende obtener los beneficios sobrenaturales de la ofrenda. Asisten al ritual, pueden tomar parte activa en alguna instancia (violación, torturas) o simplemente mirar. Si se trata de una formación sectaria, los espectadores pueden ser seguidores o clientes ocasionales.

C. Espacios

Generalmente la escena del crimen es distinta de la escena de hallazgo, ambas deben tener connotaciones místicas y ciertas configuraciones en su contenido y significado.

Espacios rituales: pueden ser más de uno. Sea porque hay más de una deidad, en un caso teníamos a Belcebú y al Señor La Muerte, o sea porque la ceremonia se divide en partes: violación/tortura y ofrecimiento de la víctima a la deidad. Varios espacios pueden configurar una escena del crimen, al estar concatenados los pasos procesales del acto criminal. Una característica que también lo diferencia de otros crímenes es que muchos de estos espacios siguen activos y experimentan cambios aún pasado ya un buen tiempo de la comisión del crimen, como ya se señaló en el ítem que describe la etapa final, por lo cual deben ser objeto de seguimiento.

Contenidos etnobiológicos

La utilización de plantas y animales a los que se le atribuyen significados mágicos es frecuente en este tipo de crímenes.

Moscas, arañas, escarabajos (como en el caso de Quimilí), vermes (como en el caso de Mercedes) aves, plantas mágicas como el tártago (como en el caso de Mercedes), alucinógenos.

La investigación

La perspectiva de la investigación antropológica es paralela y complementaria a la investigación judicial y policial, se genera una sinergia y una retroalimentación, pero no deben confundirse ni en los métodos ni en los objetivos ya que la investigación científica es transdisciplinar; la antropología por su visión holística y por abarcar los aspectos biológicos y culturales de su objeto de estudio es la que compone los casos con todos los resultados investigativos a los fines forenses. Su meta no es hallar culpables/o atribuir responsabilidades jurídicas a los implicados sino descubrir a qué tipo de creencias se refieren los comportamientos, motivaciones, los pasos del proceso del crimen, los roles, los espacios utilizados con forma y contenido, lo que da como resultado que los operadores judiciales y policiales puedan establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho criminal y respaldar o no las imputaciones que realizan, o al menos alguno de esos elementos.

En el caso 1 de Mercedes, el requerimiento y la convocatoria al equipo de antropobiólogos de la UNLP surgió desde y a raíz de las primeras investigaciones etnográficas. Lo mismo ocurrió con los hallazgos (en allanamientos) en el caso 2 de Quimilí, los cuales fueron analizados e interpretados integrativamente a los informes disponibles sobre el culto criminal y a medida que se avanzaba, mayor certeza y profundidad podía darse a las hipótesis interpretativas.

Las investigaciones de este tipo de caso necesitan de la interdisciplinariedad, pero su concreción solo es posible si emana desde las instituciones judiciales ya que son quienes dirigen y controlan el proceso judicial.

Los obstáculos

1) Fragmentación por delitos tipificados:

La investigación de este tipo de crímenes a partir de su correspondencia a tipos, fueros y jurisdicciones es refractaria a su comprensión y a

su cabal resolución. En el transcurso de su disgregación se va diluyendo la motivación ritual y los fines mágico-religiosos que su función cohesionadora y aglutinadora, lo cual conlleva la reducción y no pocas veces la reorientación de las investigaciones judiciales y policiales propiciando la impunidad de autores intelectuales y materiales, encubridores y partícipes.

2) *Incredulidad*

Existe una gran resistencia a creer que este tipo de crímenes existe. La modernidad es una cáscara engañosa porque justamente la crisis de las grandes religiones tradicionales, la laicización de la sociedad, ha creado vacíos que se llenan con facilidad con creencias mágico-religiosas o esotéricas de diverso tipo. Ya hemos señalado el rol de la virtualidad en todo ello. La simplificación de abordar estos crímenes en forma restrictiva a la tipificación penal existente es tentadora y lleva a terrenos que ofrecen presuntas certezas. Sin embargo, es un fenómeno delictivo que existe, tiene vigencia y no va a desaparecer porque se lo desconozca. Resulta aquí pertinente recordar el Teorema de Thomas:

“Si las personas definen las situaciones como reales, estas son reales en sus consecuencias” (Thomas, 1928).

3) *Racionalidad en términos del investigador y no del universo místico del criminal*

Devenido del anterior, el escepticismo hace mella cuando se busca una racionalidad propia de quien investiga, dejando de lado que existe una racionalidad propia en la irracionalidad que guía a quienes realizan este tipo de crímenes enmarcada en su universo mágico-religioso que tiene preceptos que aseguran eficacia y a veces poder. En casos como los registros e ideogramas que son guardados, como en el caso Marito, se presta a desconfiar que alguien pueda explicitar en un papel los pasos que dio para cometer el crimen y guardarlo arriesgándose a que sea encontrado. Sin embargo, se desconoce el significado y la fun-

ción que cumple en el mundo mágico, el secreto da poder, se debe una absoluta fidelidad a la deidad que debe ser demostrada en los hechos y la eficacia de todo lo realizado depende de respetar los principios mágicos que lo sustentan.

4) *Deficiencias normativas*

Como ejemplo se puede citar un caso ocurrido en la ciudad de Coorrientes. Años atrás, durante una fase lunar conocida como la luna sangrienta, la policía recibió un llamado anónimo en el que se denunciaba que iban a sacrificar a dos bebés en una ceremonia de presunta raíz afrobrasileña. En principio no se confirmó la identificación del culto. Cuando la policía irrumpió en el lugar que les señalaron hallaron a dos bebés en un altar, desnudos. De acuerdo al relato policial, sus madres estaban presentes, no se sabe si realmente acreditaron ser las madres, no obstante la explicación que les dieron a la policía fue que se aprestaban a realizar una ceremonia de sanación, tras lo cual debieron retirarse del lugar. Esto muestra el débil respaldo legal que tiene la policía ante casos como estos, que dejan incluso la incertidumbre sobre lo que pasó después, porque no está previsto ni institucional ni legalmente, un seguimiento de la situación, una verificación posterior sobre la salud e integridad física de los bebés. Tampoco una verificación sobre las prácticas cúllicas y pongo énfasis en **las prácticas**, porque aquí no se trata de regular creencias sino de prever conductas antisociales o directamente criminales bajo el manto de una libertad de culto que nadie niega como un derecho. La primera forma de resguardar ese derecho es identificar claramente el culto y las prácticas cuando se produce una situación de posible ilicitud, pues su identificación basada en suposiciones promueve la estigmatización de cultos minoritarios al ser estos identificados con liviandad por los medios de comunicación y en algunos casos por las mismas fuerzas de seguridad.

Cabe señalar que la legislación internacional garantiza la libertad de religión o de creencias. La Declaración sobre la eliminación

de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

De su lectura se desprende una clara diferenciación entre libertad de creencia y libertad de práctica ya que, al contrario de la primera, esta última posee limitaciones, en virtud de la protección de intereses superiores. Algo que la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981 establece explícitamente en su art.1(3): “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones sólo puede estar sujeta a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales

de los demás”. Con respecto a los infantes, si bien otorga prioridad a los padres frente al Estado para decidir la educación religiosa de sus hijos, también la limita en el art.5.5 que dispone que la educación religiosa de los padres sobre su hijo “no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral”.

Por último, ha de destacarse que en el caso de la Argentina la ley 21745/78 crea el Registro Nacional de Cultos donde “procederán” a tramitar su inscripción, dice el texto, todas las organizaciones religiosas no pertenecientes a la Iglesia católica apostólica romana. El término elegido “procederán” tiñe de ambigüedad al texto legal al no quedar clara la obligatoriedad o no de la inscripción. Ello redundante en un desconocimiento absoluto de la diversidad religiosa minoritaria que tiene el país.

La provincia argentina de Córdoba sancionó en 2011 la Ley Provincial Nro. 9891 y dos años más tarde el Decreto Reglamentario Nro. 654 que dio origen al Programa Provincial de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Grupos que usan Técnicas de Manipulación Psicológica. Por otro lado, en 2020 se presentó un proyecto de ley que tipifica el delito de persuasión coercitiva que obtuvo media sanción.

De lo expuesto surge la necesidad de información completa, fehaciente y fidedigna sobre la realidad de la diversidad religiosa en la Argentina no solo desde el punto de vista de los derechos civiles, sino también desde la óptica de la problemática penal que conlleva a fin de propiciar espacios de debates que la consideren en su integralidad.

A este respecto debe señalarse una gran resistencia tanto en ámbitos académicos como en otros sectores de la sociedad a siquiera abordar este tema pues su solo tratamiento es considerado ofensivo a la libertad religiosa. Ha de aclararse que dudosamente alguien pretenda regular las creencias o convicciones religiosas, pero sí limitar sus manifestaciones cuando estas resultan dañinas a la vida y la integridad de las personas. Nadie se opone, por ejemplo, a que las organizaciones no gubernamentales estén sujetas a estrictas regulaciones del Estado. Fundaciones, asociaciones y clubes deben pasar por los cedazos

gubernamentales para existir en principio y funcionar *a posteriori*. Anualmente deben ser cumplidos una serie de requisitos ante la Inspección de Personas Jurídicas tanto de la Nación como de las provincias, dando cuenta pormenorizada de sus actividades y manejos financieros, planes trienales, balances, registros de miembros, registro de reuniones, son solo algunos de los estrictos requisitos para el tercer sector, sin embargo todo intento de conocer, recopilar información sobre la naturaleza y actividades de grupos religiosos es mal vista y atacada sin el menor análisis previo.

5) *El fantasma de la inimputabilidad*

El otro factor incidente en el campo jurídico es el fantasma de la inimputabilidad para casos de esta naturaleza. Cuando se habla de estados extáticos, posesiones, trances o simplemente se consideran los aspectos esotéricos, los operadores judiciales temen estar abriendo las puertas a la inimputabilidad, ven venir el argumento de no haber estado conscientes de sus actos, porque está latente el simplismo de creer que los que realizan este tipo de crimen simplemente están locos o enajenados. O que un estado de conciencia alterado por razones místicas es igual a privación de conciencia lo cual no es así. (Crawford, 1983)

Las personas que realizan estas prácticas, al igual que las que los encargan y pagan para ello, son plenamente conscientes y conducen de sus actos, aún en sus trances místicos. Sus fines: poder, dinero, éxito, placer están ampliamente justificados en la lógica racional de la irracionalidad que los guía.

6) *Deficiencias formativas*

Es necesario que tanto en el ámbito judicial en todas sus áreas, como en el policial exista un capital humano formado en estas temáticas a fin de desenvolverse en este tipo de casos para abordar la complejidad de estos delitos en todas sus facetas operativas, y de interactuar de forma efectiva con otros profesionales ajenos a la justicia/policía. La

falta de formación se agrava por la falta de información y datos sistematizados sobre el fenómeno y sus derivaciones.

7) La afectación psicológica del personal

Derivado del anterior la preparación no es solamente cognoscitiva sino también psicológica.

No debe ser un tema tabú, porque en estos casos juega el subconsciente sobre el cual nadie tiene manejo propio. En el curso de nuestras investigaciones hemos visto mucho personal afectado psicológicamente por estos casos, llegando a desestabilizaciones emocionales y somatizaciones muy serias.

8) Incomprensión/rigidez en los procedimientos investigativos

La investigación de este tipo de crímenes implica ingresar a otro universo de racionalidades y de principios que pocas veces se comprenden. Exige otras sutilezas y otros procedimientos que trascienden con mucho a los estandarizados. Este tipo de casos requiere procedimientos de inteligencia criminal, radios más amplios que el de los meros testigos y una consideración omnipresente: la de que las represalias sobrenaturales son aún más temidas que las humanas.

La búsqueda del arma homicida, la identificación del/los culpables, el establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar resultan complejamente diferentes en este tipo de casos. Y lo que en los casos comunes se toma como evidencia o prueba obtenidas en los allanamientos, en los crímenes rituales con lo que generalmente se encuentra es con indicios, elementos indicadores que en sí mismos sin la reconstrucción del contexto no constituyen una prueba, pero que correctamente interpretados pueden guiar la investigación hacia ellas. El manual de magia negra que se halló en un allanamiento en el caso Ramoncito no constituye en sí mismo y de manera aislada una evidencia que sirva para ser presentada para sostener una acusación. Pero fue del análisis antropológico forense y de la lectura etno-

gráfica del mismo y de los demás hechos que se logró reconstruir en líneas generales el ritual de sacrificio y muerte. Esta reconstrucción sirvió para guiar la búsqueda, para saber qué buscar y a que tipos de personas orientarse en la búsqueda. Finalmente, al obtenerse una confesión de una menor y al ser contrastada con el libro hallado posteriormente se comprobó que seguía con detalle minucioso todos los pasos del ritual de sacrificio hasta concluir en el homicidio.

9) *Pericia y valoración de las pruebas*

El trabajo antropológico no constituye una pericia, sino un aporte de expertos. No se guía por las reglas periciales porque necesita un amplitud y flexibilidad que las reglas periciales necesariamente reducen y porque si bien es complementario no es un trabajo criminalístico.

Como se reseñó anteriormente: los elementos recolectados en sí mismos y aislados de contextos que le otorguen un estatus probatorio no constituyen evidencia *per se*. Esta afirmación que puede parecer una obviedad no lo es cuando se está inmerso en un mundo misterioso, desconocido y hasta temible, hemos experimentado casos en que encontrar una estatua de alguna deidad considerada maligna fue considerado una prueba por operadores judiciales, en mitad de las investigaciones y así como tal fue declarado en la prensa, alertando a los demás participantes del grupo sectario a esconder y disfrazar sus espacios mágico religiosos, borrar y desaparecer verdaderas pruebas pues era el aviso de una aproximación a la verdad de los hechos. Siendo ese, el caso de un indicio que además de marcar que las investigaciones estaban tomando un rumbo correcto, señalaban la necesidad de avanzar y profundizar las investigaciones hasta alcanzar los estándares probatorios que requiere la justicia.

Cuando los profesionales piden pericias hematológicas a una estatua de alguna deidad resulta poco comprensible para los estándares criminalísticos, pero en el caso 1 de Mercedes las imágenes del Señor de La Muerte habían sido untadas con sangre de la víctima. Cuando se solicitó la pericia de ciertos embutidos colgados al lado de un altar

del Señor La Muerte para saber si contenía restos orgánicos humanos, fueron desestimados por las razones antedichas, pero en el caso 1 de Mercedes los participantes habían elaborado morcillas con sangre de fetos que eran consumidas en los rituales. Se hace necesario este tipo de relato para dar comprensibilidad a planteos que de otro modo parecerían extravagantes y antojadizos.

Como cierre

Los crímenes de culto, así como el accionar de sectas criminales, constituyen un fenómeno delictivo particular de larga data pero que, en la actualidad, ante ciertas configuraciones socioculturales producto de la globalización se presenta como un fenómeno emergente que lenta y progresivamente está siendo visualizado por instituciones de seguridad, de justicia y también en ámbitos académicos.

Por ello se hace necesario discurrir sobre las aristas sociales, culturales y jurídicas particulares que poseen estos casos e incorporar perspectivas interdisciplinarias y transdisciplinarias en los ámbitos judiciales para su abordaje de manera eficiente.

Bibliografía

- Agnello, Y., Aristimuño, G., Riache de Godoy, R. (2006). Protocolo de Autopsia Nro. 3124. Cuerpo Médico Forense. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.
- Crawford, C, Joanne. (1983). *Antropología psicológica: El estudio de la personalidad en la cultura*. Barcelona: Edit .Anthropos.
- Durkheim, E. (2012). *El suicidio*. Edit. Akal.
- Expte. N° 14.836/06 (2006). De oficio por homicidio-Mercedes-.
- Hofstede, G (1999). *Culturas y organizaciones. El software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia*. Alianza Editorial.
- Hunter, D. E. y Whitten, Ph. (1981). *Enciclopedia de antropología*. Barcelona: Edit. Bellaterra.

- Intebi, I. (2012). *Estrategias y modalidades de intervención en abuso sexual infantil intrafamiliar*. Colección de Documentos Técnicos. Gobierno de Cantabria.
- Mauss, M. y Hubert, H. (2010). *El sacrificio. Magia, mito y razón*. Edit. Las Cuarenta.
- Merton, R. (1965). *Teorías y estructuras sociales*. F.C.E.
- Miceli, J. H. (2019). El crimen ritual de Ramón Ignacio González. *Divulgatio. Perfiles académicos de posgrado*, 4(10), 178–198.UNQ.
- Ossorio, Manuel (1994). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Edit. Heliasta.
- Poupard, P. (1987). *Diccionario de las religiones*. Edit. Herder.
- Spradley, James (2004). “La etnografía del crimen en la sociedad americana”. En Mc Curdy, D. y otros, *The Cultural Experience: Ethnography In Complex Society*. EE. UU.: Edit. Waveland.
- Salceda, S., Calandra, H., Restelli, M. (2007). Informe Pericial de Antropología Biológica Forense.
- Simon, R. (2011). *Los hombres malos hacen lo que los hombres buenos sueñan*. Edit. Polemos.
- STJ (2011). Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes: 2011, pp. 38.
- Thomas, W. (1928). *The Child in America: Behaviors Problems and Programs*. New York Knopf. Pp. 571-572.
- Van der Leeuw, G. (1975). *Fenomenología de la religión*. F.C.E.

Páginas web

- ONU (1981). Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>
- Poder Ejecutivo Nacional (1978). Ley 21.745. Registro nacional de cultos. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-21745-65159/texto>

Programa Provincial de Prevención y Asistencia a las Víctimas (s/f). Ley Provincial Nro. 9891 y Dcto. Regl. Nro. 654. <https://www.cba.gov.ar/programa-provincial-de-prevencion-y-asistencia-a-las-victimas-de-grupos-que-usan-tecnicas-de-manipulacion/>.

El dolor no debería tipificarse en términos de justo o injusto, merecido o inmerecido, sino a partir de las siguientes preguntas: ¿es un argumento en contra o a favor de la vida?, ¿la afirma o la niega? En un libro publicado en 1981, el criminólogo noruego Nils Christie observaba y denunciaba que el Estado, tal como utiliza al dolor, sólo logra convertirlo en un trance siniestro. Es importante realizar una acotación: parece haber en Christie dos tipos de dolor, o dos modos diferentes de habitar el dolor. El primero virtuoso, que les permite a las personas expandir sus potencialidades y darles cierta exuberancia a los procesos de subjetivación. Ahora bien, sobre el que vamos a concentrarnos en esta compilación es el segundo modo de habitar el dolor, el que inculpa a la vida, el que empuña el Estado, es lo que el mismo autor define como *castigo*. El verdadero límite que debemos exigir no tiene que ver principalmente con el dolor, sino con el castigo, o lo que es igual, *aquí está claro que de lo que hablamos es del castigo; del sufrimiento intencional*. Esto último es lo que propugnamos al referirnos a los nuevos límites del dolor, por eso el título de la presente obra.

Ezequiel Kostenwein es abogado (Universidad Nacional de La Plata), magister en Criminología (Universidad Nacional del Litoral) y doctor en Ciencias Sociales (Universidad Nacional de La Plata). Es investigador del CONICET y coordinador del Área de Sociología de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (Universidad Nacional de La Plata). Docente de grado y posgrado (Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional del Litoral y Universidad Nacional de Quilmes). Actualmente dirige el proyecto de investigación “¿La reproducción judicial? Herramientas para analizar la formación profesional de las y los integrantes de la justicia penal en la provincia de Buenos Aires”. Sus últimos libros son *La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal* (Ediar, 2016), *Temblores criminológicos. Dilemas sobre el castigo, el control social y la responsabilidad penal* (Astrea, 2019), *El castigo, esa otra bestia magnífica. Una invitación a la sociología de la justicia penal* (Astrea, 2021), *Cómo se construye un judicial. Trayectorias, compromisos y controversias en el mundo del derecho* (Didot, 2024).