

AÑO 3 Nº 5 / 6. DICIEMBRE 2020

JUICIOS SIN JUSTICIA

Moralidades, discursos y prácticas
en la administración de la justicia penal.
Inercias institucionales y pereza laboral.

Burocratismo y opacidad. Una jerga
encriptada. Elitismo y familia judicial.

Reproducción de desigualdades de
clase, raza y género. La confianza judicial.

Los tiempos de la justicia. Destrato.

Correccionismos jurídicos y modorra teórica.

CUESTIONES CRIMINALES

lesyc.com



CUESTIONES CRIMINALES



Universidad
Nacional
de Quilmes

Rector

Dr. Alejandro Villar

Vicerrector

Mg. Alfredo Alfonso

Secretaría Académica

Lic. Daniel Fihman

Secretaría General

Prof. María Elisa Cousté

Secretaría Administrativa

Cdora. Carmen Chiaradonna

Secretaría de Investigaciones

Dra. Liliana Semorile

Secretaría de Innovación y Transferencia Tecnológica

Mg. Darío Gabriel Codner

Secretaría de Extensión Universitaria

Lic. Raúl Di Tomaso

Secretaría de Posgrado

Mg. Nancy Díaz Larrañaga

Secretaría de Educación Virtual

Mg. Walter Campi

Secretaría de Gestión Académica

Dr. Germán Dabat

Departamento de Ciencias Sociales

Directora: Mg. Nancy Calvo

Vicedirector: Mg. Néstor Daniel González

Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales sobre Violencias Urbanas

Director: Mg. Esteban Rodríguez Alzueta

Director

Esteban Rodríguez Alzueta

Secretario

Nahuel Roldán

Comité Editorial

Ana Milena Passarelli

Tomás Bover

Inés Oleastro

Mariana Domenighini

Esteban Rodríguez Alzueta

Nahuel Roldán

Juliana Miranda

Colaboradores

Nahuel Valdez

Florencia Vallone

Jeremías Zapata

Manuel Vázquez

Matías González

Lucas Vadura

Fernando Kaler

Diseño tapa y separadores:

Ramiro Galeliano



ISSN: 2618-2424
www.lesyc.com

Dirección Postal: Roque Saenz Peña 352 (CP 1876), Bernal,
Buenos Aires—Universidad Nacional de Quilmes, Dpto. Cs.
Sociales, of. 103. **Correo electrónico:** lesyc@unq.edu.ar

CONSEJO ACADÉMICO

NACIONAL

Lila Caimari (UDESA)
Gabriel Kessler (UNLP)
Máximo Sozzo (UNL)
Augusto Montero (UNL)
Gustavo González (UNL)
Sergio Tonkonoff (UBA)
Santiago Galar (UNLP)
Ezequiel Kostenwein (UNLP)
Agustín Casagrande (UNLP)
Luis González Alvo (UNT)
Mariana Chaves (UNLP)
Ramiro Segura (UNLP)
Sabina Frederic (UNQ)
Mariano D'Ambrosio (UNLZ)
Mariano H. Gutiérrez (UBA)
Victoria Rangugni (UBA)
Mariana Lorenz (UBA)
Stella Martini (UBA)
Gabriel I. Anitua (UBA)
Mariana Galvani (UBA)
Jorge Núñez (INHIDE)
José Garriga Zucal (UNSM)
Enrique Font (UNR)
Eugenia Cozzi (UNR)
Juan Tapia (UNMP)
Gabriel Bombini (UNMP)
Alejandro Kaufman (UBA)
Marcelo Sain (UNQ)
Mariano Ciafardini (UNQ)
Angela Oyhandy (UNLP)
Hernán Olaeta (UNQ)
Vanina Ferreccio (UNL)
María Victoria Puyol (UNL)
Fabián Viegas (UNCo)
Eva Muzzopappa (UNRN)
Paul Hathazy (UNC)
José D. Cesano (INHIDE)
Ileana Arduino (INECIP)
Brígida Renoldi (UNaM)

INTERNACIONAL

Diego Galeano
Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Lucía Dammert
Universidad de Santiago de Chile
Iñaki Rivera Beiras
Universidad de Barcelona
Daniel Sandoval Cervantes
Universidad Autónoma Metropolitana de México
Luis Eduardo Morás
Universidad de la República
Marcelo Rossal
Universidad de la República
Michel Misse
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Pilar Calveiro
Universidad Autónoma de la Ciudad de México
Jack Katz
University of California
Mariana Valverde
University of Toronto
José Ángel Brandariz
Universidad de A Coruña
Jonathan Simon
University of California
John Pratt
Victoria University of Wellington
Didier Fassin
Institute for Advanced Study
Philippe Bourgois
University of California
Malcolm Feeley
University of California
Michael Welch
Rutgers University
Mauro Tomasini
SERPAJ, Uruguay



LABORATORIO DE ESTUDIOS
SOCIALES Y CULTURALES
SOBRE VIOLENCIAS URBANAS

lesyc.com

SUMARIO

Nº 5/6 (DIC., 2020)



LESYC

LABORATORIO DE ESTUDIOS
SOCIALES Y POLÍTICOS

CUESTIONES CRIMINALES

EDITORIAL MIRADAS

POLÍTICA CRIMINAL Y GERENCIA PÚBLICA: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS Y RELACIONES	1
Claudio González Guarda	8
LA JUSTICIA PENAL: APROXIMACIONES INTRODUCTORIAS Y PANORÁMICAS A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN CAMPO COMPLEJO	35
Gabriel Bombini	71
TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y DEL ESTADO DE BIENESTAR: UNA CRÍTICA FEMINISTA	106
Nicola Lacey	150
LOS USOS DEL DINERO EN LA JUSTICIA PENAL. EL SENTIDO DE LA PLATA PARA LOS ACTORES JUDICIALES	190
Ezequiel Kostenwein	224
EL TEMPLO DE LA TOGA. APROXIMACIÓN ETNOGRÁFICA SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL JUVENIL	264
Julián Axat	302
¿VER PARA JUZGAR? RUTINAS, PRÁCTICAS Y EXPERTISE EN EL USO DE CÁMARAS DE SEGURIDAD PARA LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL	322
Vanesa Lio	347
EL MONITOREO JUDICIAL DE LA POLICÍA EN EL PROCESO PENAL: UN ANÁLISIS COMPARATIVO	368
Pablo Ciocchi	392
EL ROL DE LOS JUECES EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EN EL ENCARCELAMIENTO DE LA POBREZA	442
Silvio Cuneo Nash y María Fernanda Ovalle Donoso	474
EL JUICIO POR JURADOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: APUNTES ETNOGRÁFICOS DE UN CAMPO RECIENTE	501
María Josefina Martínez	509
LA MEDIACIÓN COMO UNA INSTANCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: SENTIDOS, INTERPRETACIONES Y VALORACIONES	527
María Florencia Graziano	529

EN FOCO

NOTAS PREPARATORIAS SOBRE <i>THE PROCESS IS THE PUNISHMENT</i>	529
Nahuel Roldán	530
"EL PROCESO ES EL CASTIGO" EN PERSPECTIVA	539
Malcolm Feeley	542
EL PROCESO ES EL CASTIGO	547
Malcolm Feeley	552
LA IRONÍA DE LA INFLUENCIA	559
Jonathan Simon	564

TRADUCCIONES

ETNOGRAFÍA, POLICÍA Y DERECHO: REVISITANDO UN ESTUDIO INAUGURAL SOBRE LA "POLICÍA CIVIL" EN RÍO DE JANEIRO	564
Lucía Eilbaum	574
LA POLICÍA DE LA CIUDAD DE RIO DE JANEIRO: SUS DILEMAS Y PARADOJAS	579
Roberto Kant de Lima	584

CONVERSATORIO

EL DERECHO SIEMPRE ES LUCHA [ENTREVISTA A EUGENIO RAÚL ZAFFARONI]	584
Inés Oleastro y Ana Passarelli	589
QUIERO UN PODER JUDICIAL POLITIZADO [ENTREVISTA A MARIO JULIANO]	597
Esteban Rodríguez Alzueta	607
LA SONRISA Y LA CONFIANZA DE MARIO ALBERTO JULIANO	612
Esteban Rodríguez Alzueta	617

DESDE EL ARCHIVO

EL BANDO DE OLIDEN	617
GOBERNAR NEGOCIANDO EN LA CAMPAÑA BONAERENSE	629
Agustín Casagrande	634

BOLSA DE INVESTIGACIONES

JUSTICIA ABREVIADA. REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL, PROMESA DE EFICIENCIA Y EFICACIA, Y MODO DOMINANTE DE IMPOSICIÓN DE CONDENAS	634
Máximo Sozzo	649

RESEÑAS

ROBERTO GARGARELLA: CASTIGAR AL PRÓJIMO	649
Natalia Mayer y Lucía Sbriller	659
LETICIA BARRERA: LA CORTE SUPREMA EN ESCENA	666
Bruno Rossini	676
ANTONY DUFF: SOBRE EL CASTIGO	681
José Ennis y Leandro González	691
EZEQUIEL KOSTENWEIN: SOCIOLOGÍA DE LA JUSTICIA PENAL	696
Leandro González	701

JUICIOS SIN JUSTICIA: MORALIDADES, DISCURSOS Y PRÁCTICAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

EDITORIAL
REVISTA CUESTIONES CRIMINALES

Este número está dedicado a la administración de justicia penal, sus moralidades, los discursos y las prácticas a través de las cuales se gestiona la búsqueda de verdad y tramitan los reproches, se intenta resolver múltiples conflictos sociales. El poder judicial se caracteriza por su opacidad. Los operadores judiciales suelen ser muy poco permeables a la investigación social. Pero también la investigación social suele invertir poco tiempo y dinero en la exploración del campo judicial que sigue alambrado de lugares comunes. Sabemos muy poco todavía sobre el poder judicial, no solo en el país sino en la región.

Estamos hablando de uno de los poderes menos democráticos que tienen las repúblicas, que menos se ha reformado desde las vueltas a las democracias. Los gobiernos pasan y las mañas quedan. También los términos de las sentencias y sus rutinas. La justicia suele moverse en cámara lenta, le cuesta salir a la realidad, se pierde en sus laberintos. El *laberinto* suele ser la metáfora acuñada por la literatura para nombrar a la justicia. Una justicia que se pierde en sus fundamentos, que se abstrae o toma distancia de la realidad para conservar sus privilegios y reproducir las desigualdades sociales.

Acaso por eso mismo, las imágenes que acompañan la revista son fotogramas extraídos de otra película de Orson Welles, *El proceso*, una adaptación de la novela de Franz Kafka. La película reproduce los caminos sinuosos de los laberintos. Laberintos que se bifurcan, como todos los laberintos, que enredan a sus protagonistas, que confunde y extravía a los visitantes, hasta que la realidad se confunde con la ficción, y los sueños se convierten en una pesadilla. Cualquiera que haya tenido un problema que se ventile por los pasillos de tribunales sabe la angustia que eso genera. Salvo que sea un habitué y esté acostumbrado a tratar con sus operadores. Lo que antes parecía claro se vuelve cada vez más oscuro, inaprensible, misterioso.

En las últimas décadas la justicia fue adquiriendo cada vez más centralidad en la vida pública. No solo porque la política se fue judicializando, reenviando muchos problemas que antes se resolvían en otra arena; sino porque muchos operadores judiciales se

convirtieron en piezas claves de operaciones destituyentes y golpistas. Es lo que hemos conocido con el nombre de *lawfare*. Lo curioso es que la centralidad que fue adquiriendo corría a la par de su descrédito. El precio de la abstracción será su desprestigio. De hecho, la crisis de representación en Latinoamérica atraviesa y envuelve a los poderes judiciales. Una crisis de confianza que se averigua en otros dos fenómenos: el auge de la justicia mediática y la proliferación de justicias vecinales. Los tribunales han perdido el monopolio de la gestión de la justicia. Los periodistas no sólo se dedican a investigar y acusar, sino que se la pasan disputando la verdad que se arrogan los operadores judiciales. Lo hacen con otros criterios y otras rutinas que le sirven para tomar distancia y señalar las deficiencias de la justicia estatal.

Pero también hemos visto en las últimas décadas el auge de linchamientos y tentativas de linchamientos, casos de justicia por mano propia, escraches, quemas intencionadas de vivienda, etc. Son formas de justicia difamatoria que resultan incapaces para detener las violencias, que tienden a espiralizar los conflictos. Detrás de muchas violencias sociales está la incapacidad de la justicia para canalizar y tramitar en tiempo y forma las situaciones que los ciudadanos referencian como problemáticas.

Estas prácticas sociales nos hablan de la *crisis de justicia*, una crisis de larga duración. A la justicia le ha llegado el momento de rendir cuentas. Para eso necesitamos saber mucho más de sus prácticas y las relaciones de intercambio, los recursos morales, retóricas y saberes que movilizan para componer redes de alianza con otras agencias del estado y actores de la sociedad. No pensamos que se trata de problemas que tienen nombre y apellido. La crisis judicial no se explica en la racionalidad o las pasiones autoritarias de sus referentes principales. No es algo que se va a resolver sacando la manzana podrida. Y eso no implica que no haya que reprochar a algunos de sus integrantes su prepotencia y la capacidad de hacer inteligencia para extorsionar a los ciudadanos.

Cuando decimos *Juicios sin justicia* estamos pensando en las inercias institucionales y la pereza laboral, en el ritualismo burocratizante y la jerga encriptada que separa la justicia de sus destinatarios; en la ética del patrón de estancia que impera en los despachos de jueces y fiscales. Pero también en el elitismo y la familia judicial, es decir, en el tratamiento desigual según el interlocutor de la justicia y en la reproducción de las asimetrías de clase, raza y género. En el destrato sistemático a los familiares y víctimas que se acercan hasta las mesas de entradas en los tribunales, en los tiempos largos o ultraveloces de los procesos judiciales; en la pereza teórica y la modorra intelectual de aquellos operadores judiciales que suelen aferrarse a doctrinas dogmáticas y criterios que atrasan, que ponen a la realidad en un lugar donde no se encuentra; en el uso sistemático de la prisión preventiva, en su reticencia a los cambios.

Sin embargo, no estamos en el grado cero. El estado del arte es prolífico en el norte global, y en lo que respecta al sur global, hay investigaciones muy importantes, algunas de las cuales se repasan acá. Vaya por caso el trabajo del antropólogo brasileiro, Roberto Kant de Lima, autor de *A polícia do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos*, que explora las relaciones entre el mundo policial y el mundo judicial. En este número *tradujimos* la introducción del libro y la acompañamos con un artículo de Lucía Eilbaum, otra referente del campo en argentina y la región en esta materia que, junto a Sofía Tiscornia, viene estudiando desde la década de los '90 las burocracias y sus violencias. La tesis de Kant de Lima es que el tratamiento desigual según el status social de la persona apuntada como sospechosa se carga a la cuenta de las policías. “La policía es el chivo expiatorio de la ideología jurídica elitista en un orden político teóricamente igualitario.” De esa manera el sistema judicial le pasa la pelota a las policías para que sean estas las que realicen el “trabajo sucio”: Una policía que, cuando investiga y vigila, cuando interpreta, negocia y distorsiona la ley de acuerdo a la “ética policial”, filtra casos y los juzga a la vez, es decir, ejerce castigos

anticipatorios que reproducen la desigualdad de clase y el racismo estructural.

En la sección *En Foco* hay dos trabajos inéditos, especialmente escritos para **Cuestiones Criminales**, de Malcolm Feeley y Jontathan Simon. Feeley es autor de un libro clásico en la materia: *The process is the punishment* (El proceso es el castigo) publicado en 1979, cuyo capítulo nueve traducimos especialmente para este número. El texto va acompañado de dos artículos: el primero redactado por Feeley que revisita el texto 40 años después, y el otro de Simon que revisa, dialoga y discute con Feeley.

La sección *Miradas* de este número es extensa. Reunimos una serie de trabajos de investigación que abordan distintos costados de la administración de justicia. La justicia juvenil (Julián Axat), el papel de la justicia en la criminalización de la protesta social y el encarcelamiento masivo (Silvio Cuneo Nash y María Fernanda Ovalle Donoso), el juicio por jurados (María Josefina Martínez) las mediaciones y la justicia restaurativa (María Florencia Graziano), los hábitos del campo judicial (Gabriel Bombini); la utilización de las cámaras de seguridad en los procesos criminales (Vanesa Lio), la influencia del gerencialismo empresarial en la gestión pública de justicia (Claudio González Guarda), los usos morales del dinero en la administración judicial (Ezequiel Kostenwein), en el monitoreo y descontrol judicial de las policías (Pablo Ciocchi) y en la reproducción de estructuras patriarcales por parte de la justicia (Nicola Lacey).

Este número contiene dos *conversatorios* a dos juristas y referentes en la materia. La primera entrevista se la hicimos a Eugenio Raúl Zaffaroni, ex juez de la Corte Suprema Nacional en Argentina y la otra al ex juez penal, recientemente fallecido, Mario Juliano. Dos actores que miran la justicia con conocimiento de causa, con la perspectiva de aquellos que estuvieron involucrados en la gestión de justicia.

Para la sección *Archivo*, el investigador e historiador, Agustín Casagrande, desempolva y analiza una disposición de la policía rural, encargada de administrar justicia en 1815 en Argentina. Una justicia que se confunde con la policía, un poder de policía que a su vez empodera a los vecinos encargados de negociar la justicia en tiempos de guerra y campaña.

Finalmente, en la sección Bolsa de investigación, Máximo Sozzo nos cuenta la investigación que vienen desarrollando en la provincia de Santa Fe en torno a los juicios abreviados.

El lector o la lectora se dará cuenta que son muchos los temas que aquí se abordan, pero también muchos las cuestiones que quedan pendientes. Con este dossier solo queremos aproximarnos a un campo de investigación que está empezando a ganar cada vez más la atención de criminólogos, antropólogos y sociólogos.

Esteban Rodríguez Alzueta
DIRECTOR

**A MARIO
JULIANO**



MIRADAS

JUICIOS SIN JUSTICIA

POLÍTICA CRIMINAL Y GERENCIA PÚBLICA: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS Y RELACIONES

CRIMINAL MANAGEMENT: FROM THE NEW PUBLIC MANAGEMENT TO THE OPEN GOVERNMENT

CLAUDIO GONZÁLEZ GUARDA
UNIVERSIDAD DE O'HIGGINS

RESUMEN

El presente trabajo describe a la Nueva Gestión Pública, como la tendencia organizacional y de política pública, relacionada con un conjunto de técnicas, valores, discursos y principios inspirados en la gestión empresarial, referidos a establecer cómo se debe administrar el sector público contemporáneo. Debido a que este enfoque se centra en la búsqueda de resultados, en la eficiencia y eficacia de la labor gubernamental, describimos su evolución y elementos esenciales, remarcando las diferencias respecto a la forma en que la burocracia tradicional ha organizado al Estado. Concluimos que: a) A pesar de que la nueva gestión pública estaría moviéndose hacia nuevos paradigmas como el denominado gobierno abierto, “nuevo servicio público” o hacia la comprensión de las organizaciones públicas con capacidad de aprendizaje y adaptación, el gerencialismo sigue siendo el modo protagónico de la administración pública; b) Este debate encuentra eco en el campo penal, en el denominado “gerencialismo penal”, comprendido como la tendencia político criminal con énfasis en la eficiencia, los resultados y minimización de costos en la gestión de las organizaciones del sistema penal.

ABSTRACT

This paper describes the new public management, as the organizational and public policy trend, related to a set of techniques, values, discourses and principles inspired by business management, referred to establish how to manage the contemporary public sector. Because this approach focuses on the search for results, on the efficiency and effectiveness of government work, we describe its evolution and essential elements, highlighting the differences with respect to the way in which the traditional bureaucracy has organized the State. We conclude that: a) Although, the new public management would be moving towards new paradigms, such as the so-called, open government, “new public service” or towards the understanding of public organizations with capacity for learning and adaptation, managerialism remains the central role model of the public administration; b) This debate is echoed in the criminal field, in the so-called “criminal management”, understood as the criminal political tendency with emphasis on efficiency, results and minimization of costs in the management of criminal system organizations.

PALABRAS CLAVES

NUEVA GESTIÓN PÚBLICA / GERENCIALISMO / ORGANIZACIÓN

KEYWORDS

NEW PUBLIC MANAGEMENT / MANAGERIALISM / ORGANIZATION

Introducción

En el paisaje del debate político-criminal contemporáneo, sin duda, una de las fuerzas performadoras más relevantes, es el denominado gerencialismo penal (Feeley y Simon, 1992; Simon y Feeley, 1994, 2012; Garland, 2001; Brandariz, 2014, 2016; González, 2016, 2018). Sin embargo, es palpable en la literatura que muchos análisis parten desde un estado del arte preponderantemente penal o criminológico dando por hecho que el gerencialismo es una realidad ya encarnada en los sistemas penales. Sin embargo, creemos que este abordaje no ha considerado de manera suficiente los contenidos y debates propios del campo administrativo, económico u organizacional que reflexionan acerca del *new public management* y sus tendencias salientes.

El escenario anterior, es decir, la prescindencia relativa de los elementos claves de la nueva gestión pública, se vuelve crítico cuando los análisis sobre el gerencialismo penal se hacen partiendo de la base, insuficiente en nuestra opinión, de que todas las áreas o categorías del sistema penal están igualmente configuradas por un determinado tipo de gerencialismo penal. También, este escenario crítico es observable cuando los análisis sobre gerencialismo se fundan en la extrapolación de literatura o procesos histórico económicos dispares como la aplicación de los cánones del norte global respecto de los modelos gerenciales de otros contextos regionales o nacional diversos.

De este modo, en este artículo se pretende, con las limitaciones del caso, exponer los elementos claves de la nueva gestión pública y su rápido proceso de transformación. Ciertamente, en este trabajo nos aproximamos al fenómeno de la gestión en los sistemas penales desde una perspectiva más de administración que de política criminal propiamente tal. Lo anterior es relevante, pues, es en ese intersticio entre gestión y política criminal en donde usualmente surgen las

paradojas acerca de cómo, cuánto y con qué intensidad influye o está influyendo el *new public management* en las políticas públicas penales.

Concepto y evolución de la nueva gestión pública

Ciertamente, una de las transformaciones más potentes de las últimas décadas en la forma de gestionar y organizar el sector público está constituida por el denominado *New Public Management* (NPM) o la nueva gestión pública. Su aporte ha sido intenso no solo por postular y propiciar la instalación de nuevas herramientas de gestión sino también por el potente sustrato ideológico que ha otorgado al asentamiento del imaginario neoliberal (Boltanski y Chiappelo, 2002).

Esta tendencia, en su dimensión más radical en inglés, se conoce como *managerialism* y cuya adaptación al idioma español se hace normalmente como gerencialismo y excepcionalmente como managerialismo. Nosotros, por economía narrativa, en algunos pasajes utilizaremos el acrónimo NGP, que responde a Nueva Gestión Pública o a Nueva Gerencia Pública. A pesar de que ambos conceptos significan lo mismo, la denominación “nueva gerencia pública” suele ser asociada a la etapa neoliberal del gerencialismo y por tanto temporalmente más tardía. En este trabajo usaremos normalmente estos términos de forma sinónima, salvo cuando haya que hacer alguna puntualización específica en un contexto concreto.

El gerencialismo en el campo de la gestión pública no es un fenómeno con influencia exclusiva en el sistema jurídico y, más específicamente, en el penal. Es más, seguramente es en este sector donde menos ha sido estudiado y donde más confusión hay sobre sus efectos. Otros ámbitos como economía, salud y educación (Halliday, 1995: 59) han sido campos de batalla prioritarios para su aplicación y, por tanto, son lugares donde más trabajos empíricos y teóricos encontramos sobre este tema. Es evidente que en estos sectores sociales las políticas públicas tienen un fuerte cariz ideológico y resumen en muchas ocasiones las alternativas políticas de la sociedad.

Con posterioridad han sido aplicados a otros sectores del aparato público.

Es un tema de debate dentro de la literatura la coherencia y vigencia del gerencialismo con sus propuestas iniciales. Nosotros sobre este punto seguimos a Omar Guerrero (1998, 2000, 2001, 2009) que sitúa el origen más moderno de esta corriente de la gestión pública en las obras de tratadistas franceses que de forma indirecta dieron cuerpo al ideario neoliberal. Por tanto, la eclosión del gerencialismo sería de raigambre francesa encabezada inicialmente por *Le secret des structures compétitives. Managenet ou bureaucratie?* (1966) de Octave Galinier y, en especial, por los trabajos de Michel Massenet sobre nueva gestión pública en *La nouvelle gestion publique: pour un etat sans burocratie* (1975). Posteriormente se sumarían a esta línea los trabajos de Roman Laufer y Alain Burland, esencialmente sus estudios sobre el enfoque de las nuevas relaciones entre la administración y el cliente-usuario como sustituto del ciudadano.

La obra de Massenet fue especialmente relevante para estudiar la introducción de los modelos de gestión privados dentro de la administración pública, poniendo el acento en la descentralización y en la gerencia basada en el cumplimiento de una misión. Otro de sus aportes consiste en haber puesto los fundamentos de la denominada “orientación hacia el cliente-usuario”, línea que posteriormente sería asumida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Como hemos dicho, Massenet se basa en el trabajo de Gelinier quien “fue el impulsor de la orientación de la administración pública hacia el mercado y la noción de ciudadano-usuario, además de sustentar que la gestión pública se define a partir de las relaciones con los usuarios y sobre la base lógica de la eficiencia y relaciones costo-eficacia” (Guerrero, 2009: 13-14).

A fines de la década de los setenta y principios de los ochenta el proceso de asentamiento del gerencialismo es asumido por los países del ámbito anglosajón de forma amplia para luego irradiarse de manera global. Nueva Zelanda, por ejemplo, es uno de sus pioneros

centrándose en la idea de la rendición de cuentas o *accountability* (Paula, 2005). Ya a estas alturas se comienza a sustituir la palabra *gestión* por *gerencia* y por tanto se comienza a hablar de Nueva Gerencia Pública (NGP).

Esta evolución no tardó en ser potenciada por ciertos gobiernos conservadores que se encontraban en plena implementación de programas que contenían una serie de políticas que buscaban la reducción del estado y que se movían bajo la proclama de buscar una mayor eficiencia del aparato público. El soporte político a esto lo dieron los gobiernos de Margaret Thatcher en Inglaterra y Ronald Reagan en Estados Unidos.

En sentido estricto la NGP, como suele ocurrir con muchos fenómenos sociales y económicos complejos, existía previamente, pero sus contornos no estaban definidos y tampoco había recibido nombre como tendencia específica. La obra *A Public Management for All Seasons* (1991) de Christopher Hood y el trabajo *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector* (1992) de David Osborne y Ted Gaebler, son nombradas generalmente como los trabajos rupturistas y las lanzaderas ideológicas que identificaron la nueva administración pública con las reformas que se estaban llevando a cabo en el Reino Unido. Pero también a estas alturas la NGP ya se estaba expandiendo por Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Suecia, Canadá y Japón (Pollitt, 1993; Lynn, 1996a y 1996b).

Los objetivos que generalmente perseguidos por este proceso de “modernización”, son los siguientes:

1. Esfuerzos por disminuir o contener el crecimiento del gobierno en lo referente a personal y gasto público.
2. Cambio hacia la privatización o cuasi privatización, con renovado énfasis en la subsidiaridad de la provisión de servicios públicos.

3. Desarrollo de una amplia agenda internacional enfocada en los grandes temas de administración pública, diseño de políticas, estilos de decisión y cooperación internacional.
4. El desarrollo de la automatización, particularmente en tecnologías de la información, producción y distribución de servicios públicos (Araya y Cerpa, 2009).

Ya en su despliegue más ideológico, se suele debatir acerca de la profundidad de la conexión entre neoliberalismo y la NGP. No cabe duda de la fuerte relación entre ellos. Como se sabe, la autonomía conceptual del neoliberalismo surge a fines de los años treinta con el “coloquio de Lippmann” (1937), potenciado posteriormente por la *Sociedad Mont-Pélerin*, a la que entre otros insignes miembros pertenecían Friedrich von Hayek, Milton Friedmann, Karl Popper, etc. El neoliberalismo estuvo así invernando muchos años dado que no tenía el suficiente músculo que lo pusiera en movimiento hasta que en la década de los setenta surge la oportunidad histórica de aplicarlo en el “laboratorio” nacional que ofreció la dictadura de Pinochet en Chile. Más tarde será asumido por los gobiernos conservadores de Estados Unidos y Reino Unido. Pronto palabras como privatización y desregulación se hicieron planetarias, a lo que coadyuvó la emergencia académica del neoliberalismo, materializado en el *Public Choice*. Esta línea de políticas públicas mostró a su vez una gran capacidad para la propagación de la nueva gerencia pública (Guerrero, 2009)¹.

El gerencialismo emergió en un contexto de crisis económica, tanto la del petróleo de los años setenta como la crisis crediticia de principios de los ochenta. Provocó ciertamente un impacto muy fuerte en la concepción del estado de bienestar de los países desarrollados y condujo a visiones reactivas al mismo. De este modo, el *New Public Management* o *Managerialism*, al que también se le suele

¹ Otras palabras o categorías propias que el neoliberalismo propagó fueron: despublificación, redimensionamiento, liberalización, desreglamentación, desincorporación, desestatización, desintervención o desnacionalización (Guerrero, 2008: 12).

llamar *neo-taylorismo*, pasó a constituir una de las formas concretas en que el neoliberalismo se materializa en la fase de administración de las funciones del estado y desde ese momento se configuró en ese sector como la forma casi única de afrontar el convulso momento económico.

En este período el rol de lo público y de las organizaciones públicas se debilita, pero además se debilita la política en sí misma, la ética del bienestar y el modelo burocrático de organización. De hecho, de la crisis económica que sufren hoy las economías capitalistas occidentales se suele culpar, no sin razón, a la desregulación sufrida tanto por la sociedad como por la política a fines de los años ochenta. Desregulación que generó el poder casi incontestable de las grandes corporaciones y de un capitalismo financiero o de casino.

Las técnicas importadas al mundo de lo público, similares a las técnicas empleadas por el mercado, trajeron consigo los conceptos de eficiencia y de competencia. La nueva gestión pública, que según muchos autores ha llegado a ser conceptualmente incoherente e incluso "un fantasma de aspecto terrible", penetró en lo más hondo de las administraciones públicas en todo el mundo, contribuyendo a la redefinición del rol del estado en cada uno de los países donde se produjo su adopción. La NGP se comprendió en su momento como de utilidad universal, replicable a todas las administraciones públicas independientemente de las características, estructuras, institucionalidad, grados de desarrollo y problemas de cada país (Araya y Cerpa, 2009).

Este nuevo paradigma se instaló en la discusión tanto académica como profesional en un contexto de transformaciones, como ya hemos dicho, más amplias, entre las que sobresale la caída del estado de bienestar, el llamado ajuste estructural, la desregulación de las economías y, en general, profundas transformaciones en el pensamiento económico mundial. Es el tiempo en que se produce el viaje desde la visión *estado-céntrica* a la visión *mercado-céntrica*, como lo

indican Araya y Cerpa (2009) y Sunkel (2002). En ese momento las interpretaciones de lo público llegan predominantemente desde el mundo de la disciplina económica particularmente de la teoría de la elección pública.

En el importante rol de los organismos internacionales en la difusión de esta nueva gestión pública destaca el papel que jugó la propia ONU. Lo refleja, por ejemplo, el *Informe mundial del sector público. globalización y estado* (2001) donde se recomendaba, entre otros lineamientos, lo siguiente:

1. Enfatizar los resultados, otorgando importancia a la medición del desempeño, el monitoreo y la evaluación.
2. Acentuar la reducción de costos.
3. Promover la privatización, la externalización y la descentralización de servicios prestados por el estado y el gobierno.
4. Centrarse en tareas o atribuciones esenciales y de alta prioridad.
5. Devolver responsabilidades decisorias tanto cuanto sea posible al usuario final.
6. Proveer servicios costeables y eficaces al sector privado.
7. Orientarse hacia el cliente y designar a los ciudadanos como “clientes valorados”, comprendiéndolos como grupos de interés con capacidad de “empoderamiento” real.

Esta serie de medidas que se van afianzando en el aparato público paulatinamente fueron criticadas por diversos autores (Pollitt, 1993). Esencialmente se dejaron de ver como una serie más o menos ordenada de técnicas y herramientas y se empezaron a calificar como un verdadero programa ideológico, primero de los grupos conservadores y luego de la “izquierda reformada” que encontró en él a uno de sus principales aliados y difusores a través de la denominada *tercera vía*.

El objetivo-consecuencia de dismantelar el estado de bienestar se vio fortalecida por la emergencia de un nuevo paradigma gerencial surgido como una nueva fuerza socio-económica superadora del capitalismo y del comunismo. Este nuevo paradigma ha sido denominado la sociedad de los *gerentes* (Enteman, 1993) y desde perspectivas sociológicas más amplias se llegó a hablar de una verdadera *mcdonalización* de la sociedad, poniendo el acento en los conceptos *de eficiencia, cálculo, previsibilidad y control* (Ritzer, 1996).

Para Pollitt (1993), quien estudió los efectos del gerencialismo en los servicios de salud y educación del Reino Unido y Estados Unidos, la pregunta de qué se entiende por gerencialismo puede responderse en varios niveles interrelacionados. Sus defensores esgrimen generalmente los siguientes:

1. La vía principal para el progreso social se encuentra actualmente en el logro de incrementos continuos de la productividad definida según criterios económicos.
2. El incremento de productividad se debiera conseguir con el aumento de la tecnología, lo cual incluye el uso de una gerencia científica.
3. La gerencia es una función independiente e identificable dentro de las que componen las tareas de organización y la que desempeña el papel principal a la hora de planificar, ejecutar y evaluar las mejoras necesarias en la productividad. El éxito empresarial dependerá cada vez más de las cualidades y profesionalidad de los gerentes.
4. El desempeño por los gerentes del papel crucial anterior exige que dispongan de un margen razonable de maniobra denominado "derecho a gestionar"².

² Alguna literatura suele hablar de "gerencialismo clásico", que sería aquel orden administrativo nacido de las teorías de Max Weber, y que por tanto comulga en general con los postulados de la burocracia clásica. Por el contrario, muchas de las características del gerencialismo que describimos aquí, van en sentido contrario a dicha concepción weberiana.

Características esenciales del gerencialismo

No existe un conjunto único de elementos que definan el gerencialismo. Sus contenidos dependerán entre otros factores del contexto geopolítico y momento histórico en que fue aplicado, de la influencia de las directrices de organismos internacionales, y de la estructura previa que tenía el aparato público en que fueron instaladas las herramientas gerenciales. Por esta razón normalmente se lo caracteriza simplemente contraponiéndolo a la administración pública tradicional. Un resumen de estas diferencias las podemos observar en el esquema siguiente:

Administración tradicional	Nueva gestión pública
Rigidez. Predominio de reglas y normas.	Flexibilidad. Desregulación.
Sistema centralizado.	Sistema descentralizado.
Sistemas de gestión administrativos. Predominio de criterios de caja.	Criterios de gestión empresariales.
Énfasis en los insumos y procesos.	Énfasis en los resultados.
Visión a corto plazo.	Visión a medio y largo plazo.
Organización jerarquizada.	Organización basada en una clara rendición de responsabilidades.
Enfoque interior en criterios políticos.	Enfoque exterior en los ciudadanos.
Oscurantismo.	Transparencia. Claridad en las actuaciones y en la elaboración de la información.
Cultura burocrática.	Cultura de resultados. Importancia del liderazgo

Fuente: Adaptado de Cortés Fleixas (2005: 77).

Ahora bien, después de muchos años de aplicación de la NGP en muchos lugares del mundo, la literatura actual ha llegado a ciertos elementos mínimos que harían posible comprender la nueva gestión pública. Así, la propuesta de Parrado (2015: 131-133), en base a Hood (1991), Pollit (1993), Arenilla (2011) y Hughes (2012), sintetiza el gerencialismo de la siguiente forma:

1. La gestión pública se orienta hacia los resultados y no hacia los recursos y el procedimiento legalista. El punto de partida de un gestor público son los productos y los impactos a alcanzar. La legislación y los recursos importan, pero el impulso de la actividad pública son los resultados a ser logrados.
2. Las habilidades para alcanzar resultados y gestionar eficientemente son distintas de los conocimientos técnicos requeridos habitualmente a los funcionarios de la administración pública tradicional. El directivo debe saber cómo alcanzar resultados estableciendo objetivos relevantes, midiendo su consecución y negociando los recursos necesarios para alcanzarlos³. La adquisición de habilidades genéricas de este tipo permitiría a los directivos públicos rotar entre las organizaciones del sector público sin necesidad de demostrar un conocimiento técnico del sector.
3. Se intenta controlar los costes y el presupuesto de los servicios públicos mediante técnicas contables más estrictas, como la contabilidad analítica.
4. Se adopta el enfoque del ciudadano-cliente. Se produce una adaptación de las prácticas privadas, y la administración deja de pensar en el ciudadano como "súbdito" o "administrado" y lo trata como "cliente".
5. El diseño organizativo se aleja de las grandes burocracias. Como se sabe, la moderna gestión pública está íntimamente conectada con los postulados de la economía neoclásica y, en particular, con la teoría de la elección racional. Esto implica que propende a la "desagregación" del Estado y no a una integración vertical, a diferencia de la administración pública tradicional.

En este sentido se diferencia entre el órgano que decide y el órgano que ejecuta. Así, el Estado asume un rol de coordinador/regulador entre las unidades, adoptando "la teoría del agente-principal" (Vickers y Yarrow, 1991) que lleva a

³ Esta negociación se dará especialmente, con independencia del tipo de servicio de que se trate (justicia, educación, salud etc.), con alguna entidad dependiente del ministerio de hacienda o finanzas. Como ya hemos mencionado, finalmente es este ministerio quien se ha convertido en el garante de la aplicación de la gestión pública enfocada en los resultados.

establecer una distancia organizativa entre las unidades decisoras y ejecutoras. La tendencia a introducir mayor competencia en la prestación del servicio surge de la “desagregación” del estado en distintas unidades que pueden competir entre sí.

No hay que olvidar que durante la evolución de la teoría administrativa, y como una derivación de la idea de división del trabajo y especialización de tareas, el enfoque neoclásico propuso el concepto de la “departamentalización” de la empresa y de las organizaciones en general (Chiavenato, 2014: 148 y ss.). En el sistema penal esta herramienta es observable en las “distancias organizativas” que existen ya no solo entre las diferentes instituciones del Estado sino incluso entre las distintas divisiones, unidades o departamentos que existen al interior de cada una de las organizaciones del sistema penal. También, en el modo auto-referente en que opera el sistema de fiscalías, donde incluso se fomenta la competencia entre ellas a través del sistema de indicadores de gestión. Esto también es observable en otros servicios públicos: en educación, la competencia por los mejores alumnos; o, en el sistema sanitario, los hospitales compitiendo por atraer pacientes.

6. Los servicios públicos se basan más en una relación contractual. Mientras la administración pública tradicional se funda en una estructura jerárquica, la lógica gerencial promueve una cultura contractual, entre el ministerio y las “agencia” que brindan servicios, entre los ministros y los altos funcionarios; entre las autoridades públicas y los consumidores⁴.

Visiones alternativas al gerencialismo

Las visiones gerenciales fueron implementadas a gran velocidad. El mundo académico trató de acomodarse a esta nueva visión del

⁴ Valga como ejemplo de esto en el sistema penal los denominados “Convenios de gestión”. Un ejemplo de ello lo vimos a propósito del sistema de metas de gestión en la fiscalía chilena. Estos convenios a nivel macro se dan, entre directivos superiores y ministerios; a nivel medio, entre directivos de unidades, divisiones o zonas geográficas y directivos superiores; y a nivel micro, entre directivos medios o bajos y funcionarios del servicio, que son los llamados “compromisos individuales” de logro de metas. Lo que subyace finalmente en esto es que, en el contexto de diferenciar decisión y ejecución de política pública, el responsable final del resultado a alcanzar es el directivo público o el funcionario, y no el cuerpo político.

sector público. Inicialmente su rechazo fue total, para luego intentar morigerar sus efectos proponiendo modelos alternativos. Por ejemplo, clasificaciones como las de Ramió (2010) distinguiendo entre corriente neo-pública versus neo-empresarial intentaban rescatar principios como la igualdad y universalidad de los servicios públicos frente al discurso homogeneizador en los “*slogans*” de eficacia y eficiencia que promovía el gerencialismo.

Otra corriente reactiva fue el denominado neoweberismo o *public management reform*. Algunos de sus principales exponentes, como Pollitt y Boukaert, pretendían una salida ecléctica entre la burocracia weberiana y la nueva gestión pública. Influidos por las corrientes del neo-institucionalismo ellos no rechazan de plano toda esta nueva forma gerencial de entender lo público pero ponen el acento en mantener ciertos elementos estructurales del constructo weberiano. Para más claridad esta postura la podemos sintetizar mediante el siguiente contrapunto entre sus elementos weberianos y neoweberianos (Pollitt y Bouckaert, 2004: 99-100; Moriconi, 2008: 91).

Elementos weberianos:

1. Reafirmación del rol del estado como el principal garante y creador de soluciones frente a los nuevos problemas de la globalización, los cambios tecnológicos, los cambios demográficos y las amenazas medioambientales.
2. Reafirmación del rol de la democracia representativa (central, regional y local) como el elemento legitimador dentro del aparato estatal
3. Reafirmación del rol de las leyes administrativas, modernizadas de manera adecuada en la preservación de los principios básicos referentes a la relación ciudadano-estado, incluyendo la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la disponibilidad de marcos legales para evaluar las acciones del estado.
4. Preservación de la idea de un servicio público con una cultura, estatus, términos y condiciones distintivos.

Elementos neweberianos:

1. Cambio de la orientación del trabajo administrativo, antes interna y con gran atención a las reglas burocráticas y ahora con una orientación externa más adecuada a las necesidades y preferencias de los ciudadanos. Se intenta crear una cultura profesional de calidad de servicio.
2. Complementación del rol de la democracia representativa con una gama de dispositivos para la consulta popular y toma en consideración de los puntos de vista de la población.
3. Modernización del derecho administrativo, sobre todo hacia la realización de auditorías, fomentando una orientación hacia el logro de resultados antes que hacia el cumplimiento estricto de los reglamentos. Cambio en el énfasis de los controles, desde un modelo ex-ante a un modelo ex-post.
4. Cambios en los criterios de profesionalización del servicio público, de modo que el funcionario no sea meramente un experto en el derecho relevante para su esfera de actividad sino también un gerente profesional dedicado a satisfacer las necesidades y preferencias de los ciudadanos.

La gestión por resultados (GPR)

Han transcurrido casi tres décadas desde los primeros retoques gerenciales en la administración pública moderna. La pregunta lógica a estas alturas, sería qué expresión o estilo del gerencialismo es el que actualmente se impone. La respuesta inicial pareciera no ser otra que la denominada “gestión por resultados”.

Pareciera bastante evidente que la colonización del Estado llevada a cabo por el gerencialismo se habría producido de afuera hacia adentro. Parafraseando a Guerrero (2009), el exo-gerencialismo habría puesto su acento y propiciado primero en las transformaciones externas a la administración, por ejemplo, la privatización y la externalización de servicios. Posteriormente, lo que podríamos

denominar el endo-gerencialismo se habría centrado en llevar a cabo transformaciones en la gestión interna de las organizaciones públicas.

Es en esa segunda oleada gerencial donde se observa con más claridad la migración de herramientas de gestión del campo privado a lo público. En este capítulo ya nos hemos referido individualmente a algunas de estas nuevas herramientas gerenciales como la planificación estratégica, el control de la gestión, el sistema de indicadores y el CMI. Sin embargo, en la actualidad se sostiene que el paradigma de gestión que engloba a todos estos procesos y técnicas es la denominada “gestión basada en los resultados” (*Result Based Management* o RBM), también llamada “gestión orientada por la gestión” (*Result Oriented Management* o ROM). Ambos términos los usaremos en términos equivalentes, aunque preferiremos por su difusión en la literatura internacional el acrónimo GpR (gestión por resultados).

Dada la dinámica de las escuelas de gestión y las múltiples superposiciones conceptuales existentes, no está completamente clara la ligazón entre el gerencialismo y la GpR. Si bien es cierto que la mayoría de la literatura establece que existe una relación directa entre ambos conceptos otros afirman que históricamente la GpR descende de los trabajos de Peter Drucker acerca de la administración por objetivos (APO). Justamente por esta razón ya hemos destacado esta herramienta gerencial al relatar los principales aportes del enfoque neoclásico en la evolución de la gestión.

La administración por objetivos tuvo un impacto directo y rápido en la práctica de la gerencia privada. Su adaptación a otro tipo de organizaciones, como las del sector público, se produjo sobre todo por medio de lo que se llamó el método de marco lógico (MML). Este fue un método que se utilizó especialmente para evaluar la planificación de proyectos orientados a ciertas finalidades. El relato histórico establece que la GpR tuvo una primera aplicación en todo el sistema de ayudas para el desarrollo internacional para luego trasladarse a la implementación de proyectos y a la evaluación de

“impacto” del sector público. De este modo actualmente se habla de la Gestión para resultados de desarrollo o en su acrónimo GpRD (Álvarez, 2014).

En realidad, lo que habría sucedido es que el gerencialismo cogió este enfoque de gestión por los resultados, lo hizo suyo, y lo convirtió en uno de los elementos esenciales en su objetivo de transformar el sector público.

De hecho, autores como Cunill y Ospina (2008), entre otros, suelen establecer que la GpR no tiene solo una raíz privada, sino que tiene que ver con los paulatinos procesos de democratización de la sociedad occidental. Este proceso habría provocado que los ciudadanos exigieran a los cuadros políticos y a las autoridades en general que las políticas públicas tuvieran un real impacto sobre su calidad de vida.

Lo cierto es que hoy en día la GpR se ha impuesto como modelo de gerencia pública. Ideas como la gestión de “calidad total” o la gestión por objetivos han cedido terreno a la moda de la gestión pública por resultados, siendo además promovida por los propios organismos internacionales. De hecho, al explicar en epígrafes anteriores los contenidos de la planificación estratégica y control de la gestión nos basamos en los trabajos desarrollados por la CEPAL que adhiere en lo esencial a lo planteado por esta línea de gestión. Por tanto, conceptos como gobierno abierto, información por desempeño, presupuesto por resultado, entre otros, pertenecen todos a la familia de la GpR y se han popularizado en la literatura y práctica de la gestión de las instituciones públicas en los últimos años⁵.

⁵ La “Carta iberoamericana de la calidad en la gestión pública” (2008) define calidad de gestión pública: “como una cultura transformadora que impulsa a la administración pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficacia en el uso de los recursos públicos. La calidad de la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la administración pública y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad”.

En Latinoamérica el concepto de GpR suele estar contenido explícitamente en la visión de muchos ministerios de hacienda o áreas de finanzas, como ya se indicó a propósito de la DIPRES chilena. Además, los gobiernos de la región han optado por ella a tenor de lo establecido en la Carta iberoamericana de calidad en la gestión pública, la cual menciona dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático: “(1) Toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso de formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; (2) La gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas”⁶.

El sistema de gestión del rendimiento

La GpR tiene múltiples dimensiones como la transparencia, la rendición de cuentas o la orientación al usuario. Pero sin duda lo que la define es su tendencia a hacer primar los resultados de la gestión sobre los procedimientos. Esto además ayuda a las instancias centrales y a los gerentes a gestionar las distintas unidades o divisiones a partir de resultados.

Para tener resultados hay que medirlos. A estos efectos atenderemos a tres ejes fundamentales de lo que se denomina el Sistema de gestión del rendimiento (SGR) y que son los que en definitiva dan cuerpo a la gestión por resultados. Sin perjuicio de que en términos generales nos hemos referido a ellos en el control de la gestión, aquí los centraremos en el plano de la GpR. Estos son: a) los objetivos, b) las metas, y c) los indicadores.

⁶ Información disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-calidad-en-la-gestion-publica/view>.

- a) Los objetivos son aspiraciones generales a alcanzar. Lo determinante para la gestión del rendimiento es que los objetivos aluden a resultados⁷.
- b) Una meta es la cantidad deseada de cambio, reflejada en un número o porcentaje. Para cada objetivo se deben determinar unas metas específicas a alcanzar en un período de tiempo determinado.
- c) Los indicadores son las variables que permiten medir qué tan cerca se está de alcanzar los objetivos y metas de la organización, enunciados en términos de productos e impactos. Esto se puede medir en porcentajes, medias, números absolutos etc. Los indicadores pueden ser objetivos (porcentaje de robos resueltos sobre el total de robos cometidos), o subjetivos-percepciones (porcentaje de ciudadanos que se sienten seguros cuando pasean por la noche por el centro de la ciudad) (Parrado, 2015: 137-138).

Ejemplo para la política criminal:

Objetivo	Reducir los homicidios para el año 2017 en Latinoamérica.
Meta	Reducción de un 10 %: Si la línea base el año 2016 es de 20 homicidios por cien mil habitantes, la meta será tener en 2017, 18 homicidios cada cien mil habitantes en Latinoamérica.
Indicador	Porcentaje de homicidios por cien mil habitantes.

Fuente: Elaboración propia

Lo cierto es que este modelo básico de objetivo/meta/indicador es ampliamente empleado en el ámbito público, y está actualmente en expansión en el sistema penal. Sin embargo, al mismo tiempo existe un fuerte debate en la literatura acerca de los problemas que trae aparejada la medición de resultados. Estos debates generalmente giran en torno a: en qué tipo de organización es posible medir los resultados, cómo morigerar las ambigüedades en los indicadores, cómo evitar la manipulación de datos para obtener determinados

⁷ En español y en inglés algunos autores hacen una distinción entre objetivos genéricos (*goals*) y objetivos más concretos y operativos (*objectives*) (Parrado, 2015: 137).

resultados y si es preferible medir procesos o rendimientos, entre otros (Parrado, 2015).

Nosotros ciertamente no podemos extendernos sobre todo esto, aunque en las conclusiones haremos referencia a algunos de estos puntos. Sin perjuicio de ello, exponemos ahora una tabla que indica las ventajas o no del sistema de metas para una organización pública. Parrado (2015) en base a Tabot (2005) y Hughes (2012) lo resume así:

Argumentos positivos y negativos para establecer metas de resultados:

Positivos (+)	Negativos (-)
La organización se centra en los resultados, y no solo en el cumplimiento de la ley.	Siempre hay errores en la medición, lo que es inevitable en cualquier intento de cuantificación.
La rendición de cuentas se basa en la consecución de resultados relevantes para la población.	Es una visión incompleta. Pues solo con los indicadores de rendimiento, la actividad del sector público no se puede captar en su totalidad.
Facilita la elección del usuario de las organizaciones que obtengan buenos resultados.	En algunos casos, los sistemas de medición del rendimiento se vuelven muy complejos pues el afán de medirlo todo lleva a elaborar una cantidad ingente de indicadores.
Aumenta la satisfacción del usuario con el servicio. El usuario tiene una expectativa respecto del servicio en base a información.	Altos costos de transacción. En muchos casos la producción de indicadores relevantes, así como la utilización y el control de esa información son muy costosos. En algunos casos son necesarias además auditorías externas para medir los mismos indicadores.
Permite la evaluación del desempeño de los empleados públicos y su alineación con los objetivos organizativos.	Las evaluaciones son subjetivas, y se centran solo en los objetivos que a los directivos les interesa destacar para mostrar éxito en la organización.

Fuente: Elaboración propia adaptado de Parrado (2015: 150-152).

Evaluación de la implementación del gerencialismo

Finalmente, si realizamos una evaluación de la implementación del gerencialismo no debemos ignorar que la nueva gerencia pública aplicada en diversos países del mundo, especialmente anglosajones, lo fue en sociedades que en general poseían un fuerte estado de bienestar, con baja corrupción, escaso clientelismo funcional y fuerte vocación de servicio público. Eso explica que este cambio organizacional se hiciera de forma más estructurada a diferencia de

como se ha hecho en las sociedades latinoamericanas. La literatura suele destacar particularmente el caso neozelandés como ejemplo de este contrapunto (Moriconi, 2008)⁸.

La mayoría de la literatura que evalúa este proceso en Iberoamérica (Armijo, 2011; Moriconi, 2008; Longo y Echebarría, 2000; Vicher, 2009; Cunill, 1997) piensa, como lo sintetiza con claridad Vicher (2009: 71, 76-77), que “la calidad pública ha disminuido o, al menos, no ha mejorado”. Paradójicamente organismos internacionales como el BID, CEPAL, OECD, el Banco Mundial o incluso el mismo CLAD⁹, que fueron promotores de la implementación de la NGP en la región, en sendas evaluaciones sobre el tema han suscrito muchas de las críticas que la literatura especializada indica sobre las falencias y tensiones de este proceso modernizador.

Pero además de las razones estructurales que apuntábamos previamente, es decir, la debilidad histórica de los “servicios civiles”, la fragilidad de sus instituciones, el escaso civismo, un sector privado informal, etc. (Ferraro, 2007; Waissbluth, 2003), existen otras razones más específicas que nos explican este fracaso.

Por ejemplo, el exceso y diversidad de leyes y decretos sin un objetivo claro o la focalización de los esfuerzos transformadores en ámbitos de la economía y en la recaudación de impuestos y no en los servicios básicos para la población. Además, muchas reformas se plantearon en la administración central descuidando la local.

⁸ La doctrina indica que algunos de los cambios que el gerencialismo impulsó en la región son: La profesionalización del “servicio civil”, la configuración de la alta dirección pública, los sistemas de contratación, la admisión del sector privado en áreas históricamente públicas, el nuevo trato entre el estado y los funcionarios, la elaboración de un nuevo discurso acerca de la misma gobernanza del sistema público (Ramos y Scrollini, 2013; Moriconi, 2008). Para otros autores, cuatro son los componentes básicos de esta transformación: 1) indicadores de gestión; 2) compromisos de resultados; 3) evaluación de desempeño e incentivos; y 4) rendición de cuentas (Quintín, 2002; Cunill, 1997).

⁹ Centro latinoamericano de administración para el desarrollo (1972). Es una entidad regional que tiene como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas. Este organismo en el año 1998 reunió a una serie de connotados especialistas sobre el tema de gestión pública; de este encuentro emanó un documento denominado “*Nueva gestión pública para América Latina*”, el cual trataba el desafío de cómo aclimatar la nueva gerencia pública en el contexto latinoamericano.

También en muchos casos se pasó de la rigidez burocrática al exceso de flexibilización y a la discrecionalidad administrativa (Cunill, 1997).

Este último punto es relevante, pues se relaciona con uno de los caballos de batalla de quienes propugnaban este nuevo modelo de gestión, que es el denominado proceso de “adelgazamiento” del estado. Lo cierto es que, como consecuencia de este proceso, más bien se ha desembocado en conductas irregulares o abiertamente corruptas motivadas entre otras razones en que al dejar muchos servicios en manos del mercado el estado perdió capacidad de regulación y vigilancia sobre la calidad de las prestaciones; a eso se sumó al bajo nivel de autorregulación y la escasa ética del sector empresarial que contrataba con el estado.

Lo cierto es que en términos generales el gerencialismo ha sido fuertemente cuestionado, esencialmente porque en su corazón no está la idea de gerenciar o manejar sino de operar más bien bajo las lógicas propias del mundo mercantil. Por tanto, ni siquiera es hijo de la tradición de la gestión científica, sino que promueve simplemente la introducción del espíritu empresarial de gobierno en la provisión de servicios y bienes públicos. En síntesis, la lógica del gerencialismo estaría más cercana a la idea del mercader que a la del productor, el mercader en estricto rigor gestiona la puesta en el mercado de los productos respectivos (Guerrero, 2009: 16).

El gerencialismo también ha hecho agua por otros motivos. Por ejemplo, en un momento determinado se convirtió más en una moda que en una corriente de manejo eficiente. A ello ayudaron dos razones: 1) Que la nueva gerencia pública fue construida a partir de un cuerpo conceptual y de una jerga mercadotécnica, pero no se encontraba teóricamente muy desarrollada; y 2) Esta moda fue puesta en marcha en gran parte por la vocación de consultoría inserta en ella.

Lo cierto es que hoy en día las tendencias más moderadas e híbridas del gerencialismo han agregado a la idea de eficacia, eficiencia y economía los factores de calidad y gobernanza (Guerrero, 2009: 19). En síntesis, como este mismo autor lo señala, en la

actualidad podemos establecer que la nueva gestión pública es un episodio histórico ya superado y que luego de haber transcurrido este “nuevo orden neo-gerencial” será el momento de comenzar a edificar la gerencia cívica desde la idea del estado cívico. No sabemos si esto es más un deseo del autor o una realidad comprobable en los hechos.

Conclusión

Describir modelos tan complejos como la nueva gestión pública es una tarea siempre incompleta. A su propia diversidad conceptual, se suma el hecho de que el gerencialismo actual no es el mismo de los años ochenta o noventa del siglo pasado que fue el momento en que eclosiona el concepto a nivel internacional. Es más, para algunos el gerencialismo ya no existe y más bien estamos en una etapa de transición hacia un nuevo paradigma de “nuevo servicio público” en sintonía con la idea de gobierno abierto.

Así, la idea de gobierno abierto, si bien nace con el llamado de Barak Obama a una nueva forma de entender el gobierno, ha calado incluso a nivel latinoamericano. De este modo Carta Iberoamericana, aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Bogotá, Colombia, 7 y 8 de julio de 2016 y adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Cartagena de Indias, Colombia, 28 y 29 de octubre de 2016, entiende por Gobierno Abierto: “El conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrando e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo” (Carta Iberoamericana sobre Gobierno Abierto, 2016: 5).

Asimismo, las corrientes imbuidas en la denominada gobernanza ecológica como visiones postmodernistas del campo organizacional

también están presionando hacia ideas superadoras de las perspectivas gerenciales en la forma de administrar el Estado (Robertson y Choi, 2010). De este modo, se intenta matizar la idea de que las organizaciones públicas son esas figuras monolíticas, burocráticas y racionales que pregonaba el gerencialismo clásico, idea que de alguna manera recogió el gerencialismo moderno incorporando elementos propios de la competitividad empresarial. Así, se propugna el concepto de que las organizaciones en general, incluyendo a las públicas, debieran ser instituciones que debieran tener “capacidad de aprendizaje” y por tanto su principal virtud es la adaptación al entorno.

De este modo, es innegable que el gerencialismo ha tenido y está teniendo una influencia intensa en el sistema penal en los últimos 30 años, con todos los matices nacionales y sectoriales que se puedan hacer, mucha literatura así lo confirma (Simon, 1994, 2012; Brandariz, 2014, 2016; González, 2018). La duda que hoy surge es si ese supuesto declive o la emergencia de nuevas visiones de gerenciales también tienen o tendrán un impacto en la conformación de las organizaciones de justicia penal y en los procesos de criminalización. Eso es un tema que excede los objetivos de este trabajo y por tanto no es posible abordar, sin embargo, abre un campo de análisis sugerente para futuras investigaciones.

Referencias

- Álvarez, J. L.: “El paradigma de la gestión por resultados: orígenes y fundamentos”, *Conference paper*, Universidad de Costa Rica, 2014.
- Araya, E. y Cerpa, A.: (2009). “Después de la nueva gestión pública, ¿qué?”, *Agenda Pública*, VII (12), 2009.
- Arenilla Sáez, M.: *Crisis y reforma de la administración pública*, Madrid: Netbiblo, 2011.
- Armijo Quintana, M.: *Planificación estratégica e indicadores de desempeño en el sector público*, Santiago de Chile: CEPAL, 2011.
- Boltanski, L. y Chiapello, É.: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid: Akal, 2002.
- Brandariz García, J. A.: *El Gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid: Dykinson, 2014.
- Brandariz García, J. A.: *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson, 2016.
- Chiavenato, I.: *Introducción a la teoría general de la administración*, México: Mc-Graw-Hill Latinoamericana, 2014.
- Cortés Fleixas, J. L.: *El presupuesto como instrumento de gestión pública: del presupuesto por objetivos al presupuesto de recursos*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.
- Cunill Grau, N. y Ospina, S. (eds.): *Evaluación de resultados para una gestión pública moderna y democrática. Experiencias latinoamericanas*, Caracas: CLAD, 2003.
- Cunill Grau, N.: *Repensando lo público a través de la sociedad*, Caracas: Editorial Nueva Sociedad y Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1997.
- Enteman, W. F.: *Managerialism. The emergence of a new ideology*, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1993.
- Feeley, M. y Simon, J.: “The new penology. Notes on the emerging strategy of corrections and implications”, *Criminology*, 30 (4), 1992, 449-473.
- Ferraro, A. (ed.): *A la búsqueda del buen gobierno en América Latina. Gobernanza multinivel, reformas estructurales y cooperación internacional en las democracias latinoamericanas*, Barcelona: Bellaterra, 2007.

- Garland, D.: *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- González, C. J.: “El *New Public Management* en las reformas al sistema de justicia criminal en Latinoamérica. El caso de Chile”, en: Rodrigo Torres (ed.): *Realidades y perspectivas de jóvenes investigadores. Nuevas fronteras de investigación*, Actas Coloquios EchFrancia, 7, 2015, 79-99.
- González, C. J.: *Gestión, Gerencialismo y Sistema Penal*, Buenos Aires: BdeF. 2018.
- Guerrero Orozco, O.: “El ‘*management*’ público: Una torre de babel”, *Convergencia*, 5 (17), 1998, 13-47.
- Guerrero Orozco, O.: “*Management* público, un concepto elusivo. Cuatro variaciones sobre el mismo tema”, *Revista de Administración Pública*, 100, 2000, 191-224.
- Guerrero Orozco, O.: “Nuevos modelos de gestión pública”, *Revista Digital Universitaria*, 2 (3), 2001.
- Guerrero Orozco, O.: “El fin de la nueva gerencia pública”, *Revista Chilena de Administración Pública*, 13, 2009.
- Halliday, J.: (1995). *Educación, gerencialismo y mercado*, Madrid: Morata, 1995.
- Hood, C.: (1991). “A public management for all seasons?”, *Public Administration*, 69, 1991, 3-19.
- Hughes, O.: *Public management and administration*, New York: Palgrave, 2012.
- Longo, F. y Echebarría, K.: *La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas*, Caracas: CLAD, 2000.
- Lynn, L.: “Reforma administrativa desde una perspectiva internacional. Ley pública y nueva administración pública”, *Revista Gestión y Política Pública*, V (3), 1993.
- Lynn, L.: *Public management as art, science and profession*, New York: Chatham House, 1996.
- Mariconi, M.: *Retórica política y reformas de la administración pública en América Latina. Estudio crítico y comparado del discurso oficial sobre reformas administrativas en Argentina, Chile y Uruguay*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008.

- Osborne, D.: *La reinvencción del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.
- Parrado, S.: *El Análisis de la gestión pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Paula, A. P.: *Por uma nova gestão pública: Limites e potencialidades da experiência contemporânea*, Río de Janeiro: FGV, 2005.
- Pollitt, C.: *El gerencialismo y los servicios públicos. La experiencia anglo-norteamericana*, Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1993.
- Pollitt, C. y Bouckaert, G.: *Public management reform a comparative analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Quintín, A.: *Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: la nueva gestión pública*, Caracas: mimeo, 2002.
- Ramió, C.: *Teoría de la organización y la administración pública*, Madrid: Tecnos, 2010.
- Ramos, C. y Scrollini, F.: “Los nuevos acuerdos entre políticos y servidores públicos en la alta dirección pública en Chile y Uruguay”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 22 (1), 2013, 11-36.
- Ritzer, G.: *McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Barcelona: Ariel, 1996.
- Robertson, P. y Choi, T.: “Ecological Governance: Organizing Principles for an Emerging Era”, *Public Administration Review*, 2010, 89-99.
- Simon, J. y Feeley, M.: “Actuarial justice: The emerging new criminal law”, en: David Nelken (ed.): *The futures of criminology*, London: Sage, 1994, 173-201.
- Sunkel, O.: “Trascender el dilema Estado-Mercado: un enfoque sociocéntrico”, *Agenda Pública*, 1, 2002.
- Talbot, C.: “Performance management”, en: Ferlie, E., Lynn, L. y Pollitt, C. (eds.): *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Vicher, D.: “Reflexiones sobre las reformas neogerenciales: ¿hacia una nueva reforma administrativa?”, *Revista Chilena de Administración Pública*, 13, 2009, 53-85.

Vickers, J. y Yarrow, G.: *Un análisis económico de la privatización*, México: FCE, 1991.

Waissbluth, M.: “La insularidad de la gestión pública latinoamericana”, *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, 27, 2003.

LA JUSTICIA PENAL: APROXIMACIONES INTRODUCTORIAS Y PANORÁMICAS A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN CAMPO COMPLEJO

CRIMINAL JUSTICE: INTRODUCTORY AND PANORAMIC APPROACHES TO THE STRUCTURING OF A COMPLEX FIELD

GABRIEL BOMBINI
UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA

RESUMEN

En la presente contribución, trataré de poner en debate algunas tendencias y patrones que pueden ser sugeridas como preponderantes a la hora de intentar comprender al campo de la justicia penal en su trayectoria histórica hasta el presente. En un ejercicio limitado a una breve descripción panorámica, intentaré identificar desde este punto de vista aquellos que pueden ser considerados como estructurantes del campo, en el entendimiento que—en una dinámica no exenta de disputas, tensiones y resistencias—se erigen como disposiciones u orientaciones generales de las representaciones y acciones de los agentes de la justicia penal. Así se identificarán tanto aspectos de su vertebración ligada a la procedencia o status social de los agentes y las agentes que las integran, como la incidencia tradicional de la cultura patriarcal; a los procesos formativos de sus agentes fuertemente apegados al positivismo jurídico y criminológico; a sus formas organizacionales burocratizadas, caracterizadas por su centralización, jerarquización y masculinización y la difusión de rituales y *habitus*; y a los altos niveles de politización de la penalidad en tiempos de *populismo penal* o *demagogia punitiva* y su impacto al interior del espacio judicial.

ABSTRACT

In this contribution, I will try to discuss some trends and patterns that may be suggested as predominant when trying to understand the field of criminal justice in its historical trajectory up to the present. In an exercise limited to a brief panoramic description, I will try to identify from this point of view, those that can be considered as structuring the field, in the understanding that—in a dynamic not free from disputes, tensions and resistance—they are erected as dispositions or orientations of the representations and actions of criminal justice agents. This will identify both aspects of its structure linked to the origin or social status of the agents that comprise them, as well as the traditional incidence of patriarchal culture; to the formative processes of its agents strongly attached to legal and criminological positivism; to its bureaucratized organizational forms, characterized by its centralization, hierarchization and masculinization and the diffusion of rituals and *habitus*; and to the high levels of politicization of punishment, in times of penal populism and its impact within the judicial space.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA PENAL / HABITUS / POPULISMO PENAL

KEYWORDS

CRIMINAL JUSTICE / HABITUS / PENAL POPULISM

A la memoria de Roberto Bergalli

La Justicia Penal como un campo político complejo

Que la justicia penal ha resultado desde siempre una institución compleja, polémica y problemática no es novedad¹. Sin embargo, en el tiempo reciente, tanto su presunta legitimidad política—forjada en el rol asignado en la tradición iluminista y republicana de la división de poderes—como su legitimación social—plasmada en un severo cuestionamiento público—parecen haberse resentido muy especialmente².

Este estado de cosas puede obedecer a diversas razones. Entre las que podríamos encuadrar en un punto de vista externo, probablemente tengan una implicancia sustancial su rezago frente a la velocidad de las vertiginosas transformaciones que se presentan en las sociedades del siglo XXI y el reforzamiento de su incómodo reposicionamiento como objeto de demandas sociales contradictorias cada vez más enérgicas, acorde con la extraordinaria tensión de intereses económico-políticos y poderes fácticos en el escenario actual³.

No es mi intención repasar ahora las plurales dimensiones en las que pudiera pensarse para tratar de comprender la consolidación de ese supuesto declive, las que merecerían una exploración detallada que excede esta aproximación mucho más acotada. En cambio, en

¹ Cf. Bergalli (1996, 1999, 2003); Andrés Ibañez (2015); Anitua (2017a, 2017b).

² Para el caso local ver los trabajos al respecto de Kunz (2005), Kostenwein (2019) o los informes elaborados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En el primero de estos informes, producidos en conjunto con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, que contó con la realización de 2800 entrevistas, se estableció como uno de los principales hallazgos que el 64,80% de los encuestados piensa que la justicia penal no resuelve los problemas reales de la gente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016). Más recientemente, también el ministerio aludido con la intervención de la Dirección Nacional de Política Criminal, publicó el *Estudio nacional sobre percepción y acceso a la justicia*, centrado en las dimensiones de *acceso, confianza y legitimidad de la justicia*, en el que se afirma que más del 70% de los entrevistados considera que la actuación de la justicia penal es mala o muy mala, es poco eficaz, demora demasiado en resolver los casos judiciales, es difícil entender el lenguaje que usan los jueces en sus decisiones y es inequitativa en el trato dispendiado según la procedencia social del público (Húbez y D'Angelo *et al.*, 2018).

³ Garapon (1997), Ferrajoli (2011), Andrés Ibañez (2003, 2007, 2015), Anitua (*op. cit.*).

esta oportunidad quisiera centrarme en otros aspectos que, aunque pudieran tener incidencia en su percepción presente, vienen moldeando tradicionalmente las estructuras, culturas y prácticas de la justicia en general, y de la penal, en particular.

En ese sentido, me interesa reflexionar sobre ciertos trazos principales del campo de la justicia penal para discutir en qué medida es factible que, en procesos no exentos de disputas y contrapuntos, puedan haber venido jugando un papel relevante en la relativización o debilitamiento de su función política central en las democracias modernas, vinculada a la vigencia y garantía de los derechos individuales y colectivos.

Vale decir, intentar exponer de modo casi enunciativo y general, una aproximación en torno a cuáles podrían ser algunas de las condiciones de posibilidad que han venido forjando su estructural ineficacia para lograr la concreción efectiva de las garantías y derechos que se le reclaman.

En esta dirección, sin pretensión de exhaustividad en la descripción, y sin dejar de reconocer su complejidad institucional—y por ende la imposibilidad de pretender asirla como un espacio homogéneo—simplemente me limitaré a poner en debate algunas tendencias y patrones que pueden ser sugeridas como preponderantes en la disputa, a la hora de intentar comprender al campo de la justicia penal en su trayectoria histórica hasta el presente.

Por lo tanto, la indagación conduce a posar la mirada sobre distintas dimensiones de la Justicia Penal, comprendiéndola, como un campo de estructuración compleja, en el sentido de Pierre Bourdieu⁴; en el que se expresan una serie de relaciones de fuerza entre determinados actores institucionales que pugnan por imponer sus visiones e intereses en torno a la aplicación a los casos concretos del castigo legal (2000)⁵.

⁴ Por todos Bourdieu (2000, 2013).

⁵ Señala, pues que el autor en un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (Bourdieu, 2005).

En nuestro medio, distintas aproximaciones al estudio de la justicia penal se han intentado de la mano de estas herramientas teóricas, con matices diferenciales, de acuerdo con el grado de especificidad e intereses temáticos.

Por mencionar algunos de ellos, por ejemplo, Alberto Binder (2014, 2017) realiza una apropiación de ese marco de corte más general, para indagar empíricamente en el funcionamiento de la justicia penal y a partir de allí tender puentes hacia la construcción desde el derecho procesal penal de transformaciones de lógicas y prácticas de los actores judiciales.

Es así que adopta el concepto de *campo* con la advertencia que se trata de “‘conceptos abiertos’, ‘útiles’ para la investigación pero que no descubren esencias inmutables y por lo tanto deben ser confrontados con sus resultados y entendidos dentro del marco teórico en el que son utilizados” (Binder, 2017: 219-220). Su opción por este tipo de conceptualización, entre otras posibles, se decanta por su “claridad y productividad” (221), por la posibilidad que brinda “de integrar mejor el saber empírico a la tarea de construcción de saberes operativos” (219), su aspiración “interdisciplinaria” (220), y por su espacio para la *resistencia*, en la medida en que la “idea de que el campo se estructura y a la vez estructura posiciones tiene una trama más abierta” (que conceptos como el de *aparato* en el sentido de Althusser que diluye toda la responsabilidad de los actores), “(…) que permite acciones de cambio o contracultura sin llevarlas por ello al plano estrictamente personal o moral, dado que reconoce los condicionantes de la posición (y de allí también) la importancia de la intervención sobre las posiciones, no sólo sobre las personas), sin convertirlos en determinantes absolutos y trasladar así la responsabilidad hacia la máquina o el aparato (...)” (222). Añade que el de la justicia penal es un campo donde se pone en juego “la violencia física formalizada, legitimada, y que se define porque los actores compiten alrededor de la aplicación de la pena, es decir “cómo, a quién, por qué y para qué se aplicará la violencia estatal

formalizada que llamamos pena”, y por contrapartida que ésta no se aplique arbitrariamente porque está en juego la libertad y la dignidad de las personas”. En ese contexto, “los actores participan desde posiciones objetivas moldeadas en base a relaciones que se dan entre esas posiciones que también son objetivas” (223).

Siguiendo la caracterización de Bourdieu al distinguir entre los diversos tipos de capital que detentan los actores del campo (*capital económico, capital cultural, capital social y capital simbólico*), desde su visión, distingue en su proyección a este objeto de estudio. Así, por un lado, entiende que el “capital cultural que se define por el tipo, cantidad y valor de conocimientos utilizados en el campo puede referirse tanto al académico como al forense, es variable y correlacional con la cultura organizacional, es decir “ayuda a crear esa cultura, pero es altamente dependiente de ella”, por lo que es altamente difícil realizar innovaciones por fuera de aquella; y en la que un aspecto determinante resulta el uso de un lenguaje propio que funda una supuesta neutralidad y una racionalidad al estilo de la Antigua escolástica” (225). Luego, indica que el *capital social* “(...) está vinculado al conjunto de relaciones sociales más o menos estables o con las que se interactúa de un modo estabilizado; en particular la pertenencia a un grupo que se define no sólo por intereses comunes sino porque actúa dentro del campo con un cierto nivel de coordinación o armonía (por ejemplo, las llamadas tribus judiciales) (...)” que juegan un papel relevante en la “distorsión de todo el sistema constitucional de nombramiento de jueces” (225-226). Finalmente, con relación al *capital simbólico* al que describe como una “(...) especie de capital que juega como añadido de prestigio, legitimación, autoridad, reconocimiento a los otros capitales, principios de distinción y diferenciación que se ponen en juego frente a los demás agentes del campo, que se agregarían a las posiciones que se tienen por el manejo del capital específico que se disputa en el campo (...)”, afirma que “poco se conoce o se ha investigado al respecto” (226).

En particular, en relación a la *estructura del campo* afirma apoyado en Bourdieu que “es el estado de relación de fuerzas entre los distintos actores que juegan al juego, como resultado de procesos de acumulación anteriores y la relación de fuerzas actuales”, y como tal es *dinámico*, en la medida en que al estar en juego “(...) tanto lo ‘externo’ a los actores (a quien se aplica la violencia/pena) como lo ‘interno’ (la estructura y fuerza de los agentes), la organización del campo como burocracia (al ser el campo de la justicia penal un campo estatal) forma parte inescindible del juego (...)” (227-228). Para afirmar, “(...) Esta noción de campo es esencial para llamarnos la atención sobre el hecho que el verdadero objeto de investigación empírica, la clave de comprensión de la dimensión política de la justicia penal es el campo, su dinámica y estructura, antes que el accionar particular de los individuos, por más que ellos sean en definitiva quienes ponen en marcha la dinámica política (...)” (229).

Por último, retoma la noción de *habitus* que Bourdieu (2013) ha definido como “sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones”, es decir “orientaciones a realizar acciones adquiridas de un modo permanente, por la experiencia inscrita en las prácticas mismas, por el simple posicionamiento en el campo, por las reglas impuestas por una organización” (229). Estas disposiciones son tanto “internas o inscritas en la subjetividad de los actores como externas o inscritas en la lógica de las prácticas propias del campo”. Así afirma que—aunque “la percepción de la realidad del propio campo también está condicionada por el habitus, y los actores persiguen intereses inscritos en las propias prácticas como seguimiento a los condicionantes objetivos propios de la posición que se ocupa y que sirven como una orientación general de la acción (ej. requerimientos de la organización, el cumplimiento de reglas)”—esto no quiere decir que “(...) los agentes individuales pierdan toda capacidad de acción, sino que ella está orientada por un sentido

práctico, condicionado por el *habitus* y que emana del campo específico en cuestión (...)” (230-231).

Por su lado, aunque con relación a una temática definida, Kostenwein (2016) en su investigación doctoral sobre la prisión preventiva, reconoce explícitamente haberse apoyado en tres enfoques principales de la sociología francesa contemporánea siempre en diálogo con la propuesta *bourdieusana*. Por un lado, la ya mencionada sociología crítica de Pierre Bourdieu, de cuya construcción teórica recobra la categoría de *práctica*, y en particular la idea que las prácticas de los actores dentro de la institución judicial deben ser consideradas como producto de sus posiciones y disposiciones en el campo jurídico. Señala que sigue su mirada problematizadora de la relación entre el derecho y las prácticas sociales que se evade de los criterios reduccionistas tanto del “formalismo” (que pretende completa independencia entre reglas jurídicas y el ámbito social) como del “instrumentalismo” (que considera al derecho como reflejo de las aspiraciones de la clase dominante) (26).

En segundo orden, enuncia seguir los aportes de la sociología pragmática de Luc Boltanski, para enfatizar en las competencias manifestadas y en las críticas expresadas por los actores judiciales; es decir en la posibilidad de impugnación y recursos críticos con que cuentan los actores de forma permanente en su vida cotidiana y cómo ello se proyecta en las capacidades interpretativas y argumentativas de los actores judiciales (26-27).

Finalmente, incorpora en su análisis la sociología de las asociaciones de Bruno Latour, que complejiza las lecturas amplias de los fenómenos sociales que se funda, principalmente, en información secundaria y eventos notables, al introducir una distinción entre lo que denomina *intermediarios* (transportadores de significado o fuerza sin transformación) y *mediadores* (elementos que transforman,

traducen, distorsionan, modifican significados)⁶, asumiendo en relación a su investigación a la prisión preventiva como un mediador con su propia especificidad, transformando y modificando el significado con el que los actores judiciales trabajan cotidianamente, generando asociaciones y argumentos que les permitan vincularse (27-29).

En mi caso y en esta oportunidad, retomando parte de tales discusiones y conceptualizaciones⁷, mi intención es ceñirme exclusivamente a intentar identificar desde el punto de vista de la tradición histórica y trayectoria del campo de la justicia penal, aquellos que pueden ser estructurantes de su orden, en el entendimiento que—en una dinámica no exenta de disputas, tensiones y resistencias—se erigen como orientaciones generales de las representaciones y acciones de los agentes de la justicia penal.

Es que como expresaba el propio Bourdieu “los discursos y las prácticas jurídicos, son el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica está determinada tanto por las relaciones de fuerzas específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o los conflictos de competencia que se dan en él, como por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas” (2000: 159).

⁶ Para clarificar acude el autor a la transcripción del propio Latour que reproduzco parcialmente: “...un intermediario, en mi vocabulario, es lo que transporta significado o fuerza sin transformación: definir sus datos de entrada basta para definir sus datos de salida. Para todo propósito práctico un intermediario puede considerarse (...) que funciona como una unidad, aunque internamente esté compuesta de muchas partes (...) Los mediadores, en cambio, no pueden considerarse solo uno; pueden funcionar como uno, nada, varios o infinito. Sus datos de entrada nunca predicen bien los de salida; su especificidad debe tomarse en cuenta cada vez Los mediadores transforman, traducen, distorsionan y modifican el significado o los elementos que se supone deben transportar (...)” (28).

⁷ Como ejemplos de utilización de este tipo de aproximación podemos enmarcar trabajos con referencia al procedimiento del juicio abreviado en la justicia de la ciudad de Buenos Aires como un espacio *prejudicial* con indiferenciación en las posiciones de los actores del campo (Varela, 2003); o destacando que la distancia entre el campo jurídico y la realidad social es mediada también por la creencia acerca de una posición de privilegio y relaciones jerárquicas en el interior del Poder Judicial que se replica en el exterior de la institución (Barrera, 2015); o estableciendo una ligazón del Poder Judicial con las nuevas derechas en el tiempo reciente en Prego (2019).

Ello no significa prescindir ni de las competencias y críticas expresadas por los actores judiciales ni de la presencia de mediadores o transformadores de significado, ni—en suma—negar un papel activo a aquellos en la configuración de las prácticas y lógicas de funcionamiento de la justicia penal, o desconocer sus expresiones y capacidades de resistencia y transformación de las relaciones y fuerzas dentro del campo judicial; sino por el contrario, entenderlos como marcos de lectura y herramientas conceptuales imprescindibles de profundizar en la pretensión de enriquecer los estudios empíricos en esta área de conocimiento todavía escasamente explorada, como base necesaria para la transformación de aquellas prácticas que se estiman negativas en términos de derechos, libertades y dignidad. Pero no obstante ello, en esta ocasión, la idea es simplemente centrarnos en una aproximación más descriptiva, panorámica y generalista consistente en la mera identificación de aquellos—que es factible señalar como—elementos estructurantes del campo, que permitan precisamente una mejor comprensión de las dinámicas actuales, y de cuales son las tensiones y resistencias principales sobre las que focalizar y enfatizar desde una perspectiva de transformación política de la justicia penal.

Desde esta óptica, en primer lugar, entiendo que puede pensarse a la vertebración del campo judicial como fuertemente ligada a las subjetividades de los actores que lo conforman en un entramado complejo. En ese sentido, tanto la procedencia o status social de los agentes y las agentes que las integran, como la incidencia tradicional de la cultura patriarcal, podrían ser señalados inicialmente como estructurantes centrales del campo de la justicia penal en tanto que—ligados a disposiciones internas—indefectiblemente dificultan severamente la empatía con una mirada subalterna.

En segundo término, los procesos formativos en los que son insertos sus agentes parecen operar como disposiciones que, fuertemente influenciados tanto por el positivismo jurídico como por el positivismo criminológico, generan no sólo una mirada formalista

del derecho y autolimitativa del propio poder y rol de gobierno del poder judicial, sino también una percepción defensista de su misión social orientada a satisfacer meras demandas de contención de sujetos estigmatizados como peligrosos.

En tercer orden, sus formas organizacionales, construidas en torno a un alto nivel de burocratización que, sobre la base de una presunta neutralidad valorativa, se restringen a la reiteración acrítica de rutinas de actuación en contextos fuertemente centralizados, jerarquizados y masculinizados, pueden ser estimadas como conformadoras de un *habitus* que derive en una actitud aséptica de sus agentes respecto de las consecuencias sociales de sus decisiones, en una verdadera de banalización del contenido aflictivo del uso de poder punitivo.

Finalmente, un contexto de alta politización de la penalidad, en la cual en tiempos de *populismo penal o demagogia punitiva*, no solamente se exacerba la misión de defensa social en el actuar judicial a través de reformas legales de contenido limitativo de derechos y la construcción de representaciones sociales punitivistas primordialmente a través de la vociferación de actores políticos en los medios masivos de comunicación, sino que son los propios actores judiciales los que resultan sujetos pasivos de cuestionamiento público, persecución y estigmatización social, bajo rótulos “desviados” como los de “garantistas” o “abolicionistas”.

Centrado en los puntos antes indicados, intentaré entonces presentar brevemente ciertos rasgos característicos de cada una de estas dimensiones para debatir en qué medida en su consolidación a través de su trayectoria, inciden en la estructuración del presente del campo judicial penal y pensar—a partir de esa identificación—en las direcciones políticas de la resistencia y la transformación institucional. Este es el objetivo principal de esta contribución.

Las disposiciones ligadas a la conformación subjetiva de la justicia penal

Un primer aspecto complejo en la construcción de las mentalidades y representaciones de los actores judiciales resulta el ligado a la conformación elitista y patriarcal de sus estructuras. Este dato no resulta menor en la medida en que supone un severo condicionamiento para la representación de la conflictividad social que esos actores gestionan y para la construcción de empatía con sectores o colectivos vulnerados o subalternizados.

En sus ensayos tradicionales sobre el tema, Roberto Bergalli (1984, 1999) destacaba que los procesos de formación y desarrollo de las clases medias en América latina, gestadas en sociedades de tipo patrimonialista y prebendario—en tanto el control de las clases altas sobre estas se ejercía sobre la base de la concesión de ventajas políticas y prebendas económicas—ha hecho que se hayan conformado en forma clientelar y dependiente de las oligarquías tradicionales.

En esta dirección, ya anticipaba Bergalli en aquel momento que, aunque se careciera de investigaciones sociológicas sobre la profesión judicial en la Argentina, no le resultaba arriesgado afirmar que—con base en el conocimiento personal y en el repaso de los apellidos de jueces nacionales—desde siempre buena parte de la magistratura judicial, si no su gran mayoría, estaba constituida por representantes de los sectores residual y emergente de la clase media.

Añadiendo que ello se sostiene, sin perjuicio de que sus decisiones expresan la tutela de los valores e intereses de la clase superior, ante la falsa convicción de que, por ejercer una función pública elevada, ya se ha pasado a integrar una posición social destacada (1999: 23-24). Destacaba Bergalli que el papel que desempeña el judicial como instrumento de violaciones a derechos humanos, es posible porque: “(...) siempre ha sido un cuerpo separado, una zona de poder separada de la sociedad, y por lo tanto, de las dinámicas que la atraviesan, de las tensiones que la recorren, de las divisiones que se forman en ella y de los encuentros ideales y políticos que tienen en su seno (...)”.

Pero aún más, añade el autor que para explicar la impermeabilidad del cuerpo judicial hacia el movimiento popular no sólo debe atenderse al origen de clase de los magistrados, sino a: “la consideración del modo específico con el que la sociedad clasista argentina ha organizado el Poder Judicial y los condicionamientos ideológicos a los que ha sido sometido” (*ídem*).

Aquella vacancia empírica fue cubierta al menos parcialmente en los años inmediatos, en estudios puntuales como los de Kunz (1998, 2000, 2005) quien partiendo del concepto de *elite*—conforme una tradición sociológica representada por Dahrendorf, Janowitz o Mills—realizó una investigación sobre la base de una serie de diversas variables seleccionadas para clasificar el origen social de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en el período comprendido entre los años 1930 y 1983 (53 casos), y a partir del cual ha señalado al poder judicial como conformando una cúspide en un sistema social basado en una estratificación de status ocupacionales.

Más recientemente se ha indagado también con metodologías cualitativas sobre la justicia federal (a partir de entrevistas a 11 jueces) para intentar establecer los mundos sociales de los que provienen los jueces, sus configuraciones familiares y escolares, sus lugares de socialización primaria; como así también sus accesos al mundo laboral, eventualmente sus recorridos por los ámbitos de desempeño de las profesiones jurídicas, y la manera en que se desenvuelven en esos espacios hasta su designación. Los hallazgos de la investigación aunque han permitido poner en cuestión nociones tradicionales como las de *familia judicial*, no obstante han podido identificar el peso determinante en el ingreso y principalmente encumbramiento de los agentes judiciales hacia su condición de jueces en el *capital social*, los contactos personales y las redes construidas en el interior de la propia justicia o para la designación de quienes no han seguido la carrera judicial en el hecho de contar con *capital o saberes académicos* y un *padrinazgo político* (Donatello y Lorenc, 2017).

Incluso, desde estudios inclinados a unos enfoques y metodologías más ricos y densos propios de la antropología cultural, se ha podido identificar el peso de ciertos vínculos asentados en el parentesco, el status y las jerarquías para comprender de mejor modo el funcionamiento de la justicia penal, en la medida en que ello configura un verdadero régimen personal ligado a los favoritismos, protecciones informales, clientelismo y prebendas en torno a la denominada *carrera judicial* (Sarrabayrouse, 2004).

Es que de algún modo en su configuración como elite debe tenerse en consideración que el análisis del campo jurídico y su *habitus* permite comprender la relación y la pertenencia de los magistrados a la clase dominante y, por lo tanto, la proximidad de intereses que emparentan sus visiones del mundo, evidenciando la unidad entre los detentadores del poder simbólico (jurídico) con los detentadores del poder temporal, político o económico (Bourdieu, 2000: 204).

En cualquier caso, al tratar de describir el impacto o los efectos de su actuación, en tanto en el pasado se utilizaron expresiones elocuentes como la caracterización como una *justicia de clase* (Bergalli, 1983)⁸, hoy se habla ya de una verdadera *política criminal de la exclusión social* (Bergalli, 2008) o *aporofóbica* (Terradillos Basoco, 2020), que aplica el rigor punitivo sólo frente a las clases excluidas o desposeídas.

Desde otra perspectiva, otro tanto sucede con la dimensión de género en las estructuras judiciales. En efecto, el carácter patriarcal de la justicia penal es destacado desde ya hace un tiempo en distintas contribuciones emergentes a partir de la consolidación de los debates de los movimientos feministas y su impacto en las teorías jurídicas. (cf. Smart, 1976; Mackinnon, 1987 y 1995; Carlen, 1993; Fraser, 1997; Smaus, 1998; Pitch, 1989, 2003; Butler, 2018).

Por un lado, se denuncia el carácter androcéntrico del derecho, no sólo desde la perspectiva del lenguaje que utiliza, que se construye

⁸ Referencias al uso de la expresión en el pasado, principalmente en Alemania, y su lectura desde el siglo XXI en Luther: “¿Pervive algo parecido a una justicia de clase?”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 29, 2018.

en clave de una subjetividad masculinizada, sino desde el punto de vista conceptual en la medida en que se elaboran categorías jurídicas cargadas de diferenciaciones artificiales y referencias morales (Facio-Fries, 1999; Jaramillo, 2000; Bodelón, 2003; Larrauri, 2009).

De igual modo, se señala el sesgo patriarcal con el que, con independencia de un eventual contenido igualatorio en las normas jurídicas, se despliega la labor de la interpretación y aplicación del derecho en estructuras judiciales que—insertas en sociedades machistas—carecen de perspectiva de género para enfocar los conflictos que deben resolver, dotándolas de un contenido que genera un derecho desigual⁹. Tanto a la hora de enjuiciar el comportamiento femenino, de otorgar tratamiento a quienes aparecen como víctimas o a quienes son objeto de punición¹⁰, se advierte la invisibilización de estándares y categorías básicas desde una óptica alterna (Eaton, 1986; Facio, 1992, 2002; Pitch, 1989; Smart, 1994; Baratta, 2000; Alameda, 2002; Facio, 2002; Bodelón, 2003; Di Corletto, 2010, 2017).

En este sentido, se introduce la idea de la masculinidad en el derecho se extiende a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural, no tanto porque se produzca una

⁹ Alda Facio ha señalado en este sentido que "(...) lo importante aquí no es la nomenclatura sino tener claro que el derecho no se compone sólo de la norma o de las normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y actitudes, así como del uso que se le da a las normas legislativas y a las judiciales (...)" (2002: 86). En esta dirección, se ha dicho que: "(...) De esta forma, se aprecia que la justicia penal en un nivel formal no equivale a una justicia igual en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales (...)" (Bodelón, 2003: 454).

¹⁰ Bodelón señala la necesidad epistemológica y política del enfoque dual: "(...) debemos clarificar que entendemos por 'intereses de las mujeres'. Aceptando que el concepto 'mujer' debe ser entendido como un conjunto plural y en ocasiones contradictorio, se comparte aquí la idea de que el movimiento feminista ha recogido en sus discusiones un conjunto difuso y complejo de intereses colectivos que identificamos como intereses de las mujeres. En este sentido, las mujeres criminalizadas por el sistema penal también deben ser consideradas en nuestra reflexión. No podemos abordar la significación del derecho penal en la vida de las mujeres aislando los problemas de las mujeres criminalizadas de los de aquellas que acuden a él buscando una mediación para un conflicto. Separar estas dos perspectivas conduciría al absurdo de aceptar acríticamente el proceso de criminalización de las mujeres y no percibir que en los procesos de criminalización también se están abordando cuestiones que interesan a las mujeres (...)" (2003: 453). Esta señalización resulta relevante, toda vez que, al estimar a la cultura patriarcal y machista como *disposiciones específicas del campo judicial*, debe notarse que la percepción y acción sesgada de los actores judiciales se mueve en ambas direcciones como demuestran numerosas contribuciones (ver por todos los distintos aportes compilados en Di Corletto, 2017).

discriminación en tanto se aplique en forma desigual a un hombre respecto a una mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos (Bodelón, 2003: 466)¹¹. Incluso, se piensa con propiedad, en el feminismo como un pensamiento que ha transformado y ampliado la forma con la cual las mujeres entienden el papel del derecho en nuestras sociedades, en tanto ha descentrado el derecho, generando un nuevo *focus*, que no es la norma jurídica sino las relaciones sociales (Bodelón, 2009: 95).

Por ello, se aboga como superación del modelo androcéntrico por la construcción de un nuevo derecho forjado en otra forma de ciudadanía mujeres-hombres¹², toda vez que no se trata sólo de justicia para las mujeres, sino propiamente de un nuevo modelo de justicia, de reconfigurar las relaciones de la justicia social, modificar todo un sistema social y no sólo un cambio de lenguaje jurídico. (Bodelón, 2009: 114).

Incluso en la conformación propia de las instituciones judiciales, la desigualdad denunciada se advierte en las dificultades de acceso a cargos de mayor jerarquía como lo demuestra el informe del denominado *Mapa de Género de la Justicia Argentina* elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³. Este releva la distribución entre varones y mujeres de la totalidad de los cargos del sistema de justicia de nuestro país en el año 2019, y advierte una participación mayoritaria en los segmentos de la base de

¹¹ Jaramillo señala en este aspecto que: "(...) se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. El trabajo de Susan Estrich sobre la violación marcó un verdadero hito al respecto al demostrar que a pesar de que la violación está penalizada y de que los niveles de impunidad son bajos según las cifras oficiales, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye una violación, sobre cómo se prueba una violación y sobre las actitudes 'correctas' de las mujeres, llevan a la despenalización de facto de las violaciones de los conocidos (acquaintance rape) y de las violaciones en citas (date rape) (...)" (2000: 122).

¹² Expresa la autora: "(...) La finalidad última de la legislación y de las prácticas jurídicas tiene que ser construir un nuevo modelo de ciudadanía que sea capaz de reconocer y garantizar los derechos de las mujeres y que haga posible una sociedad no androcéntrica (...)" (2009: 114).

¹³ Publicado en: <https://www.cij.gov.ar/nota-36835-La-Corte-Suprema-public--la-actualizaci-n-del-Mapa-de-G-nero-de-la-Justicia-Argentina.html>

la estructura judicial pero una disminución paulatina cuando se la confronta con las posiciones superiores¹⁴.

Evidentemente estas disposiciones emergentes de la conformación subjetiva de sus estructuras, suponen serias limitaciones iniciales para el tipo de representación que los actores judiciales van a poner en juego a la hora de tomar decisiones sobre los conflictos sociales que se les someten, dificultándose la opción por miradas emancipadoras. Aunque en la actualidad, ambas dimensiones se encuentran en seria tensión y se han venido expresando signos fuertes de disputa y resistencia a través del intento de democratizar el acceso a la justicia y a cargos de mayor nivel en los procesos de selección, o de las iniciativas de capacitación en materia de género o de acceso de las mujeres a cargos de jerarquía superior, el entramado tradicional de las instituciones judiciales sigue teniendo un peso específico de relevancia y estructurando en buena medida el campo penal y las lógicas y acciones que se despliegan en su interior.

Disposiciones ligadas a los procesos formativos de los actores judiciales

Otro aspecto de singular importancia que oficia como disposición o condiciona una mirada más comprometida con la realidad social y la afirmación de los derechos humanos por parte de los agentes judiciales, es el predominio del *positivismo*, tanto en su versión *jurídica* como en su tradición *criminológica*.

¹⁴ En la presentación web del informe se señala que: "(...) Al igual que en años anteriores, se observa que, si bien el sistema de justicia está conformado por un 56% de mujeres, su participación disminuye en las posiciones superiores. La proporción femenina es mayoritaria en el personal administrativo (61%) y en el funcionariado (61%), se reduce entre las/os magistradas/os, defensoras/es y fiscales (44%) y es aún menor entre las máximas autoridades judiciales (28%), mostrando una base mayoritariamente femenina y una cúpula mayoritariamente masculina. En la justicia federal y nacional se evidencia la baja presencia de mujeres en altos puestos, donde son mujeres sólo el 25% del total de camaristas. Lo anterior implica que hay tres varones camaristas por cada mujer camarista. Para el año 2019, la mayoría de los cargos de magistratura estaban ocupados por varones: en la justicia federal y nacional eran varones el 69% de los magistrados, y en los poderes judiciales, el 57%, siendo la brecha de género aún mayor en la justicia federal y nacional que en la provincial (...)" (*idem*).

Desde un punto de vista jurídico, la formación altamente formalista derivada de marcos teóricos positivistas estrictos que se resumen en la conocida máxima de Montesquieu quien señalaba que el “juez es la mera boca de la ley”, pero que se han desplegado ulteriormente con un grado exacerbado de sofisticación técnica, han venido jugando un papel central en el inmovilismo judicial y en la reticencia frecuente a posar la mirada sobre la realidad social en la que se actúa (Anitua, 2010; Bobbio, 1991; Bergalli, 1984, 1996, 1999, 2003; Benente, 2017).

Señala Anitua (2005) al respecto: “(...) el positivismo jurídico pretendía dar al derecho el carácter de ‘ciencia neutral’, con lo que encubría la significación de las normas—el para qué, los intereses y objetivos que las han hecho nacer. Así, se ignoraba el real proceso de sanción de las normas, los sujetos que efectivamente las dictan y quienes aprovechan y sufren sus efectos. En definitiva, se caería al olvidar la realidad en una obediencia ciega a quien tiene el poder, en ese caso el poder de legislar. Pues con su método se estudia y se aplica con pretensión científica lo que otros han decidido políticamente, sin poder analizar críticamente aquel otro momento—incluso para deslegitimarlo. Ciertamente el positivismo jurídico es un discurso que ampara la legitimación del orden establecido e impide cualquier otro tipo de cambio (...)”.

Esta visión formalista, que supone la negación—al interior de la ciencia jurídica—de la textura abierta del derecho y de la actividad creadora del derecho, ha cumplido una función ideológica de restricción y subyugación del ‘Poder Judicial’ respecto de los otros poderes estatales (Bergalli, *ídem*).

Movimientos como la jurisprudencia de conceptos de Savigny o el francés de la Exégesis fueron consolidando posicionamientos analíticos y dogmáticos que se refugiaron en la prevalencia de la construcción de una teoría pura del derecho o de sistemas lógicos autopoieticos—con márgenes muy limitados para la actividad

hermenéutica y creadora del derecho—en desmedro de la mirada crítica sobre la conflictividad y realidad social.

Bergalli afirmaba en este sentido que: “(...) esta organización del momento judicial en estructura técnica acompaña, y al mismo tiempo alimenta, una ideología de la función judicial como función neutral, precisamente porque es técnica: indiferente a la política (incluso hostil a ella) porque, se afirma que ésta es el reino de la parcialidad clasista mientras que la técnica jurídica, es por definición, la ‘técnica de la justicia sobre las partes’, adversa a todo control popular, porque a éste se lo ve como una intromisión intolerable de los profanos en el templo de los sacerdotes, exaltadora de la forma sobre los contenidos, precisamente porque el formalismo es la condición más propicia para la resolución del derecho en la técnica de la fiel aplicación de la ley (...)” (1982: 262-263).

Una educación legal que se desliga de los aspectos vinculados a la realidad política, económica y social y que transmite un derecho supuestamente neutral y apolítico (Kennedy, 2001; Vieito, 2012; Vacani y Lanusse, 2012; Benente, 2012, 2017), y que como ha señalado el propio Bourdieu (2000: 159), se refuerza con el desarrollo contemporáneo de las renovadas teorías sistémicas como modelo ideal para representación formal y abstracta del sistema jurídico¹⁵.

Estos posicionamientos han dominado—y en cierta medida, todavía dominan con otros lenguajes—en forma marcada el campo de estudios penales, fuertemente influidos por el refinamiento de la dogmática penal de raigambre germana que ha centrado sus esfuerzos principales en la determinación de los presupuestos para la afirmación de la responsabilidad penal, es decir en la denominada ‘teoría del

¹⁵ Expresa textualmente Bourdieu: “(...) Luhmann, en nombre de la negación totalmente legítima del reduccionismo, propone en su teoría de sistemas ‘la autorreferencia’ de las ‘estructuras legales’, un concepto que confunde las estructuras propiamente simbólicas (el derecho propiamente dicho) y las instituciones sociales que las producen. Se comprende el porqué la teoría de los sistemas proporciona hoy en día un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico, en la medida en que presenta bajo un nuevo nombre la vieja teoría del sistema jurídico que se transforma según sus propias leyes (...)” (2000: 159-160).

delito' en desmedro de un complejo análisis de lo punitivo como rasgo esencial de la materia (*cf.*, Zaffaroni *et al.*, 2000; Zaffaroni, 2020).

En el ámbito carcelario o ejecutivo-penal se ha identificado en investigaciones empíricas sobre sentencias judiciales el predominio de referencias a la restringida posibilidad de interpretación judicial en el sentido de su sometimiento a la ley, a su espíritu o a la voluntad del legislador, evidenciándose una inhabilidad entrenada para merituar en sus decisiones y sentencias las cuestiones que tiene que ver con la cruda realidad carcelaria y sus nefastas implicancias en los derechos de las personas sometidas a privación de libertad (Bombini, 2000: 208). Otras han apuntado, a la impensada distancia, desconexión y desconocimiento de la justicia penal y de sus integrantes respecto del fenómeno carcelario, sus problemas estructurales y las afectaciones de derechos consecuentes, sin un lugar preferencial en la cultura judicial (Gauna, 2017, 2020). Es que tampoco, en las facultades de Derecho se prevén programas de estudio que problematicen suficientemente sobre los aspectos de la realidad carcelaria (Gual, 2012).

Por otra parte, la influencia del positivismo criminológico en las representaciones sociales y culturales sobre el crimen y el castigo legal no sólo hacen circular en el escenario social visiones estereotipadas de los delincuentes como sujetos peligrosos y de la pena estatal como una herramienta de defensa social, sino que ha preponderado en los espacios formativos de juristas en general, y agentes judiciales, en particular.

Desde esta perspectiva, se propone una construcción jurídica limitativa de derechos en la comprensión en que cualquier concesión estatal al sujeto delincuente puede ser leído como un riesgo serio a la seguridad de la sociedad: la lógica de suma cero (Garland, 2005). La idea de la defensa social (Baratta, 1993) en su punto más radical supone la supresión absoluta de cualquier capacidad de interacción social de quien al ser categorizado como peligroso se constituye en un enemigo social que debe ser objeto de medidas de contención

permanentes para lograr una eficaz protección de los ciudadanos expuestos—de otro modo—a un serio riesgo de victimización.

Por tanto, el paradigma del deber ser constitucional del detenido como un sujeto de derechos, se invierte radicalmente, afirmándose la necesidad de un cercenamiento severo de las elementales garantías jurídicas, frente al riesgo siempre latente de agravio a la sociedad sana.

Este maridaje letal entre positivismo jurídico y positivismo criminológico ha tenido graves secuelas en el escenario judicial, expresándose en justificaciones que, basadas en la mera legalidad o en razones de defensa social, han limitado severamente el campo de los derechos de los privados de libertad y justificado acciones y prácticas limítrofes o directamente constitutivas de tratos crueles, inhumanos o degradantes o violatorias de derechos humanos básicos (Bombini, 2000).

Y en el interior de las propias estructuras judiciales donde se “aprehenden” formas de desempeñarse y relacionarse en el ámbito institucional (Martínez, 2005; Gutierrez, 2013)¹⁶, se reduce todo saber al *saber-hacer*, y se obstaculiza el desarrollo de cualquier práctica reflexiva, lo que se ha denominado el *ultrapragmatismo* que genera rutina y favorece la burocratización de las tareas, limitando las posibilidades de innovación y la búsqueda de soluciones creativas frente a los problemas (Brigido y Lista, 2006). En suma, a un sistema universitario que no favorece el despliegue del desarrollo de habilidades que forjen un tipo de pensamiento crítico, se le adiciona uno de formación profesional al interior del poder judicial que se restringe a la mera reproducción del oficio (Vieito, 2012: 133).

En definitiva, frente a un conjunto de procesos formativos que derivan en una representación del derecho con un anclaje intrasistemático con una fuerte desconexión con la realidad social y política, y ligado a la interpretación literal o auténtica de la ley que posterga la perspectiva constitucional y derechos humanos, y una

¹⁶ Señala Vieito que: “(...) la formación profesional se da exclusivamente ‘gracias a la experiencia laboral’ en la tarea cotidiana, bajo la dirección, tutela y supervisión de los respectivos ‘jefes’ (...)” (2012: 133).

representación del conflicto delictivo como propiedad de sujetos peligrosos que debe ser objeto de contención, protección y defensa social; aparece como imprescindible la confrontación con miradas críticas del derecho y de la criminología en torno a ese estado de comprensión para tensionar y reposicionar los estructurantes del campo judicial.

Burocratización de las estructuras judiciales

Una tercera dimensión crucial para comprender el funcionamiento de la justicia penal y su nivel de abstracción de la realidad y conflictividad social y penal se vincula con el alto nivel de burocratización que padecen las estructuras judiciales.

Gestadas bajo formas inquisitivas y luego moldeadas con el formato del empleo de la administración pública, en la que prima la normativización, las jerarquías, la sectorización (Weber, 1993)¹⁷, los agentes judiciales reproducen prácticas rutinizadas en enmarañados dispositivos kafkianos.

La distancia social que emerge entre la institución y la comunidad se expresa de diversos modos, y genera severas dificultades para el acceso a la “justicia” y a los derechos¹⁸, principalmente de quienes

¹⁷ Weber (1993) caracteriza a la dominación burocrática como aquella en la que rige una “impersonalidad formalista”, en la cual las normas son formalmente iguales para todos, y los funcionarios que las aplican guardan relación con una jerarquía administrativa que les otorga competencias rigurosamente fijadas en la aplicación de esas normas”.

¹⁸ Me limito a aspectos ligados al contacto institucional y no a los más amplios desde el punto de vista normativo o fáctico (cf. Cappeletti, Mauro y Garth [1978]) que incluso reconducen a momentos culturales previos a aquel contacto o ulteriores a la obtención de una resolución judicial favorable. Obviamente que el problema es más amplio, y puede proyectarse en diversas direcciones. Por ejemplo, se ha dicho que: “(...) En América Latina persisten distintas barreras que limitan el acceso a la justicia para la población, en particular para los grupos más vulnerables. En efecto, podemos mencionar problemas como el de la discriminación étnica y cultural que afecta a los Pueblos Indígenas, ‘al desconocer y desconfiar éstos del sistema de justicia y, éste, de las culturas, las lenguas, los razonamiento y formas de solución de controversias, conflictos y las sanciones que imparten en la justicia indígena’ (barreras culturales y lingüísticas); ‘el costo que entrañan los procesos para personas que viven en pobreza o pobreza extrema y la ausencia o déficit en muchos países de defensores públicos o asistencia legal gratuita’ (barreras económicas), ‘la existencia de prejuicios y estereotipos de género en los funcionarios del sistema de justicia que colocan en desventaja a las mujeres y la ausencia de servicios jurídicos especializados para mujeres’ (barreras de género) (...)” del informe del Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF), disponible para su consulta en:

necesitan de tutela y protección estatal por su condición débil, vulnerada o subalternizada.

La centralización administrativa que conlleva el modelo burocrático, pone un primer distanciamiento que es netamente físico o geográfico pero drástico. Por lo general el acondicionamiento de las estructuras estatales en determinados espacios geográficos dentro de los centros urbanos, provoca de por sí una severa limitación para el acceso de aquellos sectores menos favorecidos que suelen ubicarse en las zonas periurbanas y que suelen carecer de la información y tiempo necesario, o los recursos económicos para acercarse, ni siquiera a los espacios de radicación espacial de las burocracias.

En un segundo nivel, el lenguaje jurídico despliega otra barrera de singular importancia en la comunicación entre el campo de la justicia penal y su exterior. Bourdieu (2000: 165-166), lo definía del siguiente modo: "(...) El efecto de *apriorización* que se inscribe en la lógica de funcionamiento del campo jurídico se revela con toda claridad en el lenguaje jurídico que, combinando elementos directamente tomados del lenguaje común y elementos extraños a su sistema, impregna todas sus manifestaciones de una retórica de impersonalidad y de neutralidad. La mayoría de los procesos lingüísticos característicos del lenguaje jurídico contribuyen para producir dos efectos mayores en la práctica. Uno, el *efecto de neutralización*, que se obtiene mediante un conjunto de rasgos sintácticos en los que hay una predominancia de las construcciones pasivas y giros impersonales, adecuados para resaltar la impersonalidad de la enunciación normativa y para constituir al enunciante en sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo. Otro, el *efecto de universalización*, que se obtiene mediante diferentes procedimientos convergentes, como el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas; el empleo de verbos constativos

en tercera persona del singular del presente o del pasado compuesto que expresan un modo perfecto (...) adecuado para la retórica del dictado oficial y del proceso verbal; el uso del indefinido (...) y del presente intemporal (o del futuro jurídico), adecuados para expresar la generalidad y la omnitemporalidad de la norma jurídica; la referencia a valores trans-subjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético (...) y el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas, que dejan poco lugar a las variaciones individuales (...).”.

Por lo tanto, en un contexto de lejanía física y comunicativa, los *habitus judiciales* se construyen de un modo autopoietico, en unas lógicas y prácticas de funcionamiento en las cuales incluso la presencia de los involucrados en los conflictos suele resultar tan excepcionales como incómodas.

Las rutinas que hacen preponderar la satisfacción del *trámite* por sobre el *conflicto* social, reproducen formas de comportamientos estandarizados y repetitivos, que se despliegan sin atención a los efectos sociales que producen (Binder, 2014, 2017).

Así las cosas, los objetivos se retraen hacia la mera satisfacción de roles burocráticos, lo que sesga la mirada de los actores judiciales inmersos en lógicas intrainstitucionales y les priva de una lectura atenta de los procesos y efectos sociales que el sistema provoca en su actuar global, banalizando—por tanto—sus acciones y sus efectos negativos en términos de afectación a derechos humanos.

Zaffaroni (1994) analizaba la reacción de los actores judiciales frente a esas estructuras burocráticas afirmando que: “(...) La defensa contra las condiciones institucionales adversas son, en estas estructuras, las actitudes o comportamientos ritualistas, que consisten en cumplir de modo reiterativo, obsesivo y sumiso las mismas formas, olvidando o relegando los contenidos y objetivos de la función. Además del ritualismo, otro mecanismo de huida es la negación consciente o inconsciente del condicionamiento mismo mediante resoluciones evasivas, es decir, que frente a cualquier decisión

susceptible de generar conflictos, se adopta la actitud primaria de eludirla, apelando a cualquier recurso formal (...)"

Incluso destacaba Zaffaroni, desde una perspectiva individual, el proceso de deterioro subjetivo que provoca la estructura burocrática en la identidad de sus actores centrales: "(...) Para asumir este rol la persona está entrenada casi desde la adolescencia. Una carrera burocrática incorpora a las personas a edades muy tempranas, les hace introyectar sus valores, pautas y jerarquías, las entrena en las mismas y tiende a la internalización de sus signos de "status" social conforme a nivel jerárquico. La judicatura burocrática se estructura sobre el modelo militar y, a medida que se avanza en el mismo, el proceso interactivo conduce a una definición de la identidad de la persona en la que la función pasa a ser un componente regulador o maestro: la persona se define a sí misma por su 'status' o función. Al cabo de algunos años se define mediante un 'soy juez', o sea, que su identidad se pierde debajo de su función (...)"

En tiempos recientes, también se ha teorizado sobre unas formas más refinadas de réplica de la asepsia y pseudoneutralidad institucional a través de la difusión e implementación de lógicas empresariales o actuariales dentro de las instituciones judiciales. Formas de repensar la justicia penal hacia vocabularios de la productividad, el eficientismo económico parecen comenzar a ganar terreno en las dinámicas de pulsión y disputa que se generan en las relaciones de fuerza al interior de lo judicial (Feeley y Simon, 1994, 1995; Ganon, 2007; Bombini, 2008; Cuarezma Teran *et al.*, 2013; Brandariz, 2014, 2016; Sicardi, 2018).

Mientras que se afirma que la plasmación de estos discursos y prácticas resultan más simbólicos que efectivos o reales, una serie de transformaciones concretas van moldeando sino una justicia actuarial, la convivencia de los modelos tradicionales con racionalidades tecnocráticas propias del mundo de la economía privada y la empresa (*idem*).

A pesar que resuenan las tensiones y resistencias a partir de intentos o experiencias de acercar la justicia a los barrios o instaurar casas de justicia, o de apuntar al reforzamiento del vínculo comunicacional a través del lenguaje claro y las notificaciones accesibles o de repensar las intervenciones judiciales orientadas a intentar satisfacer necesidades sociales externas con modelos de justicia restaurativa o terapéutica; en razón del carácter todavía marginal de las iniciativas y la adhesión y consolidación de las lógicas institucionales, todo hace suponer que la larga tradición burocrática de la justicia penal aparenta difícil de ponerse en jaque o removerse.

Politización y punitivismo en la política criminal y en las estructurales judiciales

Finalmente, en tiempos de populismo o demagogia penal, la politización a la que ha quedado expuesta la política criminal en nuestras sociedades contemporáneas, cobra una relevancia fundamental para analizar y comprender la actuación judicial.

En el contexto de la criminología anglosajona a la par del concepto de populismo penal, se consagró la idea del viraje hacia nuevas representaciones que suponen un verdadero declinar del saber experto en la materia político-criminal. Es decir, una crisis de legitimación severa de aquellos tradicionales portadores del saber en el campo, los expertos penales que—en nuestro contexto—se ligaban principalmente al núcleo de los juristas y académicos vinculados a los asuntos jurídicos y formales de la aplicación de la ley penal (*cf.* Bottoms, 1995; Garland, 2005; Bombini, 2008).

Esta mirada racionalista que ha gobernado tradicionalmente el campo penal aparece ahora severamente cuestionada por una representación emotiva del crimen y del sistema penal. Es decir, una forma de ver los conflictos penales que, lejos de la parsimonia institucional de la aplicación formalista de la ley, se guían por las vivencias, padecimientos, dolores de quienes se ven afectados por el

crimen (Pavarini, 2006; Sozzo, 2007; Bombini, 2008; Gutierrez, 2011).

Un reposicionamiento de las víctimas del delito, en una lógica de suma cero por la cual cualquier derecho concedido al delincuente, debe ser leído como una afrenta o una privación a los derechos de las víctimas. Una lógica binaria que se inscribe en una retórica bélica de la intervención penal: la cruzada, la lucha, la guerra contra el delito y los delincuentes.

Una mirada emotiva del delito que por lo tanto despierta la necesidad de una reacción puramente expresiva, en la cual la pena estatal con su simbología de respuesta dura al infractor se erige en herramienta privilegiada. En ese registro, el lenguaje experto cede lugar a las nuevas voces legitimadas: la voz de los ciudadanos honestos, de los vecinos, de la gente que sufre, que teme, que demanda mano dura frente al delito y a las que las agencias gubernamentales deben oír más allá de los obstáculos formalistas y ridículos de la ley (*ídem*).

En este contexto, ciertos sectores de los medios masivos de comunicación explotan la dimensión emotiva del crimen y de la penalidad y lo combinan con el impacto que despiertan las historias de sufrimiento y padecimiento que puedan ser expuestas a una platea pasiva y temerosa que consume el espectáculo del sufrimiento victimal y legal (Rodriguez, 2000).

Zaffaroni (2012) usa la expresión criminología mediática para retratar un tipo de tratamiento de la cuestión criminal en los medios masivos de comunicación que se parece más a un producto enlatado acorde con los formatos del entretenimiento en la sociedad de consumo que a la provisión de una información seria y veraz de hechos de interés público a informar. Con el aditivo de la utilización del dolor de las víctimas como formas de hacer más apetecible ese espectáculo para la platea consumidora: una cruel forma de revictimización.

Y también para ciertos sectores políticos—cada vez más amplios y sin distinción partidaria—(Garland, 2005), las ventajas que—en términos de relegitimación simbólica y rédito electoral—supondrían embanderarse en una cruzada ética contra la delincuencia y a favor de las víctimas.

Actores políticos que en tiempos de crisis y de dificultades para la satisfacción de las expectativas de bienestar del público, encuentran en el crimen y la penalidad una oportunidad u ocasión de relegitimación pública reanudando su comunicación e intercambio con su clientela electoral y procurando lograr adhesiones apelando a la dimensión moral que aquellos evocan (Pavarini, 2006; Pratt, 2007).

Pero, en cualquier caso, unas dinámicas que paulatinamente han venido forjando una severa deslegitimación y descrédito público de las instituciones penales, y en particular de los jueces y fiscales, cuyo poder de ese modo se ha visto severamente limitado (Simon, 2011).

En ese escenario, ciertos actores judiciales son objeto de asedio¹⁹ y demonización a través de escraches, e incluso formalmente de persecuciones, enjuiciamientos y sanciones por sus conductas estigmatizadas como garantistas o incluso—con pleno desconocimiento de su significado—de abolicionistas.

En esta dirección, investigaciones empíricas han dado cuenta del tipo de impacto que estos procesos informales y formales de exposición pública y persecución legal tienen en los actores judiciales y en la eventual incidencia en una actuación retraída de satisfacer sus misiones legales de tutela y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad (Gutierrez, 2012; Kostenwein, 2019).

Al respecto, al ejemplificar diversos casos puntuales de persecución a jueces penales por sus decisiones en materia de libertad de las personas, Kostenwein apela a la expresión *demonios judiciales* para contribuir a pensar las relaciones entre justicia, medios y víctimas (2019: 24): “(...) se observa una preocupación muy marcada respecto

¹⁹ La expresión es utilizada en un documento emitido por la Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires, disponible en: <http://reddejueces.com>.

al comportamiento de determinados actores judiciales, preocupación que tiende a convertirse en hostilidad hacia ellos, dado que se los define como una amenaza. En este sentido, podemos continuar hablando de pánicos morales, pues los agentes de la justicia penal, en tanto *demonios judiciales*, son presentados por ciertos sectores como un riesgo para la sociedad, eventualmente de manera desproporcionada (...)"

No obstante, los intentos de lucha y disputa que enarbolan movimientos asociativos al interior de la Magistratura y algunas ONG o sectores ligados al progresismo penal o la defensa de los derechos humanos, los embates mediáticos-políticos resultan contundentes y el efecto reproductor que tiene la persecución y estigmatización pública de un magistrado frente a un caso concreto, no puede ser subestimada en un espacio institucional proclive a la consolidación de la estabilidad laboral y los privilegios de elite (Gutiérrez, 2011; Kostenwein, 2016).

Conclusiones

Recapitulando lo expuesto, hemos intentado presentar una breve visión panorámica de aquellos que consideramos principales estructurantes del campo de la justicia penal, considerando a partir de los mismos la emergencia de disposiciones o condicionamientos para los discursos, lógicas y prácticas de los actores de la justicia penal.

Desde esta perspectiva, la dimensión constitutiva de las estructuras judiciales en tanto ligadas a representaciones de clase y género aparecieron como un primer núcleo de disposiciones presentes con fuerza en la trayectoria institucional.

Luego, hemos repasado con igual sentido a los procesos formativos formales e intrainstitucionales que prevalentemente generan perspectivas *positivistas* tendientes a disociar el vínculo político y social de las *normas jurídicas* y a pensar en la prioridad de intervenciones defensasistas del Estado frente a los *sujetos peligrosos*,

escenario proclive a la limitación del alcance de los derechos constitucionales y humanos.

Seguidamente, fue necesario centrarnos en las formas organizacionales y dinámicas funcionales cotidianas de orden burocrático que colonizan el interior del campo judicial, para sugerir su fuerte presencia entre los estructurantes de ese campo complejo.

Finalmente, asumimos la presencia de factores externos ligados al campo comunicacional y político—en sentido estricto—que pueden generar disposiciones renuentes en los actores judiciales a la efectivización de los derechos y garantías contenidos en las normas jurídicas fundamentales.

En definitiva, no es posible negar, los momentos de fuerte tensión y disputa al interior del campo judicial y la presencia de discursos, lógicas y prácticas que tensan la relación de fuerza en las dinámicas cotidianas de su funcionamiento compitiendo por hacer prevalecer sus posiciones e intereses. No obstante, parece un ejercicio necesario intentar identificar con la mayor claridad posible cuales resultan ser las problematizaciones en tensión para poder debatir también las consecuentes estrategias de resistencia. La democratización de la justicia penal tiene todavía diversos senderos que recorrer en un proceso siempre inacabado, por lo que es imprescindible poner en revisión permanente las categorías con las que la pensamos y debatimos. La disputa de las representaciones, lógicas y prácticas que estructuran el campo de la justicia penal es central en esa dirección.

Referencias

- Alameda, E.: *Mujeres encarceladas*, Barcelona: Ariel, 2002.
- Andrés Ibañez, P.: “Derecho y Justicia en el Siglo XXI más difícil todavía”, *International Conference on Law and Justice in the 21st Century*, Coimbra, Mayo 29 al 31 de mayo de 2003.
- Andrés Ibañez, P.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- Andrés Ibañez, P.: *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Madrid: Trotta, 2015.
- Anitua, G. I.: *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- Anitua, G. I.: *La justicia penal en cuestión. Aproximación genealógica al poder de juzgar*, Madrid: Iustel, 2017a.
- Anitua, G. I.: “Apuntes genealógicos sobre lo judicial. Un recorrido por los inicios del atributo de juzgar”, en: Kostenwein, E. (dir.): *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2017b, 59-126.
- Baratta, A.: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1992.
- Baratta, A.: “El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en: Birgin, H. (comp.): *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires: Biblos, 2000, 39-85.
- Barrera, L.: “¿Ruptura o continuidad? A propósito de la transición de la Corte Suprema de la dictadura a la democracia” en: Bohoslavsky, J. P. (ed.): *¿Usted también, Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, 327-345.
- Benente, M.: (2012) “Entre los saberes y el poder. Dificultades para repensar la enseñanza del derecho”, en: Pitlevnik, L. (comp.): *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho*, Buenos Aires: Didot, 2012, 33-78.
- Benente, M.: “Derecho y derecha. Enseñanza del derecho y despolitización”, *Derecho Penal y Criminología*, 1, 2017, 181-189.
- Bergalli, R.: “El control formal: la instancia judicial”, en: *El pensamiento criminológico II: Estado y control*, Madrid: Homo sociologicus, Editorial Península, 1983.

Bergalli, R.: *Estado democrático y cuestión judicial: (vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Buenos Aires: Depalma 1984.

Bergalli, R.: *Control social punitivo: sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, Barcelona: Bosch, 1996.

Bergalli, R.: *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales. Argentina-Colombia-España-Italia*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

Bergalli, R.: “Jurisdicción y administración de justicia. Jueces y fiscales en la sociedad compleja”, en: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Bergalli, R.: “Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social”, en: Bergalli, R., Rivera Beiras, I. y Bombini, G. (comps.): *Violencia y Sistema Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, 3-17.

Bobbio, N.: *El problema del positivismo jurídico*, México: Distribuciones Fontamara, 1991.

Bombini, G.: *Poder Judicial y Cárceles. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

Bombini, G.: “Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia”, en: Bergalli, R. et. al (comps.): *Violencia y Sistema Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, 33-69.

Binder, A.: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

Binder, A.: “La comprensión de la justicia penal como espacio político. Notas para un avance en la crítica al funcionamiento de la justicia penal”, en: Kostenwein, E. (dir.): *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 213-233.

Bodelón, E.: “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en: Bergalli, R. (coord.): *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 451-486.

Bodelón, E.: “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en: Bodelón, E. y Nicolás, G. (comps.): *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Anthropos, 2009, 95-116.

- Bottoms, A.: “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en: Clarkson, M. y Morgan, R. (ed.): *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press, 1995, 17-49.
- Bourdieu, P.: *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.
- Bourdieu, P.: *El sentido práctico*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2013 [1980].
- Brandariz García, J. A.: *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la Política criminal contemporánea*, Madrid: Dykinson, 2014.
- Brandariz García, J. A.: *El modelo gerencial actuarial de penalidad: eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson, 2016.
- Brigido, A. M. y Lista, C. A.: “La enseñanza jurídica y el proceso de evaluación para la selección de funcionarios del poder judicial”, *Academia*, 4 (8), 2006, 213-232.
- Buttler, J.: *El género en disputa*. Buenos Aires: Paidós, 2018.
- Capeletti, M. y Garth, B.: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: FCE, 1978.
- Carlen, P.: *Woman’s Imprisonment*, Boston: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- Cuarezma Terán, S. y Meza Córdoba, L.: “¿La justicia penal para la economía?”, en: Amaral Machado, B. (coord.): *Justicia criminal e democracia*, San Pablo: Marcial Pons, 2013, 119-136.
- Di Corleto, J. (comp.): *Justicia, Género y Violencia*, Buenos Aires: Librería, 2010.
- Di Corleto, J. (coord.): *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires: Didot, 2017.
- Donatello, L. y Lorenc Valcarce, F.: “El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas”, *Revista Argentina de Sociología*, 11 (19/20), 2017, 6-29.
- Eaton, M.: *Justice for woman? Family, court and social control*, London: Open University Press, 1986.
- Facio, A.: *Cuando el género suena, cambios trae*, San José de Costa Rica: Ilanud, 1992.

Facio, A.: “Con los lentes del género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, 28, 2002, 85-102.

Facio, A. y Fries, L. (eds.): *Género y Derecho*, Santiago de Chile: Lom Ediciones, 1999.

Feeley, M. y Simon, J.: “Actuarial Justice”, en: Nelken, D. (ed.): *The Future of Criminology*, London: Sage, 1994, 173-201.

Feeley, M. y Simon, J.: “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicancias”, *Delito y Sociedad*, 1 (6/7), 1995, 33-58.

Ferrajoli, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011.

Fraser, N.: *Justitia Interrupta*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.

Ganón, G.: “La Macdonaldización del Sistema de Justicia. Nuevo Orden o Nuevo Derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en: Rivera, I., Silvera, H., Bodelón, E. y Recasens, A. (coords.): *Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje al Profesor Roberto Bergalli*, Barcelona: Anthropos, 2007, 439-457.

Garapón, A.: (1997) *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, Barcelona: Flor de Viento, 1997.

Garland, D.: *La cultura del control del delito*, Barcelona: Gedisa, 2005.

Gauna Alsina, F.: “Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión”, *Derecho y Ciencias Sociales*, 17, 2017, 44-69.

Gauna Alsina, F.: “A espaldas del dolor: aproximaciones a la relación de los *judiciales* con la prisión”, en: Kostenwein, E. (comp.): *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2020.

Gual, R.: “Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho a espaldas de la prisión (y los presos)”, en: Pitlevnik, L. (comp.): *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho*, Buenos Aires: Didot, 2012, 217-242.

Gutierrez, M. (comp.): *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*, Buenos Aires: Di Placido, 2011.

Gutiérrez, M.: “Hilos y costuras de la trama judicial”, *Delito y Sociedad*, 35 (22), 2013, 45–75.

Húbez, G. y D’Angelo, L. (coords.): *Estudio Nacional sobre Percepción y Acceso a la Justicia*, Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018.

Jaramillo, I. C.: “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”, en: Robin West (coord.): *Género y teoría del derecho*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2000, 27-66.

Kennedy, D.: “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en: Curtis, C. (comp.): *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2001.

Kostenwein, E.: *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Ediar, 2016.

Kostenwein, E.: “Pánicos morales y demonios judiciales. Prensa, opinión pública y justicia penal”, *Revista Socio-Jurídicos*, 21 (2), 2019, 15-50.

Kunz, A.: (1988) “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1930-1983”, *Cuadernos de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 15, 1988, 1-32.

Kunz, A.: *Estudios de Sociología y Metodología*, Buenos Aires: Editorial Estudios, 2000.

Kunz, A.: “Percepción social de la administración de justicia” *Documento de Trabajo*, 132, 2005, 5-54.

Larrauri, E.: “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2009.

Luther, J.: “¿Pervive algo parecido a una justicia de clase?”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 29, 2018, 119-136.

Mackinnon, C.: *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.

Mackinnon, C.: *Hacia una teoría legal feminista*, Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

Pavarini, M.: *Castigar al enemigo*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

Pitch, T.: *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milan: Il Saggiatore, 1998.

Pitch, T.: *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

Pratt, J.: *Penal populism*, London: Routledge, 2007.

Prego, F.: “Nuevas derechas y Poder Judicial en Argentina (2015-2019)”, *XIII Jornadas de Sociología*, Universidad de Buenos Aires, 2019.

Rodríguez, E.: *La justicia mediática*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

Sarrabayrouse, M. J.: “La justicia penal y los universos coexistentes”, en: Tiscornia, S. (coord.): *Burocracias y violencia*, Buenos Aires: Antropofagia, 2004, 203-238.

Sicardi, M.: *El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño*. Tesis para obtener el título de Magíster en la Maestría en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, 2018.

Simon, J.: *Gobernar a través del delito*, Barcelona: Gedisa, 2011.

Smart, C.: *Woman, Crime and Criminology: a Feminist Critique*, London: Routledge, 1976.

Smart, C.: “El derecho como una estrategia creadora de género”, en: Larruari, E. (coord.): *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Madrid: Siglo XXI, 1994.

Smaus, G.: “Análisis feministas del derecho penal”, en: Bergalli, R. (coord.): *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona: Bosch, 1998.

Sozzo, M.: “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en la Argentina”, *NDP*, 2007/B, 518-581.

Terradillos Basoco, J. M.: *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona: Bosch, 2020.

Vacani, P. y Lanusse, M.: “La enseñanza jurídica y la práctica social del derecho”, en: Pitlevnik, L. (comp.): *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho*, Buenos Aires: Didot, 2012, 175-194.

Varela, C.: “Los profesionales del derecho y la lógica práctica. Un análisis de la implementación del juicio abreviado”, *Delito y Sociedad*, 12 (18/19), 2003, 69-88.

Vieito, V.: “La vinculación de la enseñanza universitaria del derecho y el desempeño de los operadores judiciales en materia penal”, en:

Pitlevnik, L. (comp.): *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho*, Buenos Aires: Didot, 2012, 125-145.

Wacquant, L. y Bourdieu, P.: *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.

Weber, Max: *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Madrid: FCE, 1993 [1944].

Zaffaroni, E. R.: *Estructuras judiciales*, Buenos Aires: Ediar, 1994.

Zaffaroni, E. R. (et al.): *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

Zaffaroni, E. R.: *La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, Buenos Aires: Ediar, 2012.

Zaffaroni, E. R.: *Penas Ilícitas. Un desafío de la dogmática penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y DEL ESTADO DE BIENESTAR: UNA CRÍTICA FEMINISTA

THEORIES OF JUSTICE AND THE WELFARE STATE: A FEMINIST CRITIQUE

NICOLA LACEY

LONDON SCHOOL OF ECONOMICS
AND POLITICAL SCIENCE

INTRODUCCIÓN

El tema de este artículo es de una amplitud considerable. Por lo tanto, voy a adoptar la estrategia tradicional de dividir una pequeña parte de la cuestión pertinente para que se le preste especial atención. Tengo la intención de centrarme en tres cuestiones principales. En primer lugar, examinaré algunas críticas familiares a las teorías liberales de la justicia.

Estas son las críticas que a menudo expresan los escritores comunitaristas, feministas y socialistas, y mi principal interés en ellas será su relación con la idoneidad con la que las versiones socialdemócratas de la teoría liberal pueden hacer lugar al estado de bienestar. En segundo lugar, quiero someter la noción del propio Estado del bienestar a un escrutinio crítico. En particular, quiero preguntar hasta qué punto las formas e interpretaciones convencionales del ideal del estado de bienestar parecen cumplir los compromisos que las motivan cuando las interrogamos desde la perspectiva de la crítica feminista. Al desarrollar este argumento, no pretendo reivindicar ninguna exclusividad para la crítica feminista; más bien, me parece que la metodología crítica empleada por el feminismo aquí es continua, con perspectivas críticas que pueden ser (y han sido) utilizadas para revelar deficiencias importantes en la respuesta del estado de bienestar a cuestiones de clase y raza, por nombrar sólo dos cuestiones políticas importantes. Finalmente, consideraré con más detalle una reciente crítica feminista a la teoría política, *Justice, Gender and the Family* (1989) de Susan Moller Okin. Este libro plantea cuestiones metodológicas cruciales sobre la teoría política moderna y aborda explícitamente la cuestión de las potencialidades del liberalismo socialdemócrata para la resolución justa de cuestiones relevantes para el alcance y la estructura del estado de bienestar.

Sin embargo, antes de llegar a estas cuestiones centrales, tengo que situar brevemente este debate en el contexto de su historia intelectual y política, y examinar los dos conceptos centrales en torno a los cuales se organiza el artículo. Esta será la tarea de las dos primeras secciones. Luego pasaré a discutir algunas críticas comunitarista y feministas a las teorías liberales de la justicia. A continuación, consideraré la crítica feminista de la concepción del estado de bienestar que ha surgido en la teoría política socialdemócrata, antes de pasar finalmente a la crítica de Moller Okin de la construcción liberal de los límites de la justicia social y a algunas conclusiones generales sobre las implicaciones de mi análisis para la teoría jurídica y política.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA / ESTADO DE BIENESTAR / FEMINISMO

KEYWORDS

JUSTICE / WELFARE STATE / FEMINISM

Teorías de la justicia

La idea de justicia ha preocupado a los filósofos morales, jurídicos y, en particular, políticos desde que se inventaron estas actividades, con resultados predecibles en términos de variedad tanto en la concepción como en la metodología. Ante esta diversidad, es necesario ser selectivo, y me centraré en dos de las concepciones de justicia de finales del siglo XX más influyentes y sus críticas. En *A Theory of Justice* (1971), John Rawls elabora y defiende la noción de “justicia como imparcialidad”, definida en términos de los principios de igualdad de libertades básicas para todos los ciudadanos, igualdad de oportunidades en la esfera pública e igualdad de riqueza, excepto en la medida en que las desigualdades se justifiquen por su contribución al bienestar de los más desfavorecidos. Los debates sobre el significado de estos principios, la prioridad que Rawls les asigna y la forma de su derivación han abundado desde la publicación de esta obra extraordinariamente influyente. Para Rawls, la justicia es “la primera virtud de las instituciones sociales”: nuestra constitución, los organismos públicos y la práctica política deben respetar los principios de la justicia si quieren reivindicar su legitimidad. La justicia representa las condiciones justas en las que la cooperación social puede ser mediada políticamente. Los ciudadanos son concebidos como la elección de los principios de justicia detrás de un “velo de ignorancia” sobre su propia posición social y sus concepciones del bien. Podría decirse¹ que las intuiciones básicas de Rawls sobre las condiciones para una toma de decisiones justa ya están incluidas en su diseño de la “posición original”. Como han señalado los críticos², esto enturbia el papel metodológico de la posición original en la teoría de Rawls. Sin embargo, no socava por sí misma la plausibilidad de los

¹ Y como el propio Rawls ha reconocido en trabajos posteriores: Rawls (1980, 1985), ambos reimpresos en Rawls (1993).

² Ver por ejemplo Nagel (1975); R. Dworkin (1975); Frazer y Lacey (1995).

principios emergentes, si se considera que son atractivos por otros motivos.

La otra teoría liberal reciente de la justicia a la que haré mención especial es la de Ronald Dworkin³. Mientras que la concepción de Rawls es de justicia como imparcialidad, la de Dworkin podría llamarse “justicia como igualdad y respeto de los derechos individuales”. El principio básico en el que se basa su filosofía política es la existencia de un derecho de todos los ciudadanos a la igualdad de intereses y al respeto por parte del gobierno. En particular, ha elaborado esta idea en términos de una teoría de igualdad de recursos. Mientras que su teoría también tiene fundamentos metodológicos que resuenan con la ideología del contrato social, el dispositivo teórico de Dworkin es una puja [*subasta*] en la que, a diferencia de la posición original de Rawls, las partes saben todo acerca de su sociedad y de su concepción del bien⁴. La puja [*subasta*] comienza con cada una de las partes en posesión de un número igual de fichas de negociación, y continúa hasta que ninguna de las partes pueda mejorar su posición por medio de otro intercambio negociado: dados sus gustos y preferencias, concepciones del bien y los recursos disponibles, nadie cambiaría su paquete de recursos por el de otra persona. Al igual que la posición original de Rawls, el diseño de la *subasta* de Dworkin se basa en las premisas de evaluación que supuestamente establece. Una vez más, esto no debe ser considerado como un robo a la visión de la igualdad de los recursos combinada con el respeto de los derechos individuales, que constituye el núcleo de la teoría de la justicia de Dworkin sobre cualquier atracción independiente que tenga.

Aparte de las similitudes metodológicas entre estos dos autores, comparten una serie de preocupaciones claramente liberales. Entre ellas cabe destacar la hostilidad al perfeccionismo y el compromiso concomitante con la idea de que la tarea del gobierno es facilitar a los ciudadanos la vivencia de sus propias vidas de acuerdo con sus

³ Ver R. Dworkin (1977, 1981, 1986).

⁴ Ver R. Dworkin (1981)

propias concepciones del bien. La justicia, pues, consiste en proporcionar un marco dentro del cual la libertad individual pueda ser ejercida en un contexto social: el papel del gobierno no consiste en intentar realizar una concepción del bien en sí mismo, sino más bien en garantizar la justicia del contexto social en el que los ciudadanos viven sus propias vidas. Estos puntos de vista explican la hostilidad de Rawls y Dworkin hacia el utilitarismo y la insistencia de Rawls en la "prioridad del derecho sobre el bien"⁵.

La persuasión de estas dos modernas teorías liberales de la justicia queda ampliamente demostrada por la influencia que cada una ha tenido en la filosofía política moderna. Mi propia razón para seleccionarlos es que representan el desarrollo más completo de la teoría política liberal en lo que podríamos llamar una dirección socialdemócrata o igualitaria. Está claro, incluso por la breve caracterización que he dado, que cada uno de ellos podría llamarse una teoría de la *justicia social*: en otras palabras, que tiene implicaciones para la distribución de los bienes entre los ciudadanos. Por lo tanto, tanto Rawls como Dworkin prevén un grado sustancial de acción positiva del Estado, así como un marco institucional para garantizar el logro y mantenimiento de distribuciones justas entre los ciudadanos. Estas teorías de la justicia son, por lo tanto, coherentes con y, de hecho, requieren algún tipo de Estado de bienestar.

En caso de que parezca obvio que esto es lo que haría cualquier teoría de la justicia, necesitamos recordar que tanto los críticos conservadores como los libertarios de las teorías liberales socialdemócratas han rechazado la idea de que el alcance de la justicia debería ser tan amplio. Hayek, por ejemplo, sostiene que la justicia debe ser concebida en términos estrictamente formales como igualdad ante la ley, y que cualquier papel redistributivo positivo para el gobierno debe ser descartado: de hecho, él ataca explícitamente la idea misma de "justicia social"⁶. Y Nozick ha argumentado en contra

⁵ Sobre lo cual, ver Sandel (1982), para una crítica de la posición de Sandel, ver Kymlicka (1989: Cap. 3).

⁶ Ver Hayek (1960, 1976).

de todas las teorías de justicia de “patrones”, es decir, aquellas que buscan alcanzar un cierto “estado final” o mantener un patrón o distribución particular⁷. Nozick sostiene que un compromiso con este tipo de justicia requeriría una postura intervencionista constante y opresiva por parte del gobierno que sería inconsistente con el valor liberal básico de la libertad individual. Prefiere concebir la justicia históricamente en términos de principios (notoriamente subdesarrollados) de justicia en la adquisición y transferencia, junto con un principio de compensación justa, que sería coherente con un papel mínimo para el Estado.

No me detendré en este debate, porque aunque acepto que la preocupación libertaria por la autonomía debe tomarse en serio, me parece que el debate entre los defensores de la justicia social y los minimalistas está superado o fuera de lugar, en el sentido de que los minimalistas han perdido claramente el argumento. El estado mínimo es uno que literalmente no existe en las naciones relativamente ricas del mundo moderno, e incluso los gobiernos que simpatizan con las ideologías conservadoras o libertarias se dedican a la política redistributiva⁸. El verdadero debate para la teoría política debe ser, por lo tanto, sobre el alcance y la justificación adecuados de las prácticas políticas que buscan hacer realidad la justicia social, y sobre el marco institucional adecuado para generar suficiente riqueza que apoye al estado de bienestar. Es difícil imaginar un Estado relativamente desarrollado que no se dedicara de hecho a la actividad redistributiva. Cabe señalar, sin embargo, que aunque desde algunas perspectivas libertarias las teorías de justicia social como las de Rawls y Dworkin presuponen un ámbito de intervención gubernamental inaceptablemente amplio, es cierto que estas teorías prevén un ámbito de aplicación restringido de los principios de justicia. Porque tienen que ver básicamente con la acción política, concebida como una

⁷ Ver Nozick (1974).

⁸ Como ha argumentado Esping-Andersen (1990), la naturaleza de la orientación distributiva de determinados estados de bienestar también depende de sus historias y estructuras institucionales distintivas.

acción del gobierno y de los organismos públicos *en la esfera pública*. Una vez más, se trata de una cuestión sobre la que tendremos que volver.

El estado de bienestar

Las teorías de la justicia han implicado o expresado cada vez más justificaciones y defensas del estado de bienestar: a la inversa, la mayoría de nosotros vemos al estado de bienestar precisamente como una cuestión de justicia social. En Gran Bretaña, el surgimiento del estado de bienestar en su forma plenamente desarrollada se remonta generalmente a la aplicación del Informe Beveridge poco después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, los orígenes de un compromiso más amplio con la provisión social se remontan a un período mucho más antiguo, en particular a la idea de la indemnización de los trabajadores (*sic*) a finales del siglo XIX. La creciente participación del Estado en la prestación de servicios públicos de diversa índole—salud, educación, ayuda a los pobres, etc.—tiene una larga historia, aunque se acelera notablemente en Europa a finales de los siglos XIX y principios XX. También vale la pena recordar que, aunque los estados de bienestar modernos son fenómenos históricamente específicos, la idea de la provisión pública y colectiva no es moderna. Los antiguos griegos y romanos, así como muchas otras civilizaciones primitivas, ofrecían una amplia gama de servicios públicos que, si bien diferían notablemente de algunos de los tipos de servicios que ahora consideramos fundamentales para el Estado de bienestar, revelan con la misma firmeza un compromiso con la idea de que la ciudadanía requiere la existencia de servicios públicos para su realización⁹.

Las ideas sobre el significado de la ciudadanía han sido fundamentales para el desarrollo de los estados de bienestar, ya sea que se hayan expresado explícitamente—por ejemplo, en una constitución—o se hayan dejado implícitas en los acuerdos sociales y

⁹ Ver Walzer (1983: Cap. 3).

políticos. Por el contrario, los propios estados de bienestar generan concepciones de ciudadanía. Sin embargo, se puede decir que una idea en particular ha dominado el desarrollo de los estados de bienestar. Esta es la idea de necesidad y el reconocimiento de que los ciudadanos tienen derecho a que se garantice la satisfacción de ciertas necesidades mediante disposiciones comunales como uno de los derechos fundamentales relativos a la pertenencia a una comunidad política. Junto con esto está la idea de que ciertos tipos de riesgo—como los relacionados con la discapacidad, la enfermedad, la pobreza, cada uno de los cuales se relaciona directamente con la necesidad—deben ser socializados. La idea de necesidad ha sido controvertida tanto filosófica como políticamente. Las necesidades deben definirse subjetiva u objetivamente: ¿son relativas o absolutas?¹⁰ Cuando se puede llegar a un consenso político en torno a la idea de que ciertas cosas son necesidades legítimas, ¿hasta qué punto deberían satisfacerse? ¿Incluye la educación preescolar y la educación superior: debería satisfacerse la necesidad de recursos básicos con dinero o bienes; deberíamos reconocer un derecho a la subsistencia? ¿Es la disposición pública para la satisfacción de las necesidades incompatible con la opción privada de comprar una oferta más completa? ¿Cómo podemos generar la riqueza necesaria para sostener un estado de bienestar cada vez más costoso que apoye a las poblaciones que envejecen, y cómo pueden los gobiernos socialdemócratas sostener el apoyo electoral frente a los crecientes niveles de impuestos necesarios para mantener los niveles existentes de provisión social en estas circunstancias?

Estas son sólo algunas de las cuestiones que se han convertido en el tema de la política moderna en las naciones ricas que pueden permitirse el lujo de debatir sobre los méritos relativos de los diferentes grados de provisión social. Cualesquiera que sean las complejidades de los debates filosóficos sobre la idea de necesidad o

¹⁰ Ver Barry (1965, Cap. III: 3–5); Campbell (1983: Cap. 7); Fraser (1989: Cap. 8); Miller (1976: Cap. IV); Plant *et al.*, (1980: Cap. 2–4).

la justificación de la intervención estatal por medio de impuestos, expropiación o prohibición, el debate político articulado es, en efecto, sobre los grados. Se trata de cuál debería ser el alcance del estado de bienestar, no de si debería existir o no. Ni en la Gran Bretaña de Thatcher ni en los Estados Unidos de Reagan ningún político sugirió seriamente la abolición total de las prestaciones sociales; el debate se centró más bien en establecerlas a un nivel en el que se minimizara su efecto sobre los incentivos individuales a la actividad económica independiente. Sin embargo, esto no quiere decir que algunas de las “reformas” llevadas a cabo en Estados Unidos y Gran Bretaña durante las dos últimas décadas se aproximan peligrosamente al desmantelamiento efectivo del Estado de bienestar en ciertas áreas—ni que, incluso en los países nórdicos donde el compromiso con la provisión de bienestar ha sido particularmente fuerte—el Estado de bienestar se encuentre bajo una presión cada vez mayor a medida que se expanden sus demandas sobre la economía¹¹.

Inevitablemente, la medida en que la provisión de las necesidades de unos entra en conflicto con la libertad de otros es una cuestión controvertida. Aquellos que hacen este tipo de argumentos suelen tener en mente la libertad económica, aunque también se plantean cuestiones de libertad política. Sin embargo, es un compromiso importante de los partidarios del estado de bienestar, que la libertad tiene que ser vista en términos que no son totalmente negativos, o al menos no negativos en un sentido estricto¹². Se trata de un compromiso tanto político como filosófico. La idea es que la libertad en un sentido significativo no puede ser asegurada simplemente asegurando la ausencia de restricciones externas en términos de coerción por algún otro agente. La verdadera libertad también depende de la provisión positiva de ciertas facilidades, de la satisfacción de las necesidades, etc., que nos permiten vivir una vida libre en el sentido de que podemos decir que somos realmente los

¹¹ Ver Offe (1984); Esping-Andersen (1990).

¹² Ver Miller (1990: Cap. I); Taylor (1985: Cap. 8).

autores de nuestras propias decisiones¹³. En términos de una concepción aceptable de la libertad negativa, esto significaría reconocer que las limitaciones externas que amenazan la libertad incluyen factores como la necesidad económica y la mala salud. Dicho de manera positiva, significa que no podemos ser libres a menos que se nos proporcionen ciertos recursos positivos que nos permitan desarrollarnos y ejercer nuestra libertad de manera efectiva. Un compromiso con esta idea más amplia de la libertad implica que lo que se puede argumentar como los valores políticos clave del Estado moderno, el bienestar y la autonomía¹⁴, no están en una simple relación de oposición entre sí. Más bien, están vinculados de una manera íntima y compleja. Esto no quiere decir, por supuesto, que la realización de la libertad de una persona no afecte al bienestar de otra: los conflictos claramente pueden surgir y de hecho surgen, y forman parte de la política. Pero cualquiera que esté comprometido con el ideal del estado de bienestar redistributivo debe estar comprometido, creo, con la idea de que el valor político de la autonomía depende en un sentido muy real de la satisfacción de las necesidades de bienestar. También depende, posiblemente, de la falta de grandes desigualdades de provisión entre los miembros de una misma política—desigualdades que inevitablemente alimentan las concepciones de las personas sobre su propio valor y dignidad.

La idea del *estado de bienestar* es, por lo tanto, que ciertas necesidades e intereses de los ciudadanos son de tal importancia que la propia sociedad debe garantizar su realización. Esta concepción de necesidad o bienestar es objetiva, en el sentido de que se refiere a un juicio social y no directamente a las preferencias de los ciudadanos individuales. Sin embargo, la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo no es absoluta, porque las concepciones sociales de la necesidad se basarán en las ideas de los responsables de la gestión política sobre las preferencias y sentimientos estándar: sobre las condiciones

¹³ Para una mayor discusión de la idea de la libertad y sus implicaciones para la teoría feminista, véanse los Capítulos 3-5 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

¹⁴ Ver Lacey (1988: Cap. 5 y 8).

subjetivas, así como sobre las condiciones objetivas de la vida humana—lo que a la gente le importa y lo que tiene. La provisión colectiva se puede organizar de dos maneras. Puede estar disponible como una red de seguridad: es decir, el supuesto y la esperanza es que los ciudadanos proporcionarán, individual o colectivamente, un determinado bien o recurso para sí mismos, pero si no lo hacen, el Estado intervendrá para hacerlo. El ejemplo obvio aquí es el de las ayudas de seguridad social o de asistencia social a las personas que están desempleadas o cuyo empleo no proporciona fondos suficientes para su mantenimiento en lo que la sociedad considera un nivel de subsistencia o un nivel más generoso, como lo que se requiere para llevar una vida decente o satisfactoria. Otra posibilidad es que la disposición se aplique de manera general, a menudo con la posibilidad de cierto grado de opción para aquellos que desean mantenerse a sí mismos en el ámbito privado. Ejemplos obvios serían la salud, la educación y las instalaciones públicas en áreas como el deporte y la cultura.

Para los fines de esta discusión, voy a adoptar la definición de David Miller del estado de bienestar como “una institución con las siguientes tres características: en primer lugar, proporciona beneficios (bienes y servicios) a todas las personas de una sociedad en particular, independientemente de si han contribuido o no al coste de proporcionarlos. En segundo lugar, proporciona beneficios *específicos* que se considera que satisfacen las necesidades, en lugar de sumas de dinero que pueden utilizarse a gusto del beneficiario. En tercer lugar, la institución se financia mediante impuestos obligatorios, y los calendarios fiscales no guardan una relación deliberada con las prestaciones que se espera que reciban las distintas clases de personas. En resumen, la institución es potencialmente redistributiva, específica en sus objetivos y obligatoria”¹⁵. Trabajaré con la visión de Miller de que el estado de bienestar está comprometido con la eliminación de la pobreza, la atención a las personas con necesidades especiales y la

¹⁵ Miller (1990: 99–100).

reducción de la desigualdad¹⁶. Sin embargo, cabe señalar que la mayoría de los estados de bienestar también operan un sistema de dos niveles—contributivo y no contributivo—en áreas como el seguro de desempleo. Me referiré a estas áreas de la disposición parcialmente contributiva a pesar de que quedan fuera de la definición de Miller, ya que plantean algunas de las cuestiones feministas más importantes sobre el estado de bienestar.

¿Los límites del liberalismo?

Como hemos visto, las modernas teorías liberales de justicia, incluso en su forma antiperfeccionista, se han movido en una dirección socialdemócrata, y no sólo permiten sino que contemplan positivamente la existencia de un estado de bienestar. Tampoco Rawls y Dworkin son inusuales en esto: a finales del siglo XX, la ortodoxia liberal *es* welfarista¹⁷. La obra de Raz, en particular, desarrolla un esclarecedor argumento sobre las formas en que la realización de la autonomía presupone y depende de la provisión de bienes y servicios públicos, de la existencia de una cultura pública. Raz también rechaza el principio, una vez considerado central en el liberalismo, de la neutralidad del Estado entre las concepciones del bien. Se pronuncia a favor de que se reconozca que el liberalismo mismo propugna lo que en realidad es una concepción de la buena vida, aunque deja un amplio margen para la elección individual y la autodeterminación¹⁸. Pero incluso las versiones socialdemócratas del liberalismo se han considerado deficientes en términos de su compromiso con una concepción profunda de la justicia social. Es a algunas de estas críticas comunitaristas, feministas y socialistas a las que me dirijo ahora, para centrarme en la primera de mis principales preguntas: ¿Hasta dónde pueden las teorías liberales atender adecuadamente al estado de bienestar?

¹⁶ Miller (1990: 8).

¹⁷ Como muestra el trabajo de otros teóricos políticos como Ackerman (1980), Barry (1989), Kymlicka (1989) y Raz (1986, 1995).

¹⁸ Ver Raz (1986: Cap. 5, 14, 15); véase también Macedo (1990: Cap. 2) y Rosenblum (1989).

Una idea a la que los críticos comunitaristas, feministas y socialistas del liberalismo tienden a dar énfasis es que los seres humanos son necesariamente y principalmente seres sociales. En otras palabras, no sólo nuestros proyectos, gustos y compromisos, sino también, en cierto sentido, nuestras identidades—las nuestras propias—están ligadas al tipo de sociedad en la que vivimos, las comunidades a las que pertenecemos. Esto ha generado un animado y ahora bien conocido debate sobre la concepción apropiada de la persona o el yo desde el cual la filosofía política debe partir. Los comunitaristas¹⁹, han reprendido al liberalismo por su asunción de una concepción “desencarnada” del yo, anterior a sus fines y abstraída de su contexto social, un yo que tal vez esté representado de manera más gráfica en la construcción de la posición original de Rawls. Se argumenta que esto ha llevado a una visión empobrecida de las potencialidades de la vida social, a un enfoque en la prioridad de la justicia entre individuos y a una relativa falta de interés en los valores colectivos y en la búsqueda de virtudes más afectivas como la benevolencia y el altruismo. Los liberales han contrarrestado que la concepción encarnada y socialmente situada del yo de los comunitaristas encuentra problemas en términos de su naturaleza fragmentada y determinada. Porque esta concepción parece dejar poco margen para las nociones de agencia, voluntad y subjetividad que son centrales no sólo para la visión política liberal, sino también para las visiones feministas y marxistas²⁰.

Como la mayoría de los debates políticos, este argumento comunitarista/liberal se ha polarizado indebidamente, con cada lado construyendo la posición de sus oponentes en términos de extremos. Claramente, tanto Rawls como Dworkin dan un reconocimiento

¹⁹ En especial Michael Sandel (1982: Cap. 1).

²⁰ La cuestión de si, y en qué sentido, la teoría feminista necesita un concepto de agencia o de sujeto es, por supuesto, una cuestión polémica. Para un argumento poderoso en contra de tal punto de vista, véase Brown (1995); para un análisis más detallado, véanse los capítulos 4 y 6 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998). Sobre esta cuestión y la distinción entre los aspectos metodológicos y sustantivos del comunitarismo, ver Capítulo 5 [en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998)], también Frazer y Lacey (1993).

significativo a la influencia de lo social en la determinación no sólo de las condiciones de existencia de las personas, sino también de sus compromisos, concepciones del bien, etc. Por el contrario, Sandel, Taylor²¹ y otros comunitaristas no ven al agente como totalmente victimizado o engullido por sus circunstancias sociales, y sí ven un papel para la reflexión y la decisión. El reconocimiento de que los seres humanos están socialmente constituidos no implica la no revisión de nuestros fines y apegos, aunque sí explica por qué a menudo encontramos esta revisión difícil y dolorosa. Lo realmente interesante aquí, sin embargo, no es tanto la elección entre dos enfoques radicalmente diferentes del yo, sino más bien el punto de partida para la reflexión sobre la naturaleza de un orden social justo. Donde los comunitaristas y otros me parecen que tienen un punto sin respuesta es en su identificación de una cierta *dirección* de pensamiento y argumento en la teorización liberal. Para liberales como Rawls y Dworkin, es indiscutible que deben tomar como punto de partida al individuo y sus necesidades e intereses, y pasar de ahí a las necesidades inferidas de provisión colectiva. El valor último, reflejado en la prioridad de libertad de Rawls y en el énfasis de Dworkin en los derechos individuales, es el de la vida de autodeterminación, recurriendo a los bienes e instalaciones públicos y colectivos que sean necesarios para proporcionar esta valiosa posibilidad²². La dirección del argumento, entonces, es de lo individual a lo colectivo; es la vida del ciudadano, más que las ideas de ciudadanía y una comunidad de personas, que es su enfoque.

La visión comunitarista constructivista social cuestionaría esta dirección del argumento. Porque si todos estamos de acuerdo, al menos, en que los seres humanos son necesariamente sociales—que vivimos socialmente y no podríamos vivir de otro modo, que incluso

²¹ Taylor (1985: Cap. 7, 1989).

²² Esto no quiere decir que Rawls y Dworkin sean relativistas, o que no estén interesados en el valor relativo de las diferentes vidas y concepciones del bien. Como liberales, consideran que la neutralidad del Estado y el respeto de los valores liberales son los medios políticos adecuados para permitir que se desarrollen vidas valiosas. El verdadero valor no radica ni en la libertad ni en ciertas concepciones del bien: es que las vidas buenas se realicen libremente.

las cosas básicas valoradas por los liberales sólo pueden lograrse en un contexto social—entonces la estructura social y la provisión colectiva parecen ser el punto de partida más apropiado para la teoría política o, al menos, un punto de partida igualmente importante para las ideas sobre la persona individual. Desde este punto de vista, la preocupación por partir del individuo y avanzar hacia lo social es que la provisión social que, ciertamente, teóricos como Rawls y Dworkin justifican, sólo se valora de forma indirecta y contingente. Si incluso una tesis constructivista socialmente relativamente débil es correcta, como creo que lo es, entonces la división liberal habitual entre individuo y sociedad es conceptualmente problemática. El vínculo entre el individuo y su comunidad es más íntimo, y la noción de bienes públicos, valores colectivos y provisión social debería ser más central en la teoría política, de lo que han reconocido teóricos como Rawls y Dworkin.

Evidentemente, argumentos recientes como el de Raz sobre la importancia de la cultura pública²³ y la defensa de Kymlicka de la noción de pertenencia cultural²⁴ van en esta dirección. La obra más reciente de Dworkin, que da un lugar central al ideal de comunidad estructurada por relaciones fraternas (*sic*) que fluyen del derecho a la igualdad de intereses y al respeto, parece moverse en una dirección similar²⁵. Sin embargo, es indiscutible que la filosofía política liberal ha sido lenta en desarrollar una teoría de los bienes públicos y los valores colectivos, de las virtudes y roles sociales como la ciudadanía, de detalle y sofisticación similares a sus relatos de las libertades básicas, los derechos individuales, etc. Hago hincapié en este punto porque creo que ayuda a explicar por qué, aunque el liberalismo moderno puede acoger al estado de bienestar, en realidad ha tenido relativamente poco que decir al respecto, y se ha contentado con dejar el debate detallado sobre el estado de bienestar a los teóricos

²³ Raz (1986: Parte III–IV).

²⁴ Ver Kymlicka (1989: Cap. 8-10), aunque cabe señalar, sin embargo, que la idea de Kymlicka de pertenencia cultural es un derecho individual.

²⁵ Ver Dworkin (1986, 1990).

feministas y socialistas²⁶. Argumentaría, entonces, que las percepciones de la postura constructivista social del comunitarismo deberían llevarnos a una dirección o énfasis diferente en la filosofía política—una que prestaría mayor atención a lo social en la reflexión sobre la sociedad justa y que, por lo tanto, desarrollaría una concepción más concreta del estado de bienestar que la que se ha dado en el caso de las teorías liberales socialdemócratas.

Antes de pasar a la crítica feminista del estado de bienestar, quiero referirme a un último tema sobre el cual las teorías liberales de justicia han sido recientemente objeto de críticas—muchas de ellas por parte de teóricas feministas. Ya hemos visto la forma en que los comunitaristas han criticado la concepción liberal de los “límites de la justicia”, y hemos argumentado que otros valores como la solidaridad, la reciprocidad y la benevolencia deben ser considerados de importancia *política*. La idea liberal de la prioridad de la justicia como virtud política está ligada a la idea de los límites propios del Estado. Lo mismo ocurre con el objeto de una objeción inversa (no necesariamente contradictoria), que sostiene que los liberales no han extendido la noción de justicia lo suficiente como para darse cuenta incluso de los valores e ideales liberales que los motivan. Típicamente, esta objeción se centra en la división liberal del mundo en esferas públicas y privadas: una esfera pública estrictamente delimitada es apropiada para la aplicación de la justicia, mientras que el Estado deja intactas las relaciones y las distribuciones en la esfera privada²⁷.

Tanto el argumento liberal en el que se centra la objeción como la propia objeción se ven oscurecidos por la dificultad de identificar realmente la división público-privada. Las ideas de lo que habita en los ámbitos público y privado son históricamente y culturalmente específicas. Sin embargo, cualquiera que sea la configuración de estos ámbitos en un momento dado, una dificultad importante surge de la forma en que las ideas de lo público y lo privado tienden a ser

²⁶ Ver Campbell (1983); Hermes (1987); Miliband (1969); Miller (1990); Plant *et al.* (1980).

²⁷ Ver Okin (1989: Cap. 2, 6); O'Donovan (1985); Olsen (1983); para un análisis más detallado, véase el capítulo 3 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

utilizadas: público simplemente para denominar “esa esfera en la que la intervención del Estado está justificada”, y privado por el contrario, sin ningún argumento detallado sobre la justificación real. La justificación tiene que ver, por supuesto, con el valor de la libertad humana, que el argumento de Mill a favor del principio del daño tiene la virtud de dejar claro²⁸. Pero los argumentos sobre las esferas pública y privada se separan con demasiada frecuencia de sus fundamentos liberales subyacentes y se utilizan como si simplemente estuviéramos *describiendo* esferas de actividad, ocultando las premisas normativas del argumento.

Las feministas, a la vez que reconocen la importancia de los límites de la acción estatal, han criticado tanto esta cuestión—el uso de la distinción entre lo público y lo privado—como los juicios sustantivos que su uso disfraza²⁹. En efecto, las esferas de la vida que resultan ser privadas son a menudo desproporcionadamente importantes para las mujeres. Su denominación como privada tiene la consecuencia de que el Estado deja establecidas las relaciones de poder preexistentes en estas esferas (relaciones de poder que explotan a las mujeres) y despolitiza las preocupaciones centrales y la posición de desventaja de las mujeres. Además, la apelación a las “esferas privadas” es a menudo poco sincera en el discurso socialdemócrata. Si se utiliza de forma “descriptiva”, simplemente no existe una “esfera privada” en la que el Estado moderno no intervenga: el citado ejemplo de la familia está, de hecho, rodeado en todo momento de una regulación legal. Incluso el libertario más extremista no argumentaría que la esfera familiar debería estar exenta de la aplicación de leyes como las que prohíben las agresiones graves; e incluso el observador más ciego tendría que reconocer la influencia de las leyes de bienestar social en la estructura de la familia. Por otra parte, si se utiliza con carácter preventivo, la noción de familia no regulada depende de una tenue distinción entre actos y omisiones. El

²⁸ Mill (1859).

²⁹ Young (1987), véase más adelante el capítulo 3 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

Estado afirma que no tiene ninguna responsabilidad por lo que sucede en la familia: se trata de una esfera privada. Pero cuando se omite regular, el Estado confirma implícitamente la distribución existente de poder y bienes dentro de la familia. La falta de aplicación de las exigencias de la justicia a la “esfera privada”—por ejemplo, a la familia—significa que las garantías de justicia e igualdad que se ofrecen a los ciudadanos en la esfera pública tienen sistemáticamente menos valor para aquellos que se encuentran “pre-políticamente” en desventaja. El limitado alcance de la justicia política que afirman liberales como Rawls y Dworkin es, en otras palabras, inconsistente con la realización de los valores que afirman defender. A menos que se amplíen los límites de la justicia, debe abandonarse la idea de que las teorías liberales socialdemócratas son, en cualquier sentido, igualitarias o socialmente progresistas³⁰.

En esta sección me he centrado en dos debates principales en torno a las teorías liberales igualitarias de la justicia: la crítica construccionista comunitaria y social del individualismo liberal y la crítica feminista de la distinción entre lo público y lo privado. En el primer caso, parecía que el énfasis y la dirección del pensamiento liberal habían inhibido el pleno desarrollo de un relato político-teórico del estado de bienestar. En la segunda, por el contrario, parecía que las implicaciones de una política socialdemócrata welfarista en términos de cambiar y desdibujar las fronteras entre las esferas pública y privada simplemente no han sido tomadas en cuenta por los teóricos liberales. En cada caso, el movimiento hacia la acomodación central del estado de bienestar y un compromiso profundo con la justicia social parecen estar llevando las teorías socialdemócratas a sus límites y quizás más allá de ellos.

³⁰ Muchos de los problemas de distinción entre lo público y lo privado que plantea la teoría política liberal se reproducen en la teoría social de Habermas (1975, 1987). Por una crítica feminista de su distinción entre el mundo de los sistemas y el mundo de la vida y su argumento de que debemos denunciar la “colonización del mundo de la vida” por parte del mundo de los sistemas en el estado de bienestar desarrollado, ver Fraser (1989: Cap. 6); Hernes (1987: 153–63); ver también el capítulo 5 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

La ciudadanía de las mujeres y el estado de bienestar: ¿del patriarcado privado al público?

Ahora quiero cambiar la perspectiva de la teoría política a la práctica política, para ver cómo se han desarrollado los estados de bienestar. Luego volveré a las teorías de la justicia para ver hasta qué punto las deficiencias de los estados de bienestar que se pueden identificar desde una perspectiva feminista se relacionan con algunos problemas teóricos más generales. Puesto que es imposible desarrollar un argumento que tenga en cuenta incluso una muestra representativa de Estados de bienestar en el ámbito de este artículo, voy a tomar como ejemplo a Gran Bretaña. Sin embargo, muchas de las observaciones que voy a hacer tienen una aplicación más amplia³¹.

He dicho antes que un compromiso con el estado de bienestar revela una cierta concepción de la ciudadanía: las condiciones necesarias para pertenecer y participar en un sistema de gobierno y de lo que éste considera los intereses más importantes de sus miembros y sus obligaciones mutuas de provisión y apoyo. Las necesidades satisfechas y los bienes y servicios proporcionados por el estado de bienestar revelan una concepción de las condiciones necesarias para la ciudadanía y la naturaleza de la vida común. Sin embargo, cuando observamos el funcionamiento de los estados de bienestar, con demasiada frecuencia nos damos cuenta de que los compromisos igualitarios que informan la idea del estado de bienestar no se realizan en términos de elegibilidad igualitaria para sus beneficios, por no hablar del acceso a los mismos³². Las desigualdades de acceso están marcadas de manera llamativa en función de la clase, la raza y el género: las investigaciones muestran claramente que los beneficios que se proporcionan de manera más general son aprovechados de manera mucho más eficaz por aquellos que son relativamente privilegiados en términos de educación y recursos³³. Sin embargo, es más probable que las desigualdades injustas de elegibilidad estén

³¹ Ver Hernes (1987), Watson (1990).

³² Ver Pateman (1989: 179 y ss.); Fraser (1989: Cap. 7, 8); Dale y Foster (1986); Walby (1990).

³³ Ver Le Grand (1982)

basadas en líneas raciales o de género. Tomando el ejemplo del género, el sistema de asistencia social en Gran Bretaña se creó sobre la base del concepto de “salario familiar”: de ahí que el supuesto contribuyente al sistema de asistencia social y beneficiario de las prestaciones sociales fuera el “cabeza de familia”—es decir, el hombre, que se presume que es el sostén de la familia. De hecho, no sería ir demasiado lejos decir que la construcción implícita del ciudadano sobre la que se diseñó el estado de bienestar era la de un hombre, con el reconocimiento gradual de las mujeres solteras. Algunos aspectos del estado de bienestar fueron diseñados originalmente precisamente para mantener a las mujeres, y a las madres en particular, fuera del mercado laboral remunerado³⁴.

Aunque la mayoría de las prestaciones están ahora formalmente disponibles por igual, en la práctica el acceso a las prestaciones sigue estando estructurado en función del género. Por ejemplo, la norma de que un miembro de una pareja de hecho hace examinar su solicitud a la luz de los ingresos del otro miembro hace que se descalifique a muchas más mujeres que a hombres para acceder a las prestaciones. Aquí hay un eco claro y perturbador del uso que hace Rawls del concepto de “cabezas de familia” como representantes de los responsables de la toma de decisiones en la posición original: el ideal aparentemente neutro de género de la ciudadanía revelado por el estado de bienestar resulta, de hecho, altamente sexista³⁵. El grado de acumulación de derechos a prestaciones como las pensiones relacionadas con los ingresos del Estado, las prestaciones de desempleo, etc., depende del acceso a prestaciones preexistentes que ya están distribuidas de forma muy desigual según el género—más obviamente porque los hombres, en promedio, siguen ganando más y con mayor frecuencia tienen trayectorias profesionales ininterrumpidas debido a que sus niveles de responsabilidad doméstica son más bajos que los de las mujeres. Además, dada la

³⁴ Ver Pateman (1989: 194).

³⁵ Ver Okin (1989: Cap. 5).

distribución del trabajo en la esfera “privada”, los criterios de elegibilidad para el trabajo (particularmente a tiempo completo) son a menudo imposibles de cumplir para las mujeres con compromisos familiares, lo que las excluye del ámbito de las prestaciones de desempleo de nivel superior y de las pensiones, que generalmente están relacionadas con las cotizaciones de los empleos en el pasado. Estas diferencias son tales que se ha argumentado que las mujeres se construyen como clientes dependientes del estado de bienestar. Mientras que es probable que los hombres se encuentren en la posición de reclamantes *con derecho*, cuyos derechos se derivan de contribuciones económicamente reconocidas, las contribuciones de las mujeres al trabajo en el hogar no se tienen en cuenta en absoluto³⁶. Las implicaciones de la división entre lo público y lo privado son obvias aquí³⁷. Por el contrario, las mujeres están sobrerrepresentadas no sólo entre los empleados del estado de bienestar, sino también entre los que dependen económicamente de las prestaciones sociales, porque están sobrerrepresentadas entre los pobres³⁸. Esto hace que el hecho de que el sistema de prestaciones esté diseñado implícitamente sobre la base de un modelo masculino sea aún más inapropiado. Por lo tanto, las mujeres (y los niños, de los que las mujeres siguen siendo las principales responsables) han sufrido de forma desproporcionada las reducciones en la prestación de asistencia social emprendidas por las recientes administraciones británicas.

¿Qué ha dicho la teoría política liberal, de carácter perceptivo y crítico, sobre estas deficiencias del estado de bienestar? Teniendo en cuenta lo que ya he dicho sobre la lentitud del liberalismo a la hora de reflexionar sobre los bienes y servicios públicos, quizás no sorprenda que la respuesta sea muy escasa³⁹. Como señala Carole Pateman⁴⁰, en

³⁶ Ver Fraser (1989: 149–53); Hernes (1987: Cap. 1 y 2).

³⁷ Ver Atkins y Hoggett (1984: Cap. 5, 6, 9, 10); Stang Dahl (1986: Cap. 7 y 8).

³⁸ Los patrones de género en el desempleo y los mercados laborales han cambiado significativamente durante la última década; sin embargo, el género sigue marcando una de las divisiones más importantes en estas áreas.

³⁹ Hay, por supuesto, algunas excepciones honorables: véase, por ejemplo, Gutmann (1988).

⁴⁰ Pateman (1989: 197).

una sociedad de género comprometida con la política liberal, las mujeres están atrapadas en un dilema. Por un lado, pueden tratar de reclamar la ciudadanía plena en el modelo masculino—una posibilidad que está descartada o es poco atractiva para muchas mujeres debido a su posición social y sus responsabilidades. Alternativamente, pueden argumentar a favor del reconocimiento de una concepción femenina de la ciudadanía basada en las contribuciones especiales de las mujeres, una vía que no es prometedora porque esas contribuciones especiales se consideran sin valor económico y porque el argumento, en cualquier caso, amenaza con socavar la base de las reivindicaciones de las mujeres sobre la igualdad liberal. Sin embargo, aún más significativo es el hecho de que el fracaso del liberalismo a la hora de abordar las deficiencias de género del estado de bienestar es simplemente un aspecto del silencio casi total que mantienen los teóricos políticos sobre las cuestiones de género. La cuestión que quiero examinar ahora es hasta qué punto se relaciona con los problemas generales de la estructura de la teoría política moderna, y hasta qué punto pueden superarse.

Género y teoría política

En primer lugar, volvamos a la cuestión del énfasis liberal en el individuo. Como vimos en nuestra discusión anterior, la idea de que el liberalismo asume un individuo atomista y desencarnado, abstraído de su contexto social, ha sido exagerada. Sin embargo, no cabe duda de que el enfoque primario del liberalismo sobre el individuo, sobre las personas *una por una*, abstraído de su contexto social, como unidades morales, es contrario a dar a las cuestiones de género el lugar central en la teoría política que su importancia práctica dicta que deberían tener. El uso del lenguaje de inclusión sexual por parte de los teóricos políticos puede representar un avance en el sentido de que ya no representan implícitamente al mundo como poblado enteramente por hombres, sino que el uso moderno tiene sus propios

peligros⁴¹. Porque envía el mensaje de que la igualdad de género en la vida política puede lograrse simplemente por medio de la neutralidad de género, y oscurece el hecho de que las prácticas e instituciones por las que se está abogando se diseñan sobre la base de supuestos fuertemente basados en el género sobre cuestiones como la estructura de las familias y la división del trabajo⁴². Hasta que los teóricos políticos comiencen a prestar mayor atención al contexto social, es probable que se sigan ignorando características estructurales como el género, en un mundo irrealmente utópico de personas sin género, sin clase y sin raza (es decir, implícitamente un mundo de hombres blancos de clase media). Hasta que la cuestión de los bienes públicos, la cultura pública y la estructura social, junto con las cuestiones del acceso sustantivo a estos bienes, en lugar de la oportunidad formal de aprovecharlos, se conviertan en una preocupación central de la filosofía política, las cuestiones que, por ejemplo, las feministas y antirracistas quieren priorizar seguirán siendo marginadas. Y hasta que la teoría política socialdemócrata comience a abordar las limitaciones inherentes a la distinción entre lo público y lo privado tal como se ha construido tradicionalmente, será estructuralmente incapaz de hacer justicia a las mujeres, de considerarlas como miembros plenos del sistema de gobierno, de desarrollar una concepción de la ciudadanía que no sea implícitamente masculina.

Ahora quiero concretar este argumento centrándome en la división entre el sector público y el privado. Lo hago tanto porque la división es tan central para la crítica feminista de la teoría política tradicional como porque ha sido desarrollada recientemente por Susan Moller Okin en una forma persuasiva que ilumina su relevancia para la crítica feminista del estado de bienestar. Quiero retomar muchas de las ideas de Okin, pero también señalar algunas diferencias entre su enfoque y el mío. Okin argumenta poderosamente que la forma en que las teorías liberales de justicia han trazado los límites de

⁴¹ Ver Okin (1989: 10–13).

⁴² Para más información, ver capítulo 7 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

la justicia ha marginado y despolitizado las desventajas de las mujeres, situándolas fuera de la esfera apropiada no sólo de la acción estatal sino también de la preocupación y la crítica política. Las teorías liberales han construido típicamente la organización de la vida familiar, el trabajo doméstico, la sexualidad y la crianza de los hijos como asuntos en gran medida privados, para la decisión de los ciudadanos individuales. Por lo tanto, han dejado intacto e implícitamente conspirado en el mantenimiento de las mismas áreas de la vida social que impiden a las mujeres participar en pie de igualdad con los hombres en la esfera pública. La división del trabajo en el seno de la familia inhibe sistemáticamente la participación de la mujer en la fuerza de trabajo remunerada, en particular en sus esferas más remuneradoras y prestigiosas; el menor acceso a los recursos, combinado con la construcción social de la sexualidad masculina y femenina y la estructura de la familia y el derecho penal, significa que el poder de las mujeres dentro de la familia es menor que el de los hombres; en el caso de divorcio, el trabajo de las mujeres en el hogar tiene un valor económico reducido, y su inversión en capital humano en la familia a menudo no tiene ningún valor. Estos y muchos otros factores conducen a la pobreza relativa, la falta de poder político y el bajo estatus de las mujeres y los niños de los que son desproporcionadamente responsables. Fuera de la familia, el modo u organización del trabajo a tiempo completo y bien remunerado en la gran mayoría de los ámbitos se basa en la premisa de que el trabajador no inscrito, a tiempo completo y sin responsabilidades domésticas, lo que tampoco se considera que plantee cuestiones de justicia. Nada de esto es negar que hay límites tanto a la eficacia como a la legitimidad de la acción estatal. Lo que el argumento enfatiza es un vínculo directo entre la distribución del poder y los recursos en esferas no controladas directamente por el Estado, y las distribuciones dentro de la esfera pública. Las injusticias dentro de uno están destinadas a aparecer en el otro. La garantía de justicia en la esfera pública que Rawls, Dworkin y otros sostienen es ilusoria para las mujeres y otros cuyas

experiencias “privadas” obstaculizan sistemáticamente su capacidad para asumir la ciudadanía que los liberales les ofrecen en términos superficialmente neutrales en cuanto al género. Okin muestra cómo el propio reconocimiento de Rawls de la importancia de la familia como el escenario en el que los niños desarrollan su sentido de la justicia debe comprometerlo a considerar que la familia misma es susceptible de crítica sobre la base de sus dos principios de justicia: ¿cómo, después de todo, pueden los niños adquirir un sentido de la justicia dentro de una institución fundamentalmente injusta?⁴³

Los argumentos de Okin son convincentes, y muchas de sus recomendaciones políticas (como la compensación obligatoria por la inversión de capital humano en la crianza de los hijos en caso de divorcio, el cuidado de los hijos en el lugar de trabajo y el permiso parental) son atractivas. Algunas de sus propuestas plantean serias dudas sobre la eficacia potencial de la acción estatal. Pero esto no puede consolar a los teóricos políticos a quienes critica: después de todo, los teóricos políticos no son ampliamente conocidos por su astuta comprensión de los aspectos prácticos de la política, y por lo general se defienden retrocediendo en discusiones sobre lo que es deseable en principio. Más aún, como bien señala Okin, incluso los teóricos políticos que no han abrazado la división liberal entre las esferas pública y privada—y aquellos que adoptan una línea construccionista social son ciertamente mucho más propensos a ver a la familia como una institución genuinamente política—tienen credenciales feministas claramente pobres. Sandel, por ejemplo, que hace hincapié en la pertenencia a las comunidades como lugar de desarrollo humano y de valor político, no tiene nada que decir sobre el género, mientras que MacIntyre es casi ciego intencionadamente al sexismo, que es un rasgo omnipresente de las tradiciones que quiere que revivamos, y añade un insulto a la injuria al utilizar el pronombre femenino al hablar de situaciones en las que esas tradiciones habrían excluido a las mujeres. Walzer, aunque es una honrosa excepción al

⁴³ Okin (1989: 97–101).

hacer publicidad en varias ocasiones de cuestiones de género y al dar al menos cierto reconocimiento a la cuestión de la distribución dentro de lo que los liberales considerarían como esferas privadas, no da un tratamiento sistemático a la cuestión del género. Por lo tanto, no sólo los influyentes teóricos políticos liberales y comunitarios no han logrado hasta ahora proporcionarnos un relato sofisticado del estado de bienestar, sino que ciertas características *estructurales* de sus relatos en realidad les impiden hacerlo. El compromiso de los liberales con una ideología público-privada poco teórica les impide ver cómo la adopción generalizada por parte del Estado del bienestar del modelo tradicional de familia y mercado laboral como base estructural para la distribución de las prestaciones plantea cuestiones fundamentales de justicia para las mujeres. Pero es poco probable que a los comunitaristas les vaya mucho mejor. Porque aunque tienen el bagaje teórico que les permitiría cuestionar la actual división entre lo público y lo privado y ver que la injusticia privada será reproducida directamente por un Estado de bienestar estructurado como el británico, su miopía en lo que respecta a las cuestiones de género significa que es poco probable que identifiquen esa fuente obvia de injusticia en primer lugar.

Frente a estas evidentes deficiencias de la filosofía política contemporánea, la estrategia de Okin consiste en adoptar algunas de las prescripciones sustantivas básicas y los enfoques metodológicos que considera más satisfactorios, para luego extraer su potencial desde un punto de vista feminista. Señala que el principio de Walzer de no dominación entre esferas tiene un potencial considerable para combatir el problema de la desventaja privada que genera injusticia pública; también comenta favorablemente los dos principios de justicia de Rawls y su metodología de la posición original⁴⁴. Aunque su argumento sobre el compromiso lógico de Rawls de examinar a la familia es incontestable, quiero examinar más de cerca la afirmación general de Okin sobre el enfoque de Rawls. Dejando de lado la

⁴⁴ Okin (1989: Cap. 3, 5, 6 y 8).

desafiante literatura crítica general sobre los dos principios de Rawls⁴⁵, uno de los problemas para cualquier teórica feminista a la hora de evaluar las teorías contemporáneas de la justicia es que, dado que el género ha sido virtualmente ignorado, es casi seguro que cualquier teoría razonablemente liberal va a tener algún potencial feminista no explotado, en el sentido de que tiene implicaciones positivas para el tratamiento de la mujer en relación con nuestra posición social actual. Por lo tanto, es bastante difícil comprender cuáles son los límites de una lectura feminista de estas teorías. En mi opinión, Okin exagera el potencial de la teoría de Rawls, porque no ve los problemas fundamentales con la estructura de la posición original⁴⁶. La posición original representa al sujeto político como esencialmente individual, des-personalizado, des-generizado. Al descontextualizar la decisión social de una manera tan extrema, Rawls inevitablemente margina cuestiones como el género (incluso si podemos dar sentido a la idea de elección en condiciones de tal ignorancia, lo que parece dudoso). La respuesta de Okin a esto es responder que la posición original no es realmente sobre la elección desde un punto de vista individual, sino desde el punto de vista colectivo: capta la idea de que las elecciones justas sólo surgen cuando todos los responsables de la toma de decisiones han intentado entrar en la perspectiva de las personas en otras posiciones sociales⁴⁷.

Esta es ciertamente una reconstrucción atractiva de la posición de Rawls, pero plantea casi tantos problemas como la interpretación más tradicional. Principalmente, plantea interrogantes sobre la posibilidad de un juicio empático, que se ven exacerbados por las manifiestas condiciones de ignorancia de Rawls. Asume que un individuo por si mismo puede "adentrarse" en las experiencias de los demás, imaginar lo que podrían ser sus vidas, *sin tener que escuchar a nadie más*. Esto es peligroso. La lógica de la posición de Okin parece conducir a modelos democráticos participativos en los que la gente

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Barry (1973); Daniels (1975).

⁴⁶ Ver, por ejemplo, Jaggar (1983: Cap. 3); Benhabib (1987); Frazer y Lacey (1993, 1995).

⁴⁷ Okin (1989: 101-9); esta lectura se confirma en la obra posterior de Rawls (1993).

aprende a hablar y a escucharse unos a otros, y a tomar en serio las opiniones de los demás⁴⁸: traducidas a los términos de la posición original, evoca un ser super imaginativo. En particular, y de gran preocupación para Okin, es la cuestión de si la persona en la posición original podría realmente identificarse con la experiencia de *ser* oprimido, en términos de género o de otro tipo. O bien hay realmente un número de personas en la posición original, en cuyo caso los hombres y las mujeres, blancos y negros, ricos y pobres, deben estar debidamente representados, o bien sólo hay una persona representativa detrás del velo de la ignorancia. En este último modelo, debemos presuponer la posibilidad de una perspectiva des-generizada—esta persona no es ni hombre ni mujer.

El propio argumento de Okin muestra que el selector rawlsiano es un hombre. Debería ser cautelosa, diría yo, ante la posibilidad de una elección sin género, ya que, dado que todas las sociedades que hemos conocido han sido sexistas, la idea de un punto de vista que no esté formado en parte por la experiencia de género es algo que todavía tenemos que encontrar. La neutralidad de género es el ideal de Okin⁴⁹. Sin embargo, incluso si apoyamos este ideal, pedir que la persona en la posición original se piense a sí misma más allá de las condiciones de género de la sociedad que se le permite conocer en una sociedad más allá del género es ponerle demandas extraordinarias. Tales demandas extienden los límites de la imaginación, y posiblemente de la lógica, hasta el punto de ruptura. Es difícil resistir la conclusión de que la posición original debe disolverse en una conversación entre personas reales y socialmente situadas⁵⁰.

⁴⁸ Curiosamente, Okin se refiere simpáticamente a las credenciales feministas del tipo de política participativa defendida por Benjamin Barber (1984) [ver Okin (1989: 200, n. 59). Ver también Phillips (1991); Mansbridge (1991).

⁴⁹ Sobre la cuestión de la neutralidad, véase el capítulo 7 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

⁵⁰ Esta es, por supuesto, la posición hacia la que Rawls ha avanzado en su trabajo posterior: Rawls (1980, 1985), reeditado en 1993.

Conclusión: un enfoque crítico de la justicia social

En las últimas dos secciones he discutido la adecuación con la que las teorías de justicia socialdemócratas, liberales y comunitarias, han podido dar cuenta del Estado de bienestar, y he trazado ciertas deficiencias en los enfoques tanto prácticos como teóricos del Estado de bienestar, hasta llegar a ciertas deficiencias en el énfasis de esas teorías. En particular, he sugerido que las críticas feministas a la construcción de la teoría política tradicional han identificado muchas de las deficiencias que han llevado a una teorización inadecuada del estado de bienestar. Ahora quiero concluir sacando algunas implicaciones generales para la mejor manera de proceder en nuestra teorización sobre la justicia social y el estado de bienestar.

En primer lugar, he defendido un reconocimiento adecuado de la ubicación social del individuo: de las formas en que nuestros lazos comunitarios y afectivos, junto con nuestra historia cultural, nuestra ubicación geográfica, etc., afectan fundamentalmente a lo que somos, a nuestro sentido de nosotros mismos, *a quiénes somos*. Tal reconocimiento dicta que la teoría política da un mayor énfasis que en la teoría liberal moderna al contexto social, a las instituciones sociales, a las comunidades y a las culturas. Esto no quiere decir que nuestro sentido de nosotros mismos como distintos y autónomos no debería tener un lugar importante: claramente, debería tenerlo. Pero el reconocimiento de que lo que es bueno para las personas sólo puede ser fomentado en contextos sociales debe hacer que esos contextos sean al menos tan importantes para la teoría política como los derechos, intereses y reivindicaciones del individuo. El ideal liberal es el de personas que viven autónomas, eligiendo vidas, persiguiendo sus concepciones del bien. Esto conlleva, implícitamente, una concepción de la sociedad política y una cultura pública, y esto debe tener más prioridad en la teoría política de lo que la mayoría de los liberales han estado dispuestos a darle. Si este tipo de perspectiva se utilizara en la teorización sobre la justicia social, tendríamos que tener

una teorización mucho más sofisticada de la justicia social y del estado de bienestar que la nuestra.

En segundo lugar, y de manera implícita en cualquier reconocimiento de la primacía de lo social, habría un mayor énfasis en la importancia del contexto social para influir en el juicio. Esto tiene implicaciones para la idoneidad de cualquier tipo de punto de partida desapegado e ideal-observador de la filosofía política y, en mi opinión, apunta a una concepción de la teoría política como una actividad socialmente fundamentada que consiste en la interpretación crítica y constructiva de ciertas tradiciones de pensamiento. Aún más importante para la teorización del estado de bienestar, llevaría la teoría política desde las alturas de la abstracción que caracterizan gran parte de la *A Theory of Justice* hasta el nivel de base de instituciones sociales concretas: dado que tales instituciones tienen una influencia decisiva en cómo pensamos y vivimos, la comprensión de cómo funcionan y cuál es su impacto real en la vida de las personas debe ser central para la teoría política⁵¹. Está implícito en este punto de vista que la teoría política debe ocuparse de las personas reales, personificadas, de género, socialmente situadas, y no de las personas de una sociedad idealizada que nunca hemos visto y que tenemos poca idea de cómo hacer realidad. También debe recordarnos que las ideas que se consideran progresistas en un contexto social pueden parecer no serlo en otro. Por ejemplo, en sociedades más solidarias y tradicionales como la japonesa, las teorías libertarias individualistas pueden parecer progresistas en el mismo momento en que algunos aspectos del comunitarismo han parecido progresistas en las culturas individualistas de Gran Bretaña y Estados Unidos.

En tercer lugar, mi discusión implica que una teoría política que tome en serio la justicia social y el estado de bienestar debe centrarse

⁵¹ Esto está bien ilustrado en Walzer (1983). También se refleja en la preocupación de al menos algunos filósofos políticos por las cuestiones de la generación, así como por la redistribución de la riqueza (Barry, 1989). Esta es una cuestión apremiante, dado que el aumento del costo de la provisión de asistencia social está dando lugar en muchos países a recortes en dicha provisión, lo que empuja a las mujeres de nuevo a la invisible esfera “privada” del Estado de bienestar.

en cuestiones de distribución a nivel material y no sólo a nivel de igualdad formal de oportunidades. Como hemos visto, uno de los mayores inconvenientes de los actuales Estados de bienestar es que no logran la igualdad que buscan, y esto tiene que ver con las desigualdades no sólo en el acceso formal sino también material a sus beneficios. Esto tiene que ver en gran medida con el hecho de que en el diseño de las instituciones de bienestar no se tenga en cuenta el acceso a sus beneficios desde el punto de vista de la ubicación social de sus probables clientes, y con la insuficiente consideración de las diferencias de situación social, lo que inevitablemente conducirá a la perpetuación de las desigualdades de distribución por parte del Estado de bienestar. En cuanto al diseño de las normas y sus efectos en la práctica, el Estado del bienestar debe tener en cuenta nuestras posiciones como mujeres y hombres, clase obrera y clase media, asiáticos, afrocaribeños, etc. Esto significa que las cuestiones de clase, género y raza deben estar en el centro de la teoría política, y no en los márgenes donde han estado durante tanto tiempo. También sugiere que los teóricos políticos deberían estar mucho más preocupados por los mundos sociales existentes de lo que han estado tradicionalmente. Sólo una vez que abandonemos la idea de que el punto de partida de la reflexión filosófica política es el individuo no situado socialmente, y no el hombre o la mujer socialmente localizados de una clase y raza en particular, implicados en ciertos tipos de redes, grupos y comunidades, comenzaremos a generar ideas teóricas que realmente podrían ayudar a diseñar instituciones de bienestar eficaces y justas.

En cuarto lugar, los argumentos de feministas como Okin y Jaggar exigen que los teóricos políticos sometan la distinción entre lo público y lo privado a una revisión radical. La abrumadora evidencia de que las injusticias en la esfera privada se traducen en una falta material de acceso a la justicia en la esfera pública nos obliga a reexaminar la forma en que se establecen actualmente los límites en torno a la esfera política. Esta crítica se toma a menudo como una afirmación de que no hay límites adecuados para la intervención del

Estado. Esto está lejos de ser así. La mayoría de las feministas reconocen la importancia de una esfera de la vida que se deja abierta a la determinación personal—de hecho, se trata de uno de los bienes más importantes de los que carecen las mujeres, dada la doble carga inherente en los acuerdos sociales actuales⁵². Pero los límites actuales son insatisfactorios en el sentido de que dejan sin corregir importantes fuentes de injusticia social que el gobierno podría abordar sin una intervención más amplia en la vida personal que la que ya se lleva a cabo en áreas como la definición y regulación del matrimonio y el divorcio, la prohibición de los contratos de maternidad subrogada y la invalidez de los contratos de matrimonio y la regulación de la adopción. La construcción actual de la división entre lo público y lo privado es incoherente y poco sincera, ya que la familia y la sexualidad ya están ampliamente reguladas. La ideología actual de la distinción entre lo público y lo privado no puede mantenerse de manera coherente con un compromiso con la justicia de género del que la mayoría de los liberales y comunitarios no estarían dispuestos a disociarse explícitamente.

En quinto y último lugar, yo diría que los teóricos de la justicia social deben reflexionar sobre si el objeto de la asignación política debe limitarse a los recursos, o si los factores más intangibles, como el poder y el bienestar, no deben ser también objeto de redistribución. El debate entre los teóricos que favorecen la igualdad de bienestar y los que afirman el ideal de la igualdad de recursos no puede ser discutido aquí. Es muy posible que, como cuestión de medios políticos, sólo la igualación de recursos a través de las instituciones de bienestar esté al alcance del Estado. De hecho, hasta ahora hemos tenido un éxito singular, incluso en nuestro intento de crear una mayor igualdad de recursos a través de nuestros sistemas de bienestar. Sin embargo, el ideal de justicia social que inspira el compromiso con el estado de bienestar—especialmente la idea de que las necesidades de las personas generan obligaciones para los conciudadanos y que

⁵² Young (1987: 56).

este reconocimiento de las obligaciones mutuas de apoyo define a la comunidad política pertinente—conlleva un compromiso, si no con la igualdad de bienestar, al menos con la idea de que las grandes desigualdades de bienestar *son* estados de cosas que deberían ser motivo de preocupación política.

Cualquier teoría política que no reconozca que las relaciones de poder son relevantes para el logro de la justicia social está eludiendo lo que de hecho es una cuestión central: en efecto, precisamente este tipo de evasión está en la raíz de la incapacidad de la teoría política para tener en cuenta adecuadamente las cuestiones de género. Por poner un ejemplo, en muchos países se da el caso—o hasta hace poco tiempo—de que un hombre que tiene relaciones sexuales con su esposa sin su consentimiento no puede ser condenado por violación⁵³. Esto expresa y legitima evidentemente una visión de relaciones de poder desiguales dentro del matrimonio. Cualquier teoría política que no reconozca esto como una cuestión de justicia social, que trata de marginar la cuestión como una entre partes en la esfera privada, me parece que no merece el nombre de una teoría de la justicia.

⁵³ La posición en Inglaterra y Gales fue modificada por la Cámara de los Lores en *R v. R* [1992] 1 AC 599. El tribunal rechazó la idea de que el matrimonio implica el consentimiento irrevocable de la mujer para mantener relaciones sexuales, debido tanto a la debilidad de las autoridades del *common law* para la exención de la violación marital como a su inadecuación a las concepciones modernas del matrimonio. Este cambio fue confirmado por la legislatura en la Ley de justicia penal y orden público de 1994. Queda por ver la seriedad con que los tribunales tratarán la violación marital en su práctica de dictar sentencia. Ver Lacey y Wells (1998), Capítulo IV.II. Para más información, véase el capítulo 4 en: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (1998).

Referencias

- Ackerman, B.: *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press, 1980.
- Atkins, S. y Hoggett, B.: *Women and the Law*, Oxford: Basil Blackwell, 1984.
- Barry, B.: *Political Argument*, London: Routledge and Kegan Paul, 1965.
- Barry, B.: *The Liberal Theory of Justice*, Oxford: Clarendon Press, 1973.
- Barry, B.: *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice, Vol. I*, Oxford: Oxford University Press, 1989.
- Benhabib, S.: “The Generalised and the Concrete Other”, en: Benhabib y Cornell (eds.): 77, y en: Benhabib, 1992a, 148.
- Benhabib, S.: *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Oxford: Polity, 1992a.
- Benhabib, S. y Cornell, D. (eds.): *Feminism as Critique*, Oxford: Polity Press, 1987.
- Brown, W.: *States of Injury*, Princeton: Princeton University Press, 1995.
- Campbell, T.: *The Left and Rights*, London: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- Daniels, N. (ed.): *Reading Rawls*, Oxford: Blackwell, 1975.
- Dworkin, R.: “The original position”, en: Daniels (ed.): *op. cit.*, 1.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworths, 1977.
- Dworkin, R.: “What is Equality? (Parts I y II)”, *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, 185-283.
- Dworkin, R.: *Law's Empire*, London: Fontana, 1986.
- Dworkin, R.: “Liberal Community”, *California Law Review*, 77, 1989, 479.
- Dworkin, R.: “Equality, democracy, and the constitution: We the people in court”, *Alberta Law Review*, XXVIII, 1990, 324.
- Esping-Andersen, G.: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Oxford: Polity Press, 1990.

- Fraser, N.: *Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*, Oxford: Polity Press, 1989.
- Frazer, E. y Lacey, N.: *The Politics of Community: A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Hemel Hempstead: Harvester, 1993.
- Gutmann, A.: *Democracy and the Welfare State*, Princeton: Princeton University Press, 1988.
- Hayek, F.: *The Constitution of Liberty*, London: Routledge and Kegan Paul, 1960.
- Hayek, F.: *Law, Legislation and Liberty: ii: The Mirage of Social Justice*, London: Routledge and Kegan Paul, 1976.
- Hernes, H. M.: *Welfare State and Woman Power*, Oslo: Norwegian University Press, 1987.
- Jaggar, A.: *Feminist Politics and Human Nature*, Brighton: Harvester, 1983.
- Kymlicka, W.: *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Lacey, N.: *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London: Routledge, 1988.
- Lacey, N. y Wells, C.: *Reconstructing Criminal Law*, London: Butterworths, 1998.
- Le Grand, J.: *The Strategy of Equality*, London: Allen and Unwin, 1982.
- Macedo, S.: *Liberal Virtues*, Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Mansbridge, J.: "Feminism and Democratic Community", en: Chapman y Shapiro (ed.).
- Mill, J. S.: *On Liberty*, London: Harmondsworth, 1859.
- Miller, D.: *Social Justice*, Oxford: Clarendon Press, 1976.
- Miller, D.: *Market, State and Community*, Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Nagel, T.: "Rawls on Justice", en: Daniels (ed.): *op. cit.*, 16.
- Nozick, R.: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974.
- O'Donovan, K. y Szyszczak, E.: *Equality and Sex Discrimination Law*, Oxford: Blackwell, 1988.

- Offe, C.: *Contradictions of the Welfare State*, London: Hutchinson, 1984.
- Okin, S. M.: *Justice, Gender and the Family*, New York: Basic Books, 1989.
- Paterman, C.: *The Disorder of Women*, Oxford: Polity Press, 1989.
- Plant, R., Lesser, H. y Taylor-Gooby, P.: *Political Philosophy and Social Welfare*, London: Routledge and Kegan Paul, 1980.
- Rawls, J.: *A Theory of Justice*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1971.
- Rawls, J.: “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *Journal of Philosophy*, 77(515).
- Rawls, J.: “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, 14(223).
- Rawls, J.: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.
- Raz, J.: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Raz, J.: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Rosenblum, N. (ed.): *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- Sandel, M.: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Stan Dahl, T.: *Women’s Law*, Oslo: Norwegian University Press, 1986.
- Taylor, C.: *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- Walby, S.: *Theorising Patriarchy*, Oxford: Blackwell, 1990.
- Walzer, M.: *Spheres of Justice*, New York: Basic Books, 1983.
- Watson, S. (ed.): *Playing the State*, London: Verso, 1990.
- Young, I. M.: “Impartiality and the Civic Public”, en: Benhabib y Cornell (eds.).

LOS USOS DEL DINERO EN LA JUSTICIA PENAL. EL SENTIDO DE LA PLATA PARA LOS ACTORES JUDICIALES

THE USES OF MONEY IN CRIMINAL JUSTICE. THE SENSE OF CASH FOR JUDICIAL ACTORS

EZEQUIEL KOSTENWEIN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

RESUMEN

En este artículo procuramos analizar algunos de los sentidos que le dan los actores judiciales que trabajan en la justicia penal al dinero. Para ello, tomaremos como referencia la literatura ligada a la sociología moral del dinero, la cual ha sido puesta a prueba para estudiar diferentes fenómenos, pero no para indagar el ámbito judicial en concreto.

Generalmente, los temas que a nivel social suelen vincular al dinero con la justicia son dos: el hecho de que sus miembros no pagan el impuesto a las ganancias y, sumado a esto, la sospecha acerca de eventuales actos de enriquecimiento de determinados actores judiciales. Ambos asuntos serán explorados, junto a otros temas que surgieron de los testimonios de los mismos integrantes de la justicia, como por ejemplo la caracterización de aquello en lo que estos últimos gastan dinero día a día, sumado a la relevancia de la inversión en vestimenta, el monto aportado para los regalos de cumpleaños, hasta la valoración que hacen de sus propios ingresos. Todo esto lo examinaremos siguiendo los ejes ya mencionados de la sociología moral del dinero—o de los dineros múltiples—para de esa manera señalar en qué medida, y de qué forma, la circulación monetaria en la justicia penal puede producir o renovar los lazos entre sus integrantes, y no solamente homogeneizarlos o corromperlos.

ABSTRACT

In this article we seek to analyze some of the senses given to money by judicial actors who work in criminal justice. For this purpose, we shall take as reference the literature related to the moral sociology of money which has been put to the test in order to explore various phenomena rather than look into the judicial field in particular. In general, two are the subjects at the social level which usually associate money with justice: the fact that justice members do not pay income tax and, in addition to this, the suspicion about possible acts of enrichment by certain judicial actors. Both issues will be explored, along with other topics that stem from the testimonies of judicial members themselves, such as the characterization of their daily expenses, together with the relevance of their investment in clothing, the contribution amount for birthday presents, as well as their assessment of their own income. All this shall be examined by observing the above-mentioned core concepts of the moral sociology of money—or the multiple monies—in order to point out how and to what extent the currency in circulation within criminal justice may establish or renew bonds among its members, not just standardize or corrupt them.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA PENAL / DINERO / CORRUPCIÓN

KEYWORDS

CRIMINAL JUSTICE / MONEY / CORRUPTION

Introducción

Con este trabajo buscamos analizar algunos de los sentidos que le dan los actores judiciales que trabajan en la justicia penal al dinero. Para ello, intentamos identificar cuáles son, en lo cotidiano, los usos y alcances que posee la plata a la hora de construir vínculos, significados y valoraciones. Más concretamente, indagamos sobre las percepciones de los integrantes de la institución judicial acerca del impuesto a las ganancias, la relación que surge con las posiciones doctrinarias tradicionales al respecto, y cómo todo esto da lugar a diferentes marcajes del dinero.

Luego identificamos en qué gastan dinero cotidianamente los operadores jurídicos, advirtiéndose la importancia del transporte, los insumos cotidianos y el almuerzo. La plata utilizada para el transporte es pensada individualmente; la de los insumos diarios, de manera colectiva; y, la del almuerzo, que combina criterios individuales y grupales a la vez.

También señalamos el grado de protagonismo que asume la inversión en indumentaria, así como en libros. La vestimenta, en particular los trajes, se convierte en un factor destacado para algunos actores judiciales, permitiendo edificar una estética judicial de progreso. Los libros, por su parte, consolidan un criterio de distinción entre quienes consideran que la institución a la que pertenecen debe explicarse en correspondencia con otros fenómenos sociales, a diferencia de aquellos que enfatizan en su funcionamiento interno.

Otra cuestión es la que se asocia a los cumpleaños, como por ejemplo, de qué modo se organiza la recaudación de la plata, si se compra con ella algún obsequio específico, o simplemente se entrega un “pozo” acumulado en efectivo. También surge la cuestión de que el cumpleaños, además de ser un derecho del agasajado, se transforma en un compromiso de reciprocidad para con sus compañeros y compañeras. E incluso, en caso de no cumplir con ese compromiso

de reciprocidad, la persona que cumple años podría generar rechazos de parte de los colegas.

Asimismo, exploramos la diferenciación entre una *abundancia absoluta* y una *abundancia relativa*, para comprender mejor el modo en que los actores judiciales valoran—positiva o negativamente—los sueldos que perciben. O, dicho de otro modo, para interpretar por qué para los operadores jurídicos un buen sueldo no siempre es un sueldo justo.

Por último, apegándonos a los testimonios de los miembros de la justicia penal, sugerimos un enfoque acerca del nexo entre la realización de favores, las afinidades ideológicas, y de qué manera esto puede ayudar a complejizar el espinoso tema de la corrupción judicial.

Cabe decir que, para realizar este trabajo, tuvimos conversaciones con informantes claves, y llevamos a cabo entrevistas en profundidad a integrantes de la justicia penal de dos fueros, el ordinario de la provincia de Buenos Aires y el federal, mediante las cuales nos acercamos a las representaciones que circulan sobre el fenómeno monetario. Considerando las dificultades para acceder a actores judiciales que estén dispuestos a hablar del tema del dinero, las entrevistas fueron seleccionadas a partir de la accesibilidad, en primer lugar, y del muestreo por cadena de referencia, en segundo orden.

Sociología moral del dinero y justicia penal

Las retóricas que sostenían criterios estandarizados sobre el dinero comenzaron a ser fuertemente impugnadas en los años ochenta desde diferentes disciplinas, como la historia (Kuroda, 2008), la economía (Théret, 2007), la antropología (Maurer, 2006; Guyer, 2012) o la sociología (Zelizer, 2011; Wilkis, 2013). Estas impugnaciones partían de una premisa muy concreta: existe una multiplicidad de significados atribuibles al fenómeno monetario que no pueden subsumirse a ideas clásicas tales como que el dinero es *una equivalencia general*, o *un medio de todos los medios* o *una moneda de propósitos*

universales (Wilkis, 2017). Así las cosas, se debe prestar atención, no tanto a cómo el dinero configura las relaciones sociales, sino a la manera en que los vínculos e interacciones dan sentido a los usos de dicho dinero (Dodd, 2014).

Para Viviana Zelizer (2011, 1979, 1985), la respuesta que tradicionalmente se le dio al interrogante sobre si los vínculos sociales se han transformado en más insensibles y especuladores por la proliferación de la moneda ha sido un enfático sí. En este sentido, la autora trata de discutir esas suposiciones tan arraigadas afirmando que “resulta irónico que las concepciones populares del dinero encierren más sabiduría que la sociología académica. En su existencia cotidiana, la gente entiende que el dinero no es realmente fungible, que a pesar que los billetes son anónimos, no todos son iguales o intercambiables (...) Profundamente preocupados por un mercado en permanente expansión que invadía y absorbía de una manera implacable todos los espacios sociales, los pensadores sociales clásicos supusieron que el dinero, que Max Weber denominó ‘el elemento más abstracto e impersonal que existe en la vida humana’, representaba la punta de lanza de un proceso de racionalización. Era la perversa varita mágica que desencantaba la vida moderna (...) De hecho Marx planteó en los *Grundrisse* y en *El capital* que el fetichismo del dinero era la forma más ‘deslumbrante’ del fetichismo de la mercancía. El proceso ‘pervertido’ medio del cual las relaciones sociales entre las personas se transmutaban en relaciones materiales entre cosas alcanzaba su culminación con el dinero (...). Para Marx, el dinero era entonces un ‘nivelador radical’ e irresistible que invadía todas las áreas de la vida social. Al homogeneizar todas las distinciones cualitativas en la cantidad abstracta, el dinero permitía la ‘identificación de lo incompatible’” (2011: 17-21).

Los planteos de Marx o Weber, junto al de otros, conforman lo que Zelizer define como el modelo utilitario sobre las teorías del dinero, planteos que al día de hoy no han sido profundamente discutidos, razón por la cual la circulación de moneda sigue siendo

considerado como un fenómeno fungible, neutral y homogéneo. Los presupuestos más importantes del enfoque que afirma que el dinero arrastra a las personas a vínculos meramente instrumentales son los siguientes: 1) Sus funciones y particularidades se explican en términos rigurosamente económicos, 2) Todo tipo de dinero es idéntico, y por ello, es lo mismo, 3) Existe un evidente contraste entre el dinero y los valores no pecuniarios, 4) El hecho de que los deseos monetarios aumenten contribuye a que diferentes ámbitos de la vida se perviertan, 5) Se ha propuesto la idea de que es el dinero el que puede modificar valores y relaciones, rechazándose que los valores o las relaciones sociales puedan transformar los significados del dinero.

Dicho enfoque tradicional y utilitario del dinero ha impedido analizar que este último no es ni *culturalmente neutral* ni *socialmente anónimo*, sino que se trata de un agente socializador (Wilks, 2017, 2013). Si bien puede enviciar las relaciones sociales, son las mismas relaciones sociales las que están en condiciones de adjudicarle al dinero diferentes usos y significados. O, dicho de otra manera, aceptando que la fungibilidad puede ser uno de los rasgos del dinero, también es cierto que los individuos llevan adelante muchas acciones para asociarlo con ámbitos y vínculos muy específicos. Es a raíz de esto que Zelizer formula un modelo *alternativo y diferenciado* del fenómeno, según el cual: 1) El dinero también existe más allá del ámbito del mercado, absorbiendo importantes condicionamientos culturales y sociales, 2) No se puede hablar de un solo dinero, *uniforme y generalizado*, sino de tipos variados puesto que las personas elaboran formas diferentes de designarlo y utilizarlo según las circunstancias; por lo tanto, más allá de que la moneda sea empleada para intercambios instrumentales racionales, está sujeta a múltiples restricciones sociales, 3) Es imprescindible identificar los diversos rasgos que posee el dinero como médium social, 4) La oposición entre el dinero utilitario y los valores no monetarios no es apropiada, puesto que el mencionado dinero—en algunas situaciones—resulta ser tan especial e irremplazable como lo puede ser el objeto más exclusivo,

5) Las configuraciones culturales y sociales no sólo juegan un rol pasivo frente al dinero, sino que en muchas ocasiones le ponen condiciones al proceso de monetización.

Seguir esta línea de análisis supone no limitar el fenómeno de la moneda a ser una forma de pago, una unidad de cuenta, una reserva de valor o un medio de intercambio, sino que también puede servir para administrar la intimidad, para manejar situaciones de incertidumbre, para establecer y conservar el honor, y más en general, para crear, mantener o disolver lazos sociales. De allí que “si se lo priva de las distinciones cualitativas, el mundo del dinero se vuelve indescifrable (...). El marcado del dinero es, por lo tanto, un proceso social: el dinero está vinculado a una cantidad de relaciones sociales más que a los individuos. Y es en el marco de estas relaciones sociales que las personas llevan adelante la tarea de diferenciar el dinero, confirmando que en ciertos momentos lo cualitativo tiene más peso que lo cuantitativo, o lo que es lo mismo, que *cuánto* dinero es menos importante que *qué* dinero” (Zelizer, 2011: 38-42).

Esta innovadora literatura acerca de las funciones y los usos que se les otorgan a las monedas ha sido utilizada para estudiar diferentes fenómenos, tales como la economía popular (Wilkis, 2013), la precariedad y el delito (Kessler, 2013), la policía (Calandrón y Galar, 2017), el tráfico de drogas (Alarcón, 2010), las presiones financieras (Barrios, 2011; Nelms, 2012). Sin embargo, este enfoque no ha sido puesto a prueba para identificar y analizar los tipos de dinero que circulan hacia el interior de la justicia, y mucho menos las jerarquías que existen entre ellos (Guyer, 2004). Comúnmente, los temas que a nivel social suelen vincular al dinero con la justicia son dos: el hecho de que sus miembros no pagan el impuesto a las ganancias y, sumado a esto, la sospecha—y en ciertos casos, la confirmación—acerca de eventuales actos de enriquecimiento de determinados actores judiciales. Ambos asuntos serán explorados, junto a otros temas que surgieron de los testimonios de los mismos integrantes de la justicia, como por ejemplo la caracterización de aquello en lo que estos

últimos gastan dinero día a día, sumado a la relevancia de la inversión en vestimenta, el monto aportado para los regalos de cumpleaños, hasta la valoración que hacen de sus propios ingresos. Todo esto lo examinaremos siguiendo los ejes ya mencionados de la sociología moral del dinero—o de los dineros múltiples—para de esa manera señalar en qué medida, y de qué forma, la circulación monetaria en la justicia penal puede producir o renovar los lazos entre sus integrantes, y no solamente homogeneizarlos o corromperlos.

Ganancias ¿en manera alguna?

Es probable que los debates alrededor del pago del impuesto a las ganancias por parte de los integrantes de la justicia sea uno de los fenómenos que muestren de manera más elocuente la relación que, para el conjunto de la sociedad, existe entre dicha institución y el dinero. Las controversias sobre el tema surgen, fundamentalmente, respecto de la redacción e interpretación del artículo que lo regula en la Constitución Nacional, a lo que se suman la jurisprudencia, una acordada discutida y las tesis enfrentadas al respecto.

Según el artículo 110 de la Constitución Nacional: “Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanecieren en sus funciones”¹.

Presentadas de manera esquemática, hay dos grandes posiciones doctrinarias sobre el tema: una que podríamos calificar de *filojudicial*, la cual interpreta que la remuneración de los integrantes de la justicia

¹ El artículo 110 de la Constitución Nacional “tiene como fuente directa la llamada ‘cláusula de la compensación’ establecida en el art. III, sección I, de la Constitución de los EEUU, que en su párrafo final dispone: “*Los jueces tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y recibirán por sus servicios, en los plazos fijados, una remuneración que no podrá ser disminuida, mientras permanezcan en sus funciones*”. Como es sabido, en los EEUU, no fue sino hasta el año 1939 en que la Corte Suprema en el caso “O’Malley v. Woodrough”, en un fallo dividido, sostuvo la constitucionalidad de la ley que gravaba con el impuesto a los réditos el salario de los jueces designados con posterioridad a su sanción” (Sola, 2014: 1).

no pueda ser reducida por una decisión de gobierno de carácter impositivo. Y la otra que, con una impronta *filosocial*, sostiene que el artículo de la Constitución habilita la posibilidad de que los actores judiciales hagan aportes mediante el pago de un gravamen general. Más específicamente, el elemento de la discordia en la norma constitucional es la expresión “en manera alguna”, según la cual—para el primer grupo de doctrinarios—se explicitaría la garantía de intangibilidad de las remuneraciones². Y para el segundo grupo, dicho enunciado es lo suficientemente amplio como para permitir que el Congreso establezca contribuciones tomando a la igualdad como base de los impuestos (Huici, 2014).

Acerca de la producción jurisprudencial y legislativa es importante mencionar, al menos, cuatro acontecimientos. El primero de ellos es el caso “Fisco Nacional c. Rodolfo Medina” del año 1936, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató por primera vez el tema. Aquella Corte, compuesta por conjueces debido a la excusación de la totalidad de los ministros que la integraban, sostuvo que era inconstitucional el impuesto a los réditos debido a que afectaba el sueldo de los jueces federales. Muchos años después, en 1996, hubo un segundo evento a partir del cual se modificó la ley sobre el impuesto a las ganancias, derogándose las exenciones tanto para los magistrados como para los funcionarios del poder judicial de la Nación³. El tercer suceso, en respuesta al anterior, surge cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Acordada 20/96 mediante la cual resolvió que eran inaplicables dichas derogaciones aseverando “que la intangibilidad de las compensaciones asignadas a los jueces por el ejercicio de sus funciones no constituye un privilegio sino una garantía, establecida por la Constitución Nacional para

² Se suele señalar que existe en nuestra Constitución “un criterio distintivo en la cláusula que garantiza la intangibilidad de remuneración de los jueces explicitándose en una redacción diferente a su similar de la Constitución americana, en tanto que sostiene que la compensación no podrá ser disminuida “en manera alguna” (Huici, 2014: 2).

³ La ley del impuesto a las ganancias fue modificada por medio de la ley 24.631, la que derogaba las exenciones contempladas en los artículos 20 incisos p) y r) de la ley 20.628, texto ordenado por decreto 450/86, para los magistrados y funcionarios del poder judicial de la Nación (Huici, 2014).

asegurar la independencia del Poder Judicial de la Nación". Por último, en diciembre de 2016 el Congreso aprobó la ley 27.346, lo que supuso que todas aquellas personas que comiencen a trabajar en el Poder Judicial a partir del año 2017 deben pagar el impuesto a las ganancias. Una de las discusiones que generó esta reforma es que actores judiciales que ocupen el mismo cargo, pueden percibir una retribución distinta en la medida que hayan ingresado a la justicia antes o después del 2017.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de exponer, resulta evidente que ni los fallos, ni las leyes, ni las acordadas, han podido dar una solución unánime al tema del pago de ganancias por parte del ámbito judicial. A todo esto, existe otra cuestión que sigue generando controversia respecto de la intangibilidad de los salarios, y es si debe ser vista como un privilegio que beneficia a los actores judiciales, o como una garantía para el respeto y fortalecimiento de la independencia judicial. Para algunos sectores, vinculados a la posición *filosocial* que señalamos antes, en Argentina "la idea del pago de impuestos como elemento central de la igualdad, es consecuencia de la derogación de los fueros personales (...). Los jueces cuentan con garantías que aseguran su independencia de las presiones políticas, pero al mismo tiempo estas precauciones no pueden alejarlos de la comprensión plena de la situación en que se encuentran los demás habitantes y ciudadanos. (...) La independencia judicial no significa alejarse de los problemas cotidianos. La integración de los cargos judiciales debe responder al pluralismo de la sociedad, para que estén representados en ellos las variaciones en las inquietudes de la población" (Sola, 2014: 3).

Dentro de la misma posición hay sectores que, desde un criterio más cercano a la denuncia pública, formulan argumentos que profundizan las objeciones al respecto. Como consecuencia, dejan de caracterizar a la exención impositiva como un privilegio para pasar a definirla como hecho vergonzoso. Por lo tanto, la prerrogativa

tributaria no es ya un tema de discusión sino una fuente de indignación⁴.

En las antípodas del planteo anterior está lo que hemos llamado postura *filojudicial*, para la cual la no afectación de las remuneraciones es una garantía contenida en la Constitución, la cual presenta un carácter inamovible. En este sentido, toman como catalizador el fallo de la Corte Suprema “Fisco c/ Medina” al que aludimos previamente: “La intangibilidad, interpretada como garantía de la función, no lesiona el principio de igualdad en materia impositiva porque, como se afirmará en ‘Fisco c/ Medina’, ese privilegio no se acuerda a la persona de los magistrados, sino al Poder Judicial como institución pública, al cual los constituyentes quisieron asegurar absoluta independencia en su funcionamiento y librarlo de toda presión por parte de los otros poderes que tienen ‘la fuerza y el dinero’ (...). La función judicial es, en esencia, diferente de la que realizan los integrantes de los otros poderes del Estado (...). Reconociendo tales diferencias, la ley, consecuentemente, estableció severas obligaciones e incompatibilidades a los magistrados, prohibiéndoles realizar cualquier otra actividad remunerada a excepción de la docencia universitaria, que contribuye a su formación profesional” (Caminos, 2003: 9).

A la discusión recién señalada sobre si la eximición del impuesto a las ganancias es una garantía, un privilegio o una vergüenza, cabe agregar el debate acerca de los factores tanto económico como simbólico del fenómeno. En algunos casos, se hace hincapié en la importancia eminentemente moral del tema, alusiva a la igualdad o equidad de los ciudadanos respecto de las cargas tributarias,

⁴ La indignación, como en el supuesto que sigue, es expuesta de manera categórica: “Hay jueces y juezas que trabajan más de seis horas diarias, otros no llegan ni a las seis horas semanales, pero aquí no se trata someter a juicio a determinados individuos sino de analizar críticamente una estructura. Una estructura que atravesada por los privilegios, juzga a los comunes (...). Supongamos por un instante que una persona puede ser independiente de sus valoraciones y compromisos ideológicos, asumamos que los jueces son independientes, y analicemos el argumento de los jueces de la Corte. Ellos se dicen a sí mismos: “para garantizar nuestra independencia no nos tienen que bajar los sueldos mediante un tributo que pagan todos los asalariados y asalariadas”, y con ello nos advierten a nosotros: “sepan que nuestra independencia está a la venta, no nos obliguen a venderla” (Benente, 2016: 5).

minimizando el impacto recaudatorio⁵. A su vez, están quienes advierten como un peligro evaluar la intangibilidad de las remuneraciones para los integrantes de la justicia desde una lente exclusivamente financiera: tratar el tema por su supuesto impacto económico es dejar de lado la imprescindibilidad de una efectiva independencia judicial, que hace a la calidad de la vida institucional y democrática, y que como tal no se puede mensurar en términos monetarios (Caminos, 2003). Por último, se encuentran aquellos que enfatizan, precisamente, en el dinero que el Estado deja de percibir como resultado de la concesión impositiva hacia los actores judiciales, el cual podría destinarse a múltiples propósitos⁶.

Teniendo en cuenta la actualidad de los tópicos mencionados ligados a la regulación e interpretación del tema en la CN, junto a la jurisprudencia y la legislación, consideramos relevante consultarles a los mismos actores judiciales sobre su posición acerca del tema de ganancias, y más en general, respecto de la valoración de los sueldos en la justicia penal⁷. Esto último porque resultan ser temas que están íntimamente relacionados dado que el volumen final de sus ingresos se sustenta, al menos en parte, en el hecho de que no paguen el mencionado impuesto.

⁵ Desde el punto de vista económico, se sostiene que "si se aplicara el impuesto a las ganancias a toda la nómina del Poder Judicial ello solo significaría un incremento del 0.4 % en su recaudación, en base a datos estimados para el año 2013. Si además se incrementaran los salarios para que el impuesto tuviera un efecto neutro ("grossing up") sobre toda la nómina del Poder Judicial ello arrojaría un déficit (aumento de recaudación menos aumento de gasto por "grossing up") de más de 330 millones de pesos. Si solo se aplicara este incremento a los jueces y no al resto de los funcionarios se lograría un superávit de 585 millones de pesos" (Huici, 2014).

⁶ Quienes sostienen que el dinero que el Estado evita recaudar por el no pago de ganancias, se apoyan en planteos como el siguiente: "De acuerdo con un estudio del Centro de Economía Regional y Experimental, la Administración Federal de Ingresos Públicos dejará de recaudar al menos 5151 millones de pesos por la exención del impuesto a las ganancias vigente para jueces y juezas, y otros funcionarios del Poder Judicial y el Ministerio Público. Este número vergonzoso se complementa con otros igualmente escandalosos: en 2015 el costo fiscal de la exención fue de 4121 millones; en 2014, de 2747 millones; en 2013, de 1826 millones; en 2012, de 1363 millones; y en 2011, de 1029 millones de pesos. Y la vergüenza se acrecienta cuando se compara los 5151 millones con los 4700 millones que el año pasado se presupuestaron para implementar el Plan Progresar" (Benente, 2016: 4).

⁷ Vale la pena señalar que todas las personas que entrevistamos empezaron a trabajar en la justicia penal antes del año 2017, razón por la cual en ninguno de los casos están obligados a pagar el impuesto a las ganancias como consecuencia de la reforma suscitada por la ley 27.346.

A diferencia de las dos posturas antagónicas que ofrece la doctrina acerca del tema, los actores judiciales proponen otros matices para justificar por qué deben o no deben pagar el impuesto a las ganancias. En concreto, tres son las posiciones más frecuentes que surgen: una de ellas es la que afirma que lo más adecuado sería “igualar hacia arriba”, y no “para abajo” restringiendo ingresos a los integrantes de la justicia.

Entrevista 3 *¿Es justo lo que se gana en la JP?*

Mirá, hoy no pienso lo mismo que pensaba hace unos años atrás. Yo en la actualidad no tengo un sentimiento de culpa respecto de la plata que gano. Yo me veo como un trabajador con este sueldo y lo vivo bien, y sin vergüenza. En otro momento lo vivía como algo amoral, en el sentido que no puede ser que ganemos este dinero, que era demasiado (...) y también está la crítica de por qué no pagamos ganancias. Y en esto estamos más a la defensiva, pero pienso, y bueno, pará, en lugar que nosotros paguemos ganancias, lo bueno sería que no pague ganancias nadie. En lugar de que nosotros ganemos menos, estaría bueno que vos ganes más. Hoy estoy más parado en defender el dinero que gano y estoy muy tranquilo que lo tengo bien ganado

Aquí lo que se destaca es una trayectoria mediante la cual se modificó la percepción acerca de lo que se considera justo para uno mismo, para el resto de los integrantes de la justicia penal y, también, para el conjunto de la sociedad. Los reclamos ameritan ser orientados hacia una ampliación de mejores condiciones en torno a los ingresos de la ciudadanía, y no apuntar a recortarlos a un grupo minúsculo como son los *judiciales*. En consecuencia, no se habla de privilegios—mucho menos de vergüenza—pero tampoco de independencia, sino de un dinero *ganado* cuyo componente central es la legitimidad moral de su procedencia (Wilkis, 2013). Y es esta legitimidad moral la que

permite aseverar que más importante que paguen ganancias quienes trabajan en la justicia, *sería que no pague ganancias nadie*, o lo que es lo mismo, que *en lugar de que nosotros ganemos menos, estaría bueno que el resto ganes más*.

En otros casos, se reivindica la intangibilidad de los ingresos, pero sólo para el caso de los Jueces, y que el resto de los operadores jurídicos pague el impuesto a las ganancias como cualquier ciudadano.

Entrevista 6

De ganancias se habla. Es muy fácil que se diga “ustedes no pagan ganancias”, y yo entiendo que el fiscal debería pagar, igual que el defensor, no así el juez que es el que controla el proceso, y si le hacés pagar podés afectarle su independencia. Y todos los empleados judiciales deberían pagar. Pero esto es para la justicia federal, que ganan tres veces más de lo que ganamos en provincia. Si yo esa discusión te la traigo a la PBA que acarrea más del 40% de la conflictividad social a nivel nacional—y de las 24 provincias es la 19 respecto al ranking de salarios—te digo que no, porque ganancias es un impuesto co-participable y se lo lleva la nación sin beneficiar a la PBA. Para mi la coyuntura no lo habilita. Si hoy obligaran a pagar ganancias habría que paralizar la justicia.

Aquí se recupera la idea de vincular la independencia con la exención del pago de ganancias, pero con una fuerte advertencia: la exigencia de tributar sólo debe existir en tanto y en cuanto haya un equilibrio previo en los ingresos de las jurisdicciones. En todo caso, se trata de un dinero *cuidado* que sólo debe ser ofrecido como un gravamen si previamente se resolvió de forma equitativa la distribución de los ingresos hacia el interior de la justicia penal. Más en concreto, este dinero *cuidado* debe servir para simbolizar un orden justo dentro de la propia institución, y no para pensar—como en el caso anterior—los vínculos con la sociedad (Wilkis, 2013). En

definitiva, si se paga ganancias se lo hará con un dinero que resulte de divisiones ecuanímes, y no con un dinero dilapidado.

Una tercera postura es la que parte de un sentimiento culposos respecto al sueldo percibido, con la única salvedad de mencionar a otros fueros más privilegiados de la justicia. En otros términos, la controversia surge, no porque en otras esferas ganen más, sino porque ganan lo mismo, pero trabajan menos.

Entrevista 4

Se gana bien en la JP (...) Soy medio culposos de que gano bien. Ni siquiera hablo con mis amigos de cuánto gano porque tengo medio sentido de la ubicación y sé que está muy por encima del resto. (...) Igual para mí sí es injusto que ganemos lo mismo que en otros fueros, el civil, por ejemplo, que a las 2 de la tarde se acaba el mundo, para nosotros no. El fuero civil nunca trabaja un fin de semana, nosotros sí. Y ganan lo mismo que nosotros. Esto es algo que se discute en la JP.

¿Y respecto a ganancias?

A ver, nadie quiere pagar ganancias. Yo creo que tendríamos que pagar porque es injusto que el resto pague, y nosotros no, encima por una resolución nuestra. Nosotros mismos decidimos que no vamos a pagar ganancias, somos los únicos que decidimos sobre nuestros sueldos: es ridículo. Y tendríamos que pagar todos, incluidos los jueces.

Este planteo parece oscilar, tomando en cuenta lo dicho al inicio del apartado, entre considerar a la exención del pago de ganancias como un privilegio o una vergüenza. Es por esto que el impuesto en cuestión debe pagarse con un *dinero sacrificado*, porque *nadie quiere pagar ganancias, pero es injusto que el resto pague y nosotros no, encima por una resolución nuestra*. La comparación entre las remuneraciones que se perciben en la justicia respecto de las que obtienen el común de las

personas es la que lleva a considerar a la intangibilidad como un privilegio. Y esto último, a provocar una vergüenza que podría subsanarse mediante el pago de ganancias con un *dinero sacrificado* que comunique virtudes de trascendencia respecto de las desigualdades materiales (Wilkis, 2013).

Como repaso general respecto al tema del impuesto a las ganancias podemos decir que las posturas doctrinarias parecen servir de referencia para los actores de la justicia penal, pero no son suficientes para comprender sus percepciones. Acerca de esto último, debimos sumar otras escalas como, por ejemplo, ampliar al conjunto de la comunidad las ventajas que actualmente sólo tienen los integrantes del ámbito judicial, o la necesidad de diferenciar, hacia el interior de la justicia, entre jurisdicciones—provinciales y federal—y fueros—penal y civil. Y estas escalas, se vuelven más tangibles si las analizamos teniendo en cuenta la relación que los actores judiciales mantienen con el dinero: no es lo mismo evaluar el pago de ganancias partiendo de un *dinero ganado* cuyo componente central es la legitimidad moral de su procedencia, que hacerlo desde un *dinero cuidado* que debe servir para simbolizar un orden justo dentro de la propia institución, o pensarlo desde un *dinero sacrificado* que comunique virtudes respecto a las desigualdades materiales reinantes. Esto significa que, si creyéramos que el dinero tiene sólo un significado para los miembros de la justicia penal, difícilmente podamos entender la relación compleja que estos últimos guardan con el impuesto a las ganancias.

Dinero y cotidianeidad en la justicia penal

Otra de las cuestiones que nos parece interesante especificar es cómo circula el dinero dentro de la justicia penal, y más específicamente, si a partir de esa circulación se producen caracterizaciones nativas, e incluso planificaciones sobre escenarios futuros. Como primera cuestión, se observa que los gastos de los actores judiciales en el día a día tienden a estar vinculados a transporte,

alimentos e infusiones, y almuerzo. Esto último supone una marcación diferente del dinero que se destina para cada una de estas tres erogaciones.

Sobre el transporte suele hacerse la distinción entre quienes cuentan con vehículo y/o cochera oficial⁸—lo que supone un gasto fijo menos—y quienes carecen de ello, que resulta ser la mayoría, y como consecuencia utilizan su propio auto, el transporte público o incluso van a pie.

Entrevista 9

Hay muchos gastos que los titulares de los juzgados los tienen resueltos que otros funcionarios o empleados no lo tienen. Yo por cercanía vengo caminando al laburo, pero te doy un caso concreto: no es lo mismo moverte en tu vehículo que tener coche oficial. Lo mismo con el estacionamiento: están algunos que tienen un lugar reservado en el mismo edificio, y la mayoría que paga cochera o paga estacionamiento medido. Por eso te digo que el universo de gastos se les achica a algunos y a otros todo lo contrario.

Entrevista 1

Es variado lo que se gasta en el transporte, depende de cada persona. En mi caso, voy en tren todos los días al trabajo, así que ese es mi gasto. Después están los que van en sus autos, dónde lo dejan y todo eso: nafta, cochera, peaje en algunos casos.

Aquí estamos frente a un *marcado individual* del dinero, en el sentido que el uso de esta plata no afecta, al menos necesariamente, las interacciones y los diálogos entre los actores judiciales. En

⁸ Hay actores judiciales que por su cargo tienen auto y chofer oficial a disposición, aunque vale aclarar que se trata de casos aislados. Luego están los que van al trabajo en su propio vehículo, no obstante, tienen para este último una cochera que le brinda la misma institución.

concreto, es muy poco probable que la circulación del dinero relacionado al modo en que los integrantes de la justicia penal llegan a su trabajo genere, modifique o disuelva vínculos entre ellos.

Ahora bien, acerca de los alimentos e infusiones suele haber más variantes: por lo general, se trata de yerba, café, aceite y agua, que se compran de manera grupal, siendo usualmente una persona por sector u oficina la encargada de recaudar para adquirirlos. Sin embargo, no en todos los ámbitos se colecta de la misma manera: en algunos lugares todos ponen, sin distinción, la misma cantidad de dinero; en otros, quienes más antigüedad tienen en los cargos aportan por encima de aquellos que han ingresado más recientemente; por último, están los lugares donde se diferencia a los funcionarios, que ponen en proporción a sus mayores ingresos, respecto de los empleados que ganan—y por ende aportan—menos.

Entrevista 5

En general todos ponemos lo mismo (...), son cantidades chicas igual. Y es esporádica la compra, y a veces alguien trae yerba y después la trae otra compañera, y nos rotamos. Entonces para eso no se tiene en cuenta el cargo si es que tenemos que juntar plata.

Entrevista 2

Nosotros hacemos una diferenciación de acuerdo a lo que uno cobra respecto a lo que se tiene que poner, no es un porcentaje de lo que se cobra, pero el que recién ingresa que cobra poco pone menos, y los que estamos hace 10 años, por ejemplo, ponemos más.

Entrevista 7

La división la hacemos de acuerdo a los cargos: empleados ponen una suma, los funcionarios y el fiscal ponemos otra suma.

Desde que trabajo ahí, siempre se hizo lo mismo. Igual nosotros descontamos a una compañera porque más de una vez ha dicho que no tiene, y después no se encarga de ella misma de traer la plata. Ya está, ni la contamos para eso, no da amarretear así.

En el caso de los alimentos e infusiones, el *marcaje* del dinero es *colectivo*, puesto que la cantidad de plata que se destina debe discutirse y, al menos en parte, acordarse y aceptarse. A diferencia del supuesto del transporte, el *mercado colectivo* sí tiene posibilidades tangibles de afectar los vínculos de quienes integran el ámbito judicial, como ocurre en el último de los testimonios cuando alguien asume una actitud displicente en las situaciones en las que hay que colaborar con la recaudación grupal, provocando malestar y eventualmente respuestas reprobatorias.

El almuerzo, por su parte, es comprado mayoritariamente en el trabajo, sean viandas que determinadas personas pasan a ofrecer por los mismos despachos y oficinas, sea que vayan a buscarlo a casas de comida. Los casos más excepcionales son los que van a comer a un restaurant, los que compran en la oficina pero se lo llevan a la casa, o los que preparan el almuerzo en el hogar y lo comen en el trabajo.

Entrevista 3

Lo que siempre se vende es comida, lo que siempre vas a encontrar en un juzgado independientemente de las características, es comida, porque nosotros no generamos comida adentro. Y todo el mundo compra (...), hay gente que se lleva, pero son los menos. Nosotros solemos comprar juntos a una persona que manda temprano por whatsapp las opciones y nosotros elegimos, y al mediodía nos lo trae.

Entrevista 9

Yo almuerzo afuera no por una cuestión del poder judicial, sino porque me gusta almorzar afuera, pero tranquilamente podría ir hasta mi casa. Yo salgo a almorzar afuera después de terminar la jornada laboral, y no vuelvo. Hay mucha gente que come viandas, casi todos, diría, creo que una de las cosas en las que más se gasta es en eso (...).

Entrevista 4

Pasan dos mil personas a vender comida, y cada uno se organiza: yo compro, pero me lo llevo y almuerzo en mi casa. No como en el trabajo, la mayoría sí come en el trabajo.

Entrevista 1

Yo casi nunca compro la comida para el almuerzo, me llevo hecha de casa, pero ahí soy como la excepción a la regla (...), la mayoría compra ahí, no sé, como el 90% compra ahí, al menos el personal de mi juzgado compra la comida hecha.

El almuerzo, en definitiva, parece responder a un marcaje de dinero diferente a los anteriores, dado que se trata del gasto, en simultáneo, más colectivo e individual que realizan los actores judiciales regularmente. Colectivo porque, a diferencia del transporte que tiene diferentes formatos—vehículo oficial, auto propio, transporte público—el almuerzo parece equiparar a la mayoría: casi la totalidad come en su trabajo, soliendo charlar acerca de qué y dónde pedirán, y en muchos casos realizando dicho pedido juntos. Individual, porque a diferencia de los gastos comunes, hay mayor margen de autonomía para decidirlo: están quienes van a comer a un restaurant, los que almuerzan en el lugar de trabajo—la mayoría comprando la comida ahí mismo o trayéndola preparada desde su vivienda—y los que se llevan la comida a su casa.

En síntesis, teniendo en cuenta lo que analizamos acerca de los gastos cotidianos, parece haber tres tipos de marcaje que hacen los actores judiciales del dinero: uno que le corresponde al individuo—transporte—otro que le corresponde al grupo—insumos cotidianos—y otro ligado al almuerzo que parece combinar elementos de ambos, un dinero individual y grupal a la vez. Estos marcajes sirven para distinguir y limitar el uso del dinero hacia el interior de la justicia penal, confirmando que la plata no es un fenómeno neutral u homogéneo, sino un instrumento mediante el cual dotar de sentido relaciones judiciales, las cuales suelen estar cargadas de familiaridad y afecto, pero también de desigualdad, poder y conflicto (Zelizer, 2011).

Deviniendo un judicial

Otras formas en las que el dinero circula con cierta frecuencia, aunque no necesariamente en el día a día, se vinculan a la comercialización hacia dentro de la justicia penal de diferentes bienes⁹. Por nuestra parte nos concentraremos en dos que adquieren mayor relevancia: libros y ropa.

Acerca de los libros, suelen existir dos variantes para su adquisición: por un lado, están quienes venden textos de diferentes temáticas y, por otro lado, representantes de editoriales jurídicas que van a publicitar los trabajos de sus propios sellos. Para facilitar el ingreso a los edificios y oficinas, generalmente es necesario conocer a alguien que haga las veces de intermediario, siendo este último el que oficia de nexo con los potenciales clientes, evidenciando que se trata de una persona conocida.

⁹ Otros productos que se venden menos asiduamente pueden ser ropa interior, bijouterie o tortas para cumpleaños.

Entrevista 1

El que vende libros tiene contacto con muchos de nosotros, yo lo conocía de plaza Lavalle. Cuando viene lo hacemos pasar al juzgado para que nos muestre qué libros nuevos hay, y todo eso, las recomendaciones (...) es práctico. Aunque tampoco le compran mucho libro que digamos.

Además de la ventaja de que los libros *lleguen* a los actores judiciales sin que estos deban moverse de su trabajo, existe el beneficio de la forma de pago, la cual suele ser informal y laxa en comparación a lo que ocurriría con una compra convencional en una librería.

Entrevista 5

Yo compro libros en el laburo para seguir aprendiendo, de criminología, de sociología. El caso de la librera que viene a mi juzgado, yo le pido los libros que quiera y por mes le pago \$200 o \$300. El precio es igual que el de cualquier librería, la ventaja que me da es que le doy por mes lo que yo puedo y sin ningún tipo de interés.

Así las cosas, el dinero invertido para libros puede ser pensado como un *marcaje de distinción*, de diferenciación interna entre los miembros de la justicia penal (Bourdieu, 1988) que, en contraste al planteo de Zelizer (2011) acerca de cómo “enseñar a gastar” a los pobres¹⁰, parecen “gastar para aprender”, o más exactamente, para acumular un tipo de capital cultural *judicial*. Esto debe entenderse en el marco de una institución que, más allá de su tradición elitista, suele ofrecer muchos reparos para los integrantes que muestran inquietudes por saberes que excedan el marco laboral, o incluso que decidan

¹⁰ Zelizer (2011) sostiene que a principios del siglo XX hubo, en EEUU, una fuerte “campaña educativa” para ilustrar a las familias pobres cuáles eran las formas adecuadas de utilizar el dinero, o lo que es lo mismo, que había que transformar en consumidores competentes a aquellos que eran irresponsables.

seguir formándose académicamente más allá de la carrera de abogacía. De hecho, la mayoría no realiza estudios de posgrado, y a quienes sí lo hacen, sus pares suelen preguntarle con cierta perplejidad, *¿para qué hacés eso?*¹¹ Entonces, este dinero marcado para el consumo de libros—y por el gusto hacia los libros¹²—permitiría hacer una diferenciación general entre dos grandes grupos de operadores jurídicos: aquellos que consideran que todo lo que hay que saber de la justicia penal *está* en la justicia penal y, por otro lado, aquellos que creen que su funcionamiento—al ser más complejo—no puede explicarse por sí mismo.

Como lo habíamos anticipado, otra cuestión que con cierta frecuencia se liga al uso de la plata en la justicia penal es la de la ropa, y en este sentido, nuestros entrevistados nos han contado acerca de la comercialización, en las oficinas, de trajes, camisas y corbatas. Esto último parece dar lugar a un marcaje del dinero ligado a la construcción de un perfil, a aquello que pueda contribuir a alcanzar una estética de la identidad judicial, o lo que es lo mismo, un dinero que sirva—si se tienen determinadas aspiraciones—para devenir un judicial.

Entrevista 3

En general, el judicial gasta en buenos trajes, camisas, zapatos, no es mi caso, pero suele pasar eso. Yo creo que los que tienen una idea de crecer, avanzar en la carrera judicial, están muy atravesados por la imagen. Entonces puede ser que te

¹¹ La resistencia de parte de los operadores jurídicos a realizar estudios de posgrado parece traducirse, por un lado, en cierta subestimación por los contenidos de dichas carreras, y por otro, en algo de desconfianza acerca de las razones que ofrecen quienes sí llevan adelante los mencionados estudios.

¹² El consumo de libros, en el caso de los actores judiciales, podría relacionarse con el planteo de Bourdieu (1988) acerca de las bases sociales del gusto, y cómo estas últimas afectan diferentes niveles de interacción de la vida cotidiana. “El gusto limita nuestras preferencias, nuestras actitudes, ideas, acciones, pero, ¿qué es lo que limita y da forma a nuestro gusto? En principio podríamos señalar que el gusto pertenece a un orden abstracto que conforma nuestros criterios y disposiciones hacia las cosas, y que en este orden, se definen las relaciones diferentes e incluso antagónicas con la cultura, según las condiciones en que hemos adquirido nuestro capital cultural y los mercados en los que podemos obtener de él, un mayor provecho” (Orta González, 2004: 112).

encuentres con un tipo que usa gemelos en la camisa, invierten en eso (...), yo soy un caso especial porque me visto así nomás

Entrevista 8

Pasa un tipo a vender camisas, corbatas, igual ahora es menos frecuente que antes. Me acuerdo que una vez me compré un traje, ¡con lo personal que parece un traje! Me acuerdo que me compré uno en la oficina. Es que eran bastante baratos en comparación con lo que te salían en otro lado. Y como yo, había varios, incluso gente con cargos importantes como jueces o fiscales.

Sin dudas que la inversión en vestimenta no se restringe a las compras que se realizan en los despachos judiciales, puesto que se trata de una práctica general que va más allá de los tribunales. De allí que estos consumos pueden ser vistos, según algunos de sus integrantes, como uno de los recursos con el que avanzar en la obtención de determinados cargos dentro de la carrera judicial. En este sentido, podemos sugerir que, al comprar un nuevo traje, algunos de los integrantes de la justicia no sólo realizan una transacción económica, sino que este atuendo puede ser interpretado como un elemento primordial en la construcción simbólica de aquello a lo que aspiran llegar, una *insinuación judicial de progreso* (Zelizer, 1985). Al conocido planteo de John Berger (1987) sobre el vínculo entre el traje y la idealización de un poder sedentario asociado a la charla y al pensamiento abstracto¹³, valdría la pena agregar que en la justicia penal dicho traje puede ser de utilidad para quienes tengan interés en planificar una trayectoria con ambiciones concretas.

¹³ Berger afirma que "El traje, tal como lo conocemos hoy, se desarrolló en Europa durante el último tercio del siglo XIX como un vestido profesional de la clase dirigente. Casi tan anónimo como un uniforme, fue el primer vestido de la clase alta que idealizaría puramente el poder *sedentario*. El poder del administrador y de la mesa de conferencias. Esencialmente, el traje fue hecho para la gestualidad que acompaña a la charla y al pensamiento abstracto" (1987: 25).

Entrevista 6

Yo tengo como gasto fijo la ropa, todos los meses. Primero, porque me gusta vestirme bien. Y también porque es mi visión de la función que tengo, yo represento a la sociedad. Yo a las personas que vienen les brindo un principio de confianza visual, más allá incluso del resultado de mi trabajo. Yo creo que las personas se sienten tranquilas de ver a alguien que está bien vestido, que está prolijo.

No estamos sugiriendo que los operadores jurídicos consideren a la indumentaria como un elemento indispensable (necesario o suficiente) para ir accediendo a funciones jerárquicamente más elevadas, pero sí que, en el ya mencionado proceso de construcción estética de la identidad judicial, un buen traje puede jugar un papel considerable desde sus percepciones (Matza, 2010). En este sentido, resulta importante destacar cómo el uso del dinero está en condiciones de ayudar a consolidar prácticas en las que la ropa se vuelve uno de los elementos, y tal vez no el menos importante, a partir del cual ir transformándose en un actor judicial cada vez más distinguido (Benzecry, 2007). Lo dicho permite advertir cómo en este proceso el dinero, una vez transformado en prendas de vestir, deja de ser la principal variable para comenzar a serla el traje, la camisa o la corbata. Parafraseando a Molotch (2003), los sentimientos específicos que estos atuendos emiten, ayudan a constituir lo que realmente son en términos judiciales¹⁴. En suma, aquello que es posible identificar es que la vestimenta, en particular los trajes, *adquieren valor* en la justicia

¹⁴ Para Claudio Benzecry existen “diferentes modos en los que un objeto cotidiano adquiere valor, se transforma contra su valorización corriente, y produce y genera otras nuevas. Contra la simple dicotomía entre comunidad y mercado, tótem y mercancía y economías recíprocas contra economías de mercado, este trabajo integra los múltiples circuitos en los cuales se adscribe valor a la camiseta de varias formas diferentes. Haciendo esto, se integra la literatura existente sobre cómo se adquiere valor por medio del intercambio de dones, mediante la comercialización, o simplemente mediante una ligazón a la identidad, de un modo que nos permite ver cada explicación solo cómo una parte o instancia de un proceso más grande” (2007: 68). Los trajes, las camisas o las corbatas parecen ser objetos que vuelven durables y dinámicas las relaciones judiciales.

penal, y es un valor que complementa *su valorización corriente*, produciendo y generando *otras nuevas valorizaciones*.

Resumiendo, si uno aprecia el proceso por el cual se deviene judicial tomando en cuenta cómo lo definen los propios operadores jurídicos (Matza, 2010), el uso del dinero para libros y vestimenta resulta una cuestión significativa. Comprar libros supone un criterio de distinción respecto de los integrantes de la justicia penal, en lo fundamental, entre quienes tienen inquietudes sobre la relación de la institución a la que pertenecen con otros fenómenos sociales, en comparación con aquellos que hacen hincapié en las particularidades de su funcionamiento interno. Por su parte, la vestimenta—muy especialmente el traje—se transforma en un componente destacado para determinados actores judiciales, quienes procuran edificar—en términos simbólicos—aquello a lo que anhelan llegar, una señal judicial de progreso.

Cumpleaños: derechos, obligaciones y estigmas

El movimiento del dinero en la justicia penal no sólo sirve, como señalamos en el punto anterior, para comprar libros y acumular un tipo de capital cultural *judicial*, o para adquirir indumentaria con el objetivo de robustecer cierta identidad estética. También la circulación de la plata puede reflejar determinados vínculos hacia dentro de los tribunales, e incluso redefinirlos, en particular cuando dicha plata se convierte en obsequio (Zelizer, 1979).

El evento por excelencia que sirve para cristalizar los regalos es el cumpleaños. Salvo circunstancias excepcionales, este último suele motorizar la recaudación de dinero, que puede variar dependiendo si se realiza entre un núcleo reducido de colegas caracterizado por una relación de amistad, o si participan más personas debido a que son los integrantes de la oficina, o el área, quienes forman parte del regalo.

Entrevista 1

Cuando yo entré al juzgado, se hacían regalos, se juntaba plata, todos poníamos lo mismo y había una persona encargada de ir a comprar el regalo. Después eso se transformó en dar la plata, directamente. Se recaudaba la plata y por no saber qué comprarle, o porque la persona pedía la guita porque le venía mejor, se dejó de comprar algo concreto y pasó a ser plata dentro de un sobre. Hace un par de años, hubo resistencias a seguir poniendo plata para todos los cumpleaños, y lo que resultó es que se volvió a hacer regalos, pero con la gente que tenés una amistad, que conocés mejor, y también por eso, sabés qué regalo le puede gustar.

Entrevista 5

Nosotros tenemos un listado de los cumpleaños de todos en el juzgado, que serán unas 60 personas, y vamos poniendo cada mes lo que esté conversado que hay que poner. Se pone más si la persona que cumple años está en tu secretaría: yo por ejemplo, estoy en la secretaría 5, y si cumple alguien de ahí pongo más que los que trabajan en otras secretarías. Por eso, lo de los cumpleaños funciona como una especie de ahorro porque estás pagando todo el año, y después, cuando cumplís vos, no ponés nada y te llevás toda la plata que estuviste desembolsando todo el año.

Estos testimonios nos permiten observar dos grandes variantes al respecto: una ligada a la mayor dedicación en función de la búsqueda de un obsequio, una suerte de intimidad que lo vuelve especial y evidencia afectos más estrechos. De este modo, los regalos suelen ser algún objeto que demuestre cercanía y afinidad que van más allá de una suma de dinero asociada a un mero lazo laboral. Dentro de la segunda postura, están los casos donde se trata de una operación más impersonal, cerca del límite en el cual los intercambios

de regalos pueden convertirse en transferencias de mercado. Ahora bien, parece interesante que, tanto en un supuesto como en el otro, estamos frente a un fenómeno que no se encuentra librado al azar, sino que se trata de una práctica considerablemente regulada para los integrantes de la justicia penal. Esto último se percibe con mayor claridad en la variante impersonal, donde cada quien desembolsa en el regalo—en dinero—de sus compañeros y compañeras para luego, el día de su cumpleaños, recibir el “pozo acumulado” respectivo. Lo dicho supone que un acontecimiento conmemorativo asuma, además, el carácter de inversión monetaria anual: se debe destinar plata a lo largo de doce meses para, una vez al año, obtener el reembolso propio.

Un tema no menor es que esta inversión anual de la que estamos hablando exige ser respetada, o lo que es lo mismo, que se cumpla íntegramente, de lo contrario puede volverse un estigma para quien pretenda transgredirla.

Entrevista 3

Hay gente que es “rata”, qué se yo. Un flaco que fue trasladado en abril, llamó por teléfono para pedir que le dieran la plata de su regalo, pero el tema es que él sólo aportó plata para el regalo de los demás durante cuatro meses, pero llamó para pedir que le diéramos como si hubiese puesto guita todo el año ¿Cómo es? ¿Pagás por cuatro meses pero pedís la plata como si hubieras puesto todo el año? Muy “rata” el flaco.

En consecuencia, si uno pretende recibir ese regalo sin la respectiva contrapartida, sin haber hecho la colaboración exigida, habilitaría ser tildado de mezquino, de “rata”, todo lo cual podría redundar en alteraciones alrededor del trato con compañeros junto a un deterioro en la calidad de los vínculos laborales.

Por último, es importante señalar que además de efectuar la colaboración para los regalos de los colegas, quien celebra su

aniversario debe retribuir el obsequio recibido, o, dicho con otras palabras, que existe una expectativa ciertamente arraigada acerca de lo que debe hacer una persona *en situación de cumpleaños*.

Entrevista 4

Siempre tenés que llevar algo el día de tu cumpleaños, va, no sé si tenés que llevar, es lo que se estila: torta, sanguchitos, facturas, algo para compartir. Ahora se llevan más facturas porque los sándwiches de miga salen una fortuna. Están los que cocinan y llevan directamente, una torta o algo dulce.

A partir de estas expresiones, podemos sugerir que el regalo de cumpleaños—sea un objeto, pero fundamentalmente cuando es en dinero—exige a quien lo recibe a compartir algo como parte de la celebración. En palabras de Zelizer, “aunque se elogiaban los regalos en dinero por considerarse los más útiles desde el momento que daban libertad a los destinatarios para elegir sus propios artículos de regalo (...), los destinatarios no eran tan libres como se suponía (...) un regalo de cumpleaños en efectivo podía ser usado por amigos o parientes para influir en la forma de consumo del destinatario” (2011: 142-3). En este sentido, surge para los actores judiciales una restricción en torno a lo que se han obtenido, o al menos, en cómo debe gastar parte de lo que han adquirido.

Entrevista 7

No está bien visto no llevar nada, sobre todo si tenés un buen cargo, si sos funcionaria es de “laucha” no llevar nada, o peor, llevar dos paquetes de galletitas.

Entrevista 2

Nadie te obliga a llevar algo el día de tu cumpleaños, pero es algo que se estila y se sigue respetando. Sino, el comentario del que es agarrado, se hace. Últimamente, lo que hacemos es, en el

día que cada uno cumple años, llevar unas facturas, y después juntarse entre tres o cuatro quienes cumplan en el mismo mes o en meses seguidos, e invitar un almuerzo para el resto.

Llevar y compartir medialunas, sándwiches o tortas, puede ser considerado como algo más que un gesto espontáneo del agasajado para disfrutar de su día con los compañeros de trabajo. Más concretamente, estas exigencias tácitas parecen demostrar la vigencia de la idea según la cual los regalos se dan con inteligencia en la medida que se entreguen imponiendo ciertas condiciones.

Como hemos visto, el tema de los regalos de cumpleaños en la justicia penal permite ir en contra del razonamiento que afirma que la plata tiende a quitarle sentido a las relaciones humanas, incluso a empobrecerlas. Por el contrario, este marcaje del dinero asociado a los cumpleaños hace posible redefinir vínculos laborales, como cuando se caracteriza de “ratas” a quienes reclaman su “pozo acumulado” pero no contribuyen del mismo modo con el de sus compañeros. También facilita diferenciar si se trata de un obsequio apoyado en vínculos de mayor afinidad y cercanía, o bien de una suma de dinero mediante la cual se busca mayor practicidad para que sean los mismos destinatarios quienes decidan en qué gastarlo. Y, por último, los regalos de cumpleaños parecen comprometer a quienes los reciben a ofrecer algo para compartir con el resto de sus compañeros, en una gratitud que difícilmente pueda considerarse mera espontaneidad.

La abundancia absoluta y la abundancia relativa

La respuesta de los actores judiciales frente a la pregunta por si se gana bien en la justicia penal suele ser la misma. Si bien se trata de una demografía diversa, con jerarquías muy marcadas y antigüedades que tienen un peso significativo en la remuneración, existe consenso en los miembros de esta institución respecto de que sus sueldos son buenos. Así las cosas, es importante señalar que esta autopercepción

parece tener respaldo en cuestiones tangibles puesto que, en relación con otros empleos del sector público, los ingresos de quienes trabajan en el ámbito judicial son efectivamente altos¹⁵.

Entrevista 8

Se gana bien, comparativamente con el resto de la administración pública provincial, creo que se gana bien, ni hablar con el resto de la sociedad. Son varias condiciones, además del sueldo se le suma la estabilidad, se le suma la extensión de la jornada laboral que no son de las más extensas. En estos términos, yo creo que ganamos bien.

Como ya dijimos, las respuestas de los operadores jurídicos suelen ser las mismas acerca del nivel salarial, sin embargo, las explicaciones al respecto son diferentes. Un caso relevante es la asimetría en los montos que perciben quienes trabajan en la justicia penal de la provincia de Buenos Aires respecto de aquellos que lo hacen en el ámbito federal. Tal como había surgido cuando hablamos del impuesto a las ganancias, el planteo de quienes trabajan en la jurisdicción bonaerense es que resulta excesiva la diferencia, puesto que el trabajo entre ambas esferas no es sustancialmente diferente.

Entrevista 9

Se gana bien, sí, y te voy a decir por qué: respecto de otros empleados del Estado, nosotros no somos empleados públicos, somos empleados del Estado, pertenecemos al Poder Judicial. Hasta los 80 o 90 los abogados no querían ingresar al Poder Judicial, porque ejerciendo se ganaba más. Hoy es al revés. Pero también está la diferencia con lo que se gana en la Justicia

¹⁵ Algunos ejemplos de empleos del sector público para comparar podrían ser los que se realizan en los ministerios, en educación, en salud, o en seguridad.

Federal, diferencia que es asombrosa y no se entiende por qué. Nosotros ganamos mucho menos de lo que ganan ellos.

Entrevista 10

Es efectivamente así, en la Justicia Federal ganan un 35% más que en provincia: yo cobro 50 y ellos cobran 150. A mí me parece arbitrario, incluso más, injusto. Porque no existen en los hechos estas diferencias. Tengo un amigo que es fiscal en provincia y gana lo mismo que la hermana que es auxiliar letrada en los federales.

Por lo tanto, si tomamos en cuenta las percepciones de quienes se desempeñan en la justicia penal de la provincia de Buenos Aires, los buenos sueldos en la institución deben analizarse a partir de dos cuestiones fundamentales: la *abundancia absoluta* y la *abundancia relativa*¹⁶. La primera es la que explica que, en relación con el conjunto de la sociedad, su fuente de ingreso sea evaluada como cuantiosa, o lo que es lo mismo, cuando el punto de equiparación es extrajudicial, se evidencia una valoración positiva. Por el contrario, la abundancia relativa permite comprender la disconformidad de aquellos que estiman que por un trabajo similar perciben mucho menos—un tercio, según sus palabras—que sus colegas de la justicia federal; en este sentido, si la comparación es intrajudicial, surge una frustración tangible.

¹⁶ Las categorías de *abundancia absoluta* y *abundancia relativa*, sin dudas, se proponen como el reverso de la privación absoluta y la privación relativa. Según afirman Lea y Young, "La privación relativa es el exceso de las expectativas por sobre las oportunidades. La importancia de este concepto es que se aparta de las ideas simplistas que tratan de relacionar el descontento y la violencia colectiva con niveles de privación absoluta. La relación que existe entre la privación relativa y la marginación política resulta crucial para comprender los disturbios y la violencia colectiva. No es probable que la marginación política cause disturbios a menos que exista además una sensación de frustración que surja de la existencia de privación relativa. Un sector social puede estar económica y políticamente marginado y, sin embargo, si no tiene interés en participar en la estructura de oportunidades y de derechos sociales de la que se encuentra excluido, no necesariamente experimentará frustración" (2008: 223). A partir de los testimonios de los actores judiciales, podemos sugerir que su descontento es resultado de la abundancia relativa en la que se sienten afectados por una injusticia.

Esta distinción entre *abundancia absoluta* y *relativa* nos parece importante porque ayuda a encontrar matices en un tema que, por lo general, tiende a presentárselo desde una sola dimensión, y es la de que las personas que trabajan en la justicia tienen altos ingresos. Si bien esto último es cierto, también existe una percepción de desigualdad injustificada por parte de quienes trabajan en el ámbito provincial que debe ser señalada para interpretar un malestar que, si sólo lo analizamos desde la variable económico-salarial, difícilmente lo comprendamos.

Al tema de las *abundancias absoluta* y *relativa* es posible añadir una cuestión muy presente en la justicia penal, según nuestros entrevistados: la tendencia constante a hablar y consultarse mutuamente por los aumentos de sueldo, tanto por cuándo se concretan como por cuánto es la suma.

Entrevista 8

En general hablamos o dejamos hablar de lo que cobramos, de la cuestión salarial. Es permanente lo de los aumentos, si están bien, si son suficientes, y ahí empieza a haber diferentes opiniones, según las personas, según las épocas.

Entrevista 1

Es un tema omnipresente. A mi me quema la cabeza: desde que estamos esperando que llegue el aumento, y cuando llega, inmediatamente a pensar en cuándo va a ser el próximo. Es un ciclo que nunca se termina. Hay una percepción generalizada de parte de algunos, bastante alejada de la realidad, de que los aumentos no son suficientes, que siempre es necesario un aumento.

Entrevista 10

Algo que está presente en el chat que tenemos con la gente de la oficina, y escuchás ahí en el pasillo, tiene que ver con los aumentos, las paritarias, estar medio pendientes de eso. Es algo que se escucha, no sé si de manera frenética, pero es de lo que más se habla.

La frecuencia de los incrementos y sus respectivos porcentajes hace posible pensar en la preocupación incesante por los cambios en los indicadores de la *abundancia*, y de qué manera esa preocupación hace posible generar diálogos, elaborar puntos de vista compartidos, o suscitar controversias, hacia el interior de la misma justicia penal. Todo esto permite poner en duda el argumento según el cual el dinero se transforma en un elemento que vacía de sentido los vínculos, o que simplemente se erige en una perversa *varita mágica* que desencanta la vida social. Incluso podemos decir que el dinero, tradicionalmente caracterizado por su rol organizador e instrumental en la vida cotidiana, también tiene una segunda aptitud, y es la de hacer posible mediciones, comparaciones y evaluaciones permanentes en torno a atributos morales: “el dinero es un gran clasificador social, a través del cual se juzgan las virtudes y defectos que jerarquizan a las personas. El uso del dinero distribuye reconocimientos, guarda recuerdos, transportan virtudes, en definitiva, prueba a las personas” (Wilkie, 2015: 561).

En definitiva, si seguimos creyendo que entre la cuestión de la plata y los valores hay un enfrentamiento irreconciliable, y que los intereses monetarios tienden a corromper los distintos ámbitos de la vida, más difícil será advertir cómo el dinero, en nuestro caso el dinero *judicial*, produce identificaciones, afinidades y controversias. Y que es a partir de estas afinidades y controversias que se producen la diferenciación entre *abundancias absoluta y relativa*, y más en general, la conformación de vínculos mediante los cuales interpretar por qué

para los operadores jurídicos un buen sueldo no siempre es un sueldo justo.

Favores, ideologías y una genealogía posible de la corrupción judicial

Más allá de las dificultades para mensurar con exactitud las percepciones de la sociedad acerca del desempeño de la administración de justicia, las encuestas y los sondeos de opinión suelen reflejar que se trata de una institución que no goza actualmente de gran legitimidad (Kostenwein, 2019). Lo que surge con mayor frecuencia es el problema de la desconfianza, o lo que es lo mismo, el hecho de que la sociedad no cree en el ámbito judicial. Uno de los componentes centrales en este escepticismo se vincula con la aparente existencia de una justicia corrupta predispuesta a aceptar *dinero sucio*¹⁷, aquello que podríamos definir como una justicia por fuera de los límites de la ley (Kostenwein, 2015)¹⁸.

En Argentina, la corrupción comienza a erigirse como problema público en la década del noventa, época en la que se observan diferentes procedimientos mediante los cuales se logra estabilizar esta temática. Para ello fue importante el uso de técnicas para la medición de los datos vinculados a la corrupción, la posibilidad de demostrar la

¹⁷ El rasgo fundamental que se le puede adjudicar al *dinero sucio* es la mancha respecto a las dudas que despierta su origen ético: “Encontramos un ejemplo notable en relación con el uso del dinero sucio en las prácticas de las prostitutas. Un estudio del mercado de la prostitución en Oslo realizado en la década de 1980 mostró la existencia de una ‘economía dividida’ entre muchas de las mujeres: el dinero de la asistencia social, los seguros de salud y otros ingresos legales era cuidadosamente administrado para la ‘vida honesta’, para pagar el alquiler y las facturas. Por otro lado, el dinero ganado con la prostitución se despilfarraba con rapidez en salidas, drogas, alcohol y ropa. El estudio pone en evidencia que, paradójicamente, las mujeres ‘se esfuerzan, hacen cuentas y administran el dinero legal que nunca les alcanza, mientras que, al mismo tiempo, pueden derrochar miles de coronas en salidas’. El dinero sucio, pareciera, ‘les quema en los bolsillos y deben gastarlo en poco tiempo’” (Zelizer, 2011: 14)

¹⁸ La desconfianza en la justicia suele apoyarse, además del problema de la corrupción, en la cuestión de su lentitud, que no resuelve en tiempo prudencial los casos como se espera que lo haga, y, en definitiva, un poder judicial que atenta contra la eficacia (Kostenwein, 2016b). En este sentido, parece exigirse tanto una justicia penal rápida y efectiva que dé respuestas diligentes frente a los conflictos que gestiona, como también una justicia penal que priorice las vías de acceso a los cargos para que de esa manera sus integrantes gocen de mayor idoneidad y legitimidad. Más concretamente, aquello que resulta sugestivo es que las demandas y las expectativas parten de diferentes presupuestos cuando las críticas se fundamentan en la falta de eficacia o en la falta de transparencia.

presencia de casos ligados a esta última, la generación de parámetros—tanto legales como administrativos¹⁹—que desde las políticas públicas buscaran enfrentarla, junto a la consolidación de retóricas que hablaran de la misma. Según Sebastián Pereyra, los diferentes casos de corrupción reforzaron por aquel entonces “(...) la figura de los fiscales y jueces que intervienen en las causas judiciales. Estos se erigen en agentes moralizadores de la actividad política, como controladores y ejecutores del bien público, frente a una actividad política que es percibida y definida como degradada y orientada al interés particular de los negocios privados” (2013: 300).

Es interesante observar cómo hace tres décadas atrás aún era posible calificar, en términos generales, a los actores judiciales en tanto *controladores y ejecutores del bien público*, cuestión que ha venido experimentando una transformación considerable. En efecto, parece probable que este diagnóstico necesite ser revisado, puesto que son los propios fiscales, jueces y defensores quienes hoy son señalados, en gran medida, como parte del problema de la corrupción y no como los garantes de su combate.

Una particularidad de los señalamientos públicos sobre corrupción que tienen como destinatarios a los integrantes de la justicia, es que se los presenta como sujetos infames que han resuelto ubicarse del lado de la indecencia, de una vez y para siempre (Kostenwein, 2019b). Frente a esta imagen contundente de actores judiciales envilecidos, las personas que entrevistamos sugieren otras caracterizaciones del problema que consideramos importante explorar. Se trata de aquellas asociadas a la aparición de los favores y las ideologías como variables para gestionar diferentes circunstancias laborales.

¹⁹ Los parámetros, tanto administrativos como legales, consolidados en los '90 en Argentina tienen que ver con el endurecimiento de las penas ligadas a la corrupción, la creación de la Oficina Anticorrupción, estrategias de control patrimonial a funcionarios, o la regulación de incompatibilidades (Pereyra, 2013).

Entrevista 6

En la Justicia se venden favores, pero yo no lo asocio con plata. Yo soy Fiscal, y si un abogado amigo que labura en una causa que yo investigo me viene a preguntar algo, obvio que le contesto. En ese caso, yo siento que estoy hablando con un amigo, no con el imputado que cometió un delito.

Entrevista 4

No se “venden” favores, se “hacen” favores, sobre todo entre compañeros de trabajo. Sobre todo, si es gente con la que tengo cierta afinidad, compartimos ciertas cuestiones sobre cómo vemos nuestro laburo. También le he averiguado sobre causas a miles de amigos, eso sí, se hace. Pero yo no veo eso como “vender” favores.

Como primera cuestión, en estas representaciones parece haber cierto matiz que impide hacer una oposición drástica—como se suele hacer desde cierta perspectiva—entre quienes se encuentran dentro de la deshonra respecto de aquellos que están por fuera de ese grupo enviciado (Kostenwein, 2019). Incluso cuando tienen que señalar casos en los que puede haber “favores” en dinero o coimas, lo hacen de una manera menos rígida que las imágenes propuestas tradicionalmente sobre el tema.

Entrevista 3

En el Poder Judicial, es más alto el porcentaje de Jueces que “transa” una causa por una cuestión más de tinte político, incluso ideológico, que por guita. Y salvo casos ridículos de tipos que tienen un estilo de vida muy por encima de su sueldo, que se exponen ellos mismos, los que trabajamos en la justicia no llegamos a ver hechos frecuentes de corrupción. O porque no existen tantos, o porque se nos escapan del laburo cotidiano.

Entrevista 10

Qué sé yo, se suelen hacer gauchadas a personas respecto de algunas causas, eso se ve. Pero no como algo planificado para “sacar” más guita, sino que lo podés hacer como un favor más y en ciertos casos, luego aceptan actitudes “generosas”. Pero tampoco es algo habitual.

Entrevista 8

En algunos casos, se sabe que hay Jueces que pueden “arreglar” causas, pero en el laburo se sabe que, en muchos casos, no son terribles corruptos, en el sentido de vivir pidiendo coimas o cosas por el estilo, sino que hay muchos casos que, si surge la posibilidad, aceptan algún beneficio, pero no es algo permanente, sino más bien aislado.

Según estos testimonios, en particular los dos últimos, no parece haber una separación tajante e irreversible entre operadores jurídicos esencialmente corruptos de aquellos que no lo son, sino el despliegue de un conjunto de prácticas dentro de las cuales, recibir una coima puede ser interpretado como un movimiento más—y no el único—dentro de un itinerario complejo. Aquí parece cobrar relevancia el argumento menos sustancialista, y más procesual, de Howard Becker para analizar el fenómeno del cambio de sexo “en cada uno de estos puntos, nuestro mítico joven se encuentra haciendo algunas cosas de las que antes ni siquiera había escuchado hablar y que, habiendo escuchado hablar de ellas, jamás imaginó que podría llegar a hacer. Los pasos que da nunca son tan radicales. Cada paso no es sino un pequeño paso más en un camino del que podría desviarse en cualquier momento hacia cualquiera de los otros caminos posibles. Las personas que no se parecen en nada a este joven comprenderán cada pequeño paso intelectual y emocionalmente *sólo cuando las circunstancias*

les resulten inteligibles (...) cuando llegara el momento de la operación de cambio de sexo, el joven sólo estaría dando otro paso relativamente pequeño y no muy diferente de todos los otros pequeños pasos que ha dado a lo largo del camino” (2009: 48).

Siguiendo esta línea de análisis podemos sugerir, con mucha mesura sin dudas, que los miembros de la justicia penal suelen observar esos pequeños pasos, esos pequeños favores—que en no pocos casos parecen estar más guiados por la ideología que por la codicia—como un proceso en el cual quienes finalmente reciben un beneficio, antes habían aprendido a incorporar nuevos motivos que les sirvan como marcos de experiencia para no considerar su comportamiento como un simple acto deleznable (Goffman, 1974). Dejando de lado casos resonantes ligados a enriquecimientos excesivos de actores judiciales que sólo pueden entenderse por conductas fraudulentas permanentes, para quienes trabajan día a día en la justicia penal, el pedido o aceptación de un favor puede ser visto como algo menos deshonesto de lo que sería para una mirada ajena a la cotidianeidad de los tribunales, incluso como algo de lo que se puede entrar y salir, y no como el inicio de una carrera irrefrenable hacia la degradación (Kessler, 2004, 2013)²⁰. De acuerdo con esto, se podría especular y decir que tal vez *sólo una pequeña parte de los actores judiciales que aceptan un favor—incluso dinero sucio—se vuelven luego corruptos permanentes*. Desde luego que el problema de la corrupción en general, y en la justicia en particular, no deja de ser grave, máxime teniendo en cuenta que se trata de la institución que debería investigarla, juzgarla y condenarla. Sin embargo, no parece suficiente con demonizar las coimas, incluso la corrupción, si de lo que se trata es de comprender con qué otros factores pueden ser relacionadas. Y para esto último, tanto los favores y las ideologías mencionados por miembros de la

²⁰ Recuperando la idea de Kessler (2004) acerca de muchos jóvenes de sectores populares que, frente a la fragmentación del mundo laboral, no inician fatalmente una “carrera criminal”, sino que alternan entre las ocupaciones legales e ilegales, podemos sugerir que buena parte de los actores judiciales que reciben una coima no se transforman en “profesionales” sistemáticos de la corrupción, sino que se trata de aceptaciones esporádicas de algún tipo de soborno.

justicia penal pueden ser elementos que contribuyan a identificar otras dimensiones del tema.

Algunas conclusiones

A lo largo de este trabajo procuramos analizar qué significados tiene el dinero para los integrantes de la justicia penal. Lo hicimos a partir de conversaciones con informantes claves y entrevistas en profundidad a operadores jurídicos del fuero ordinario de la provincia de Buenos Aires y del federal en Ciudad de Buenos Aires.

Partimos del presupuesto que el fenómeno monetario ofrece una multiplicidad de sentidos, los cuales no pueden subsumirse a ideas clásicas tales como que el dinero es *una equivalencia general* o *un medio de todos los medios* o *una moneda de propósitos universales*. Y este enfoque, que contaba con antecedentes en la exploración de diversos fenómenos sociales, no había sido puesto a prueba para identificar y considerar los tipos de dinero que circulan hacia el interior de la justicia.

Los resultados preliminares que podemos destacar acerca de los usos y alcances que ostenta la plata a la hora de construir vínculos, significados y valoraciones para los actores judiciales son variados. Una de las cuestiones se vinculó al impuesto a las ganancias, respecto de lo cual sostuvimos que las posturas doctrinarias son necesarias, pero no suficientes para comprender las percepciones de los miembros de la justicia penal. En este sentido, incorporamos otras escalas como los distintos marcajes de dinero que realizan: un *dinero ganado* cuyo componente central es la legitimidad moral de su procedencia, un *dinero cuidado* que debe servir para simbolizar un orden justo dentro de la propia institución, o un *dinero sacrificado* que comunique virtudes respecto a las desigualdades materiales reinantes. Estos tres marcajes nos permiten advertir que la plata tiene más de un significado para los integrantes de la justicia penal y que si no lo tenemos en cuenta sería improbable apreciar las percepciones que poseen sobre el impuesto a las ganancias.

En el día a día, identificamos otros tres tipos de dinero que los actores judiciales ponen en circulación: uno *individual* ligado al transporte, otro *grupal* asociado a los insumos cotidianos, y otro *combinado* vinculado al almuerzo que combina sedimentos los dos primeros. Con estos marcajes, quienes trabajan cotidianamente en la justicia penal distinguen y limitan el uso del dinero otorgando sentido a vínculos que se configuran—como ya lo dijimos—en torno a familiaridad, afecto, desigualdad, poder y conflicto.

Tomando en cuenta los testimonios de los operadores jurídicos tanto el uso del dinero para libros como para vestimenta resultan importantes en la construcción de una trayectoria judicial. Acerca de los libros, parecen generar una forma de diferenciar a los integrantes de la justicia penal con mayores inquietudes sobre la relación entre esta última con otras problemáticas sociales, de aquellos miembros que hacen hincapié en su funcionamiento interno. Respecto de la vestimenta, en particular el traje, se erige como un elemento relevante—desde un punto de vista simbólico—para quienes pretenden edificar un sostenido ascenso judicial.

El cumpleaños es otro de los acontecimientos que habilita a objetar el razonamiento según el cual la plata tiende a quitarle sentido a las relaciones, incluso a degradarlas. En contraste con esto, el uso del dinero enfocado en los cumpleaños permite redefinir vínculos laborales siendo ejemplo de esto rotular de mezquino a alguien cuando no colabora equitativamente con el regalo de sus compañeros. A lo anterior se suma la opción de obsequiar un regalo determinado—apuntalado en lazos de mayor afinidad y cercanía—o de ofrecer una suma de dinero para que sean los propios destinatarios quienes decidan en qué utilizarlo. También es para señalar que los regalos de cumpleaños generan algún tipo de compromiso en quienes los reciben, en particular, el de compartir algo con el resto de sus compañeros.

La percepción de los propios sueldos por parte de los miembros de la justicia penal nos autorizó a hacer una diferenciación entre la

abundancia absoluta y la abundancia relativa. La primera es positiva y resulta de la comparación que hacen los actores judiciales respecto con otros ingresos dentro de la administración pública. La abundancia relativa es consecuencia del sentimiento de injusticia que genera en quienes trabajan en la justicia bonaerense el hecho de cobrar considerablemente menos que sus colegas del ámbito federal por realizar un trabajo similar. El dinero, asociado por lo general a un rol organizador de la vida cotidiana, también tiene una segunda competencia y es la de permitir comparaciones y evaluaciones morales permanentes que generan afinidades, identificaciones y controversias. Por último, procuramos indicar una relación potencial entre los favores, las ideologías y las condiciones de posibilidad de un *dinero sucio* judicial. Dejando en claro que se trata de un tema complejo e inexplorado, consideramos importante no llevar adelante caracterizaciones tajantes entre actores judiciales íntegros, por un lado, y deshonestos por otro. Si tomamos en cuenta las expresiones de los miembros de la justicia penal parece haber una circulación de pequeños favores que, en muchos casos, están más orientados por la ideología que por la avaricia. En este sentido, el pedido o aceptación de un favor suele ser visto como algo menos repudiable de lo que podría ser para quienes permanezcan ajenos a la cotidianeidad judicial. Y puede ser considerado, además, como algo más flexible para los operadores jurídicos, algo de lo que se puede entrar y salir—incluso aceptando alguna contraprestación—y no como el comienzo de una trayectoria asociada a la corrupción desenfrenada.

Bibliografía

- Barrios, M.: “Prácticas financieras en torno al uso del crédito en la industria del retail en Chile”, en: J. Ossandon (org.): *Destapando la caja negra: sociología de los créditos al consumo en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, 113-136.
- Becker, H.: *Trucos del oficio*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- Benente, M.: “Crónica de un privilegio: Poder Judicial e impuesto a las ganancias”, *Revista Bordes*, 15 de junio de 2016.
- Benzecry, C.: “Azul y Oro: The Many Social Lives of a Football Jersey”, *Theory Culture & Society*, 25 (1), 2007, 49-76.
- Berger, J.: *Modos de ver*, Barcelona: Editorial Gustavo Gili, 1987.
- Bourdieu, P.: *La distinción*, Madrid: Taurus, 1988.
- Calandrón, S. y Galar, S.: “Dinero, trabajos alternativos y consumos en la vida cotidiana de policías de la provincia de Buenos Aires”, *Prácticas de Oficio*, 2 (20), 2017, 14-23.
- Caminos, M. A.: “Impuestos e independencia judicial”, *La Nación*, 2003.
- Dodd, N.: *The social life of money*, Princeton: Oxford, Princeton University Press, 2014.
- Goffman, E.: *Frame analysis: An essay on the organization of experience*, Cambridge: Harvard University Press, 1974.
- Guyer, J.: *Marginal Gains. Monetary Transactions in Atlantic Africa*, Chicago: The University of Chicago Press, 2004.
- Guyer, J.: “Translator’s introduction. The gift that keeps on giving”, en: Marcel Mauss: *The gift*, Chicago: The University of Chicago Press, 2016.
- Huici, H.: “El impuesto a las ganancias y los jueces: justicia, ley y prudencia”, *La revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, 73 (1), 2013.
- Kessler, G.: *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires: Paidós, 2004.
- Kessler, G.: “Ilegalismos en tres tiempos”, en: R. Castel, G. Kessler, D. Merklen y N. Murard (eds.): *Individuación, precariedad, inseguridad*, Buenos Aires: Paidós, 2013, 109-176.

Kostenwein, E.: “Imágenes sobre la administración del castigo”, *Delito y Sociedad*, 24 (40), 2015, 80-111.

Kostenwein, E.: *La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: EDIAR, 2016.

Kostenwein, E.: “Casos resonantes y justicia penal en la prensa. Actores y retóricas frente a un hecho escandaloso”, *Nova Criminis*, 8 (12), 2016b, 233-262.

Kostenwein, E.: “Decidir rápido, condenar pronto”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 20 (1), 2017, 13-44.

Kostenwein, E.: “Pánicos morales y demonios judiciales. Prensa, opinión pública y justicia penal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 21 (2), 2019, 15-50.

Kostenwein, E.: “Cuando los poderes se encuentran, los actores confrontan. Elementos para analizar los Jurys hacia el interior de la justicia penal”, *Cadernos de Derecho Actual*, 11, 2019b, 102-123.

Kuroda, A.: “Concurrent but non-integrable currency circuits: Complementary relationships among monies in modern China and other regions”, *Financial History Review*, 15 (1), 2008, 17-36

Lea, J. y Young, J.: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

Matza, D.: *Becoming Deviant*, New York: Routledge, 2010.

Maurer, B.: “The Anthropology of Money”, *Annual Review of Anthropology*, 35, 2006, 15-36.

Harvey, M.: *Where Stuff Comes From*, New York: Routledge, 2003.

Nelms, T.: “Soberanía y solidaridad en las finanzas populares”. Ponencia presentada en la *I Jornada Moneda, Finanzas y Distribución de la Riqueza*. Buenos Aires, Centro de Estudios Sociales de la Economía, 14 y 15 de diciembre de 2012.

Pereyra, S.: *Critique de la politique, expertice et transparence*, Tesis Doctoral, 2010.

Pereyra, S.: *Política y transparencia*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

Sola, J. V.: “Los impuestos y los jueces”, *estudiosola.com*, 2014.

Orta González, D.: “Reseña de ‘La distinción. Criterios y bases sociales del gusto’, *Athenea Digital*, 6, 2004.

Théret, B.: *La monnaie dévoilée par ses crises*, Paris: Éditions de l'EHESS, 2007.

Wilkis, A.: *Las sospechas del dinero. Moral y economía en la vida popular*, Buenos Aires: Paidós, 2013.

Wilkis, A.: “Sociología del crédito y economía de las clases populares”, *Revista Mexicana de Sociología*, 76 (2), 2014a, 225-252.

Wilkis, A.: “Sobre el capital moral”, *Revista Papeles de Trabajo*, 8 (13), 2014b, 164-186.

Wilkis, A.: “El poder moral del dinero. Una perspectiva sociológica”, *Diferencia(s)*, 5 (4), 2017, 39-60.

Zelizer, V.: *Moral and Markets: the Development of Life Insurance in the United States*, Nueva York: Columbia University Press, 1979.

Zelizer, V.: *Pricing the Priceless Child: the Changing Social Value of Children*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1985.

Zelizer, V.: *El significado judicial del dinero*, Buenos Aires: FCE, 2011.

EL TEMPLO DE LA TOGA. APROXIMACIÓN ETNOGRÁFICA SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL JUVENIL

THE TEMPLE OF THE GOWN. ETHNOGRAPHIC
APPROACH TO THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

JULIÁN AXAT
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

RESUMEN

El artículo expone una etnografía del espacio judicial, a partir de la observación participante realizada entre los años 2008 y 2014, en una defensoría oficial de pobres y ausentes ubicada en la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Se busca realizar una descripción densa del espacio físico, para abordar las posiciones simbólicas de los actores/operadores judiciales en su temporalidad e interacción dentro de la estructura del campo, las disputas por esos espacios y el tipo de capitales en juego.

ABSTRACT

The article exhibits an ethnography of the judicial space, from the participating observation made between 2008 and 2014, in an official defender of the poor and absente located in the city of La Plata, capital of the Province of Buenos Aires, Argentina. It seeks to make a dens description of the physical space, to address the symbolic positions of the judicial actors/operators in their temporality and interaction within the structure of the field, disputes over those spaces and the type of capital at stake.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA PENAL / ETNOGRAFÍA / JUVENIL

KEYWORDS

CRIMINAL JUSTICE / ETHNOGRAPHY / JUVENILE

Expongo aquí la etnografía del espacio judicial, que he realizado en el capítulo 3 de mi trabajo de tesis de Magister de Ciencias Sociales (2013), aun inédita, y que surge a partir del conjunto de observaciones realizadas como viaje etnográfico a partir del rol de defensor público que ejercí entre los años 2008 y 2014. Para un mejor orden he apuntado situaciones en torno a la espacialidad de la defensa pública (mi punto de vista o lugar de observador), y cómo giran en torno de ella los problemas espacio-temporales dentro de la estructura del campo judicial. He utilizado como guía las poquísimas etnografías realizadas sobre estructuras judiciales existentes hasta el momento (Barrera, 2012; Tiscornia, 2008; Sarraibayrouse Oliveira, 2011; Garapón, 1998).

El “templo” de su señoría

Ubicado en toda la manzana de la calle 7 y 8, entre calles 56 y 57, de la capital de la Provincia de Buenos Aires; el Fuero Penal o Palacio de la Justicia Penal del departamento judicial de La Plata, se trata de dos bloques o edificios: a) El primero sobre calle 7, ex edificio de Vialidad (asignado a Penales con la reforma de la ley 11.922 en 1998) con un estilo palacio clásico *art nouveau* de fines de siglo XIX; b) El segundo sobre calle 8 (edificio Penales), estilo puramente racional de mediados de siglo XX. Ambos edificios son sede de la mayoría de las oficinas, juzgados, fiscalías y defensorías en las que funciona el Fuero Penal Juvenil creado por ley 13.634. Al edificio de la Avenida 7 se ingresa por una escalinata principal que da a esa avenida. El lugar concentra la mayor parte de las Fiscalías¹, en el tercer piso, sobre la terraza, funcionan tres de las cuatro Fiscalías Penales Juveniles. La Fiscalía Juvenil se trata de un único amplio salón de diez metros por siete, con piso de madera parquet, dividido por Boxes y paneles de media altura que permiten recorrer un camino en zigzag entre la pila

¹ También funciona en ese espacio el tercer piso, el *Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires* (recientemente también la Defensoría de casación).

de expedientes hasta llegar a una escalera cuyos laterales tienen dos oficinas-despacho (de Fiscales) tapadas también de expedientes (archivados o no), y que permite descender a un entrepiso con dos oficinas-cubículo, con dos despachos más (un Fiscal y Secretario). Es decir, el espacio asignando a las Fiscalías Penal Juveniles permite inferir un cerramiento bastante relativo, donde el personal—pese a ser distintas Unidades—comparte la misma sala y pierde intimidad, y donde muchas veces hay varias personas (testigos) o (jóvenes) que también lo pierden (no olvidemos que los juicios del Fuero juvenil son reservados), prestando declaración, cruzándose y oyéndose entre sí; de manera que todos se contaminan de lo que pasa (salvo los Fiscales que pueden meterse en sus cubículos y cerrar la puerta, aunque muchas veces no lo hacen). El tipo de fricción espacial de los cuerpos sobre estas grandes oficinas rezagadas (el Fuero Penal Juvenil como “último orejón del tarro” me dijo un funcionario), donde todo se comparte-intercambia y todos se controlan y ven entre sí. Recuerda a los viejos espacios de las burocracias estatales administrativas (IOMA, IPS, etc.) con un solo mostrador delante (separador de los visitantes “¡atrás!”) y todo el personal perteneciente a la administración detrás (distanciamiento ficcional).



Fuero Penal, ingreso por calle 7

Hace bastante poco con la creación de una nueva Fiscalía Penal Juvenil y de la mudanza de parte de las fiscalías de adultos a un nuevo edificio ubicado sobre la *Plaza San Martín* (54 e/ 6 y 7), una de las Fiscalías se mudó a otro piso del mismo edificio de la calle 7 aunque se trata de dos espacios mínimos: uno de atención al público de tres metros por cuatro y otro de tres por tres donde están los escritorios del Fiscal enfrentado a su Secretario. Las relaciones y actos judiciales que se producen allí dentro también se cruzan con la mirada (curiosa o amenazadora) de otros invitados detrás del mostrador, o por los mismos actores del proceso cumpliendo actos jurídicos del proceso; a la vez entrecruzados con el cotidiano de los propios empleados cumpliendo su horario: trabajando, tomando mate, comiendo, hablando por teléfono, haciendo comentarios de pasillo, etc.

El templo de calle 8

Al edificio de calle 8 se ingresa también por una escalinata, a diferencia del de la avenida 7. Ya desde su entrada, fuertemente custodiado por policías, presenta una disposición espacial más generosa, señorial y compartimentada para los distintos Juzgados, Tribunales Criminales, Salas de Cámara de Apelaciones (los pisos del lado lateral que da a calle 57) y dos Salas de Audiencia Oral (planta baja, lado 57)². También cuenta con lugares residuales para Defensorías Oficiales (en las terrazas, todo el Piso 4) y Alcaldías del subsuelo, celdas para las personas que están en custodia a disposición de los juzgados y transitan presas durante el día a la espera de ser

² Creo que es importante destacar que antes de 1998 que se dio la reforma procesal penal en La Provincia de Buenos Aires, el Fuero Penal ocupaba solo el edificio de calle 8. El viejo sistema inquisitivo se componía de los juzgados criminales, las fiscalías, defensorías y la Cámara. La organización judicial penal era chica, la cantidad de cargos reducida. Todo el fuero entraba allí y el espacio, si bien limitado, era suficiente. La reforma 11.922/98, trajo aparejado la creación de toda una ingeniería punitiva, con gran cantidad de cargos en todos los niveles; jueces, fiscales, defensores, tercera instancia casatoria, empleados, letrados, relatores, etc. El universo penal se vio multiplicado de un día para el otro, y el edificio de 8 quedó absolutamente excedido. De allí que las limitaciones espaciales a las que refiere este capítulo tienen que ver con una racionalidad organizativa bastante improvisada, y que colapsó para 1999, por lo que el edificio de 7, y los inmuebles adyacentes comenzaron a ser necesidad imperante. Esta realidad se repitió en muchos Departamentos judicial, aunque en La Plata fue más visible por ser la sede del Tribunal de casación.

atendidos para actos procesales (la Alcaldía de Adultos subsuelo de calle 57, La Alcaldía para “Menores” subsuelo del lado de 56, que funciona adyacente a las salas de audiencias de “Menores”, tres pequeños salones de cinco por cinco, ornamentados con cruces, vírgenes, bandera bonaerense y argentina, asientos para el público—aunque las audiencias no son públicas y los usan las familias—dos pequeños escritorios enfrentados—para defensor y fiscal—colocados en forma triangular al mueble atravesado en la misma altura que los otros, y que hace de púlpito del juez).



Puerta normalmente colmada, del edificio de calle 8, 56 y 57.

Un Fuero dentro de otro Fuero

La instalación en un territorio equivale a la fundación de un mundo (Elíade, 2002). La idea de templo dentro de otro templo, o mapa dentro de mapa aparece, es una doble inscripción territorial del mundo-templo; y ello aparece cuando penamos la existencia de un Fuero “Menor” dentro de otro “Mayor” (Villalta, 2004: 282-283). El espacio asignado al Fuero Penal Juvenil, ya se advierte desde la calle, en el lateral que da a la calle 56 y 8, sobre la puerta de ingreso izquierdo visto frontalmente desde calle 9, es el lugar donde está el estacionamiento asignado a los jueces. Posee en altura y a grandes letras la frase “*Tribunales y Asesorías de Menores*”, expresión típica del viejo sistema del Patronato de la Infancia que nunca fue cambiada y

aún se ha conservado en el frontispicio como denominación.

Los Juzgados de Garantías del Joven (según denominación Ley 13.634) se encuentran en los pisos 1º (Juzgado de Garantías del Joven n.º 1) y piso 2º (Juzgado de Garantías del Joven n.º 2 y 3º enfrentados). Son bien compartimentados en varios despachos y una mesa de entrada en cada uno. Cada juzgado posee alrededor de cinco despachos privados, contando el del Juez que siempre es el más grande. Los Juzgados ocupan el lugar físico de los viejos Juzgados de Menores, en algunos casos (no en todos) ocupados por los mismos jueces reconvertidos de la noche a la mañana (por la magia del art 19 de la ley 13.634) en jueces de garantías del joven³. Existen dos juzgados “de Responsabilidad Penal Juvenil” (n.º 1 y n.º 2) que funcionan en otro edificio ubicado a veinte cuadras de distancia de la calle 8 y 56. Me refiero al edificio de dos plantas ubicado en la localidad de Tolosa, calle 7 y 525, que funciona como sala de debate para el Fuero Penal Juvenil. Esos juzgados corresponden también a los dos viejos Juzgados de Menores con asiento en el barrio de Tolosa que poseen amplias dimensiones (de hecho aquí sobra el espacio). Últimamente se han edificado y refaccionado nuevas salas con el fin de mejorar la disposición de las audiencias de debate.



La sala de audiencias del Tribunal Penal Juvenil

³ “A los fines de su transformación en Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil y Juzgados de Garantías del Joven creados por esta Ley, se disuelven en los distintos departamentos judiciales todos los Tribunales de Menores actualmente existentes (...)”

Pese a las reformas, todos los juzgados penales juveniles intercalan la confluencia de espacios ayer-hoy en la que a veces coinciden personas y objetos. La continuidad espacial-temporal implica una carga simbólica fuerte desde lo espacial, pues todo el lugar está cargado de la historia de los “menores” tutelados por el viejo sistema de calle 8 y 56 o de 7 y 525 y cuyas trayectorias son reproducidas como “verdaderas leyendas” por los viejos operadores que aún abundan en el nuevo sistema garantista. De allí que el espacio social judicial también se preste al “fraude de las etiquetas propio del sistema de infancia”, quedando a medio camino como suerte de reservorio moral (para nada ingenuo), con marcas dejadas por las prácticas judiciales anteriores, siempre latentes en esos espacios (nominalmente nuevos) atravesados de historia (estructuralmente vieja).



Entrada por calle 56, con la identificación del viejo fuero

Por último, completan el sistema de espacios del Fuero Penal Juvenil el Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero Penal Juvenil que funciona en una casona sobre la plaza Rocha (calle 7 y 60), lugar en el que antiguamente funcionaba el viejo juzgado de menores de una conocida jueza de la ciudad⁴ y que más tarde fuera juzgado de

⁴ Me refiero a la Jueza de menores, la ya fallecida Dra. Irma Lima, conocida mediáticamente como juez del Patronato de la Infancia, y por sus intervenciones en la llamada “zona roja” de la ciudad de La Plata,

ejecución penal. El cuerpo de profesionales psicólogos, trabajadores sociales y médicos al servicio del Fuero compartía el mismo espacio del viejo Juzgado de Menores, ya sea en oficinas o dependencias adyacentes o en el mismo lugar que los operadores judiciales. La separación física es paralela a la ley como cuerpo independiente dependiente de la Asesoría Pericial, que aporta información calificada sobre aspectos que le son sometidos por las partes (defensa, fiscalía, juzgados) sobre los jóvenes sometidos a proceso penal (art 25 Ley 13.634).⁵ El espacio físico del edificio de calle 7 y 60 es amplio, con una mesa de entradas, dos ingresos (uno por garaje), de tres pisos, adaptado y con capacidad para recibir jóvenes y familias enteras para poder entrevistar. A diferencia de las defensorías y fiscalías, el espacio es sobrante y en los hechos termina siendo utilizado como oficinas administrativas donde las burocracias del saber se aletargan y la disposición no es acercarse a los territorios de la conflictividad-vulnerabilidad que tienen que relevar. La defensa corporativa del espacio físico implica así pedir comparendos a los juzgados para que el servicio penitenciario o traslado de minoridad lleve a los jóvenes al edificio y puedan hacer allí las entrevistas en un marco espacio-temporal absolutamente dominado por la pausa de los profesionales. Intercalo aquí una anotación donde se explica la relación que existe entre la economía y la comodidad espacial de los profesionales del Cuerpo Técnico Auxiliar (CTA):

El joven C. se encuentra detenido desde hace seis meses, y la defensoría le solicita al CTA lleve a cabo un informe ambiental

lugar donde fueron hallados y rescatados niños ejerciendo la prostitución. Activismo que le permitió acceder en los últimos tiempos (época de Ruckauf) a cargo de Consejera de Menor, y proponer incluso leyes anteriores a la 13634.

⁵ “Cada departamento judicial deberá contar con un Cuerpo Técnico Auxiliar único, que dependerá de la Asesoría General Departamental a fin de asistir profesional y exclusivamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público que intervengan en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil. Dicho cuerpo interdisciplinario estará integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales, y se conformará con los recursos humanos que actualmente integran los planteles técnicos de los Tribunales de Menores. La Suprema Corte de Justicia reasignará el personal técnico, funcionarios y empleados de estos equipos que no resulte necesario afectar al Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, a los nuevos Juzgados de Familia”.

con el fin posterior de evaluar en una audiencia la posibilidad de una morigeración de la prisión que viene sufriendo. El CTA ya poseía datos de la familia del joven C. pues uno de los trabajadores sociales había realizado ya un informe. A los pocos días la defensoría recibe un informe con caracterización negativa del entorno de C., y se comunica con la familia de C., quien le explica a la defensa que el relevamiento social fue realizado vía telefónica por quien dijo ser el Trabajador Social. Es decir, el Trabajador Social no estuvo en el domicilio de la familia de C. Pese a los esfuerzos de la defensa de explicar este vicio del informe, el juzgado siguió la pauta negativa relevada en el mismo y rechazó otorgarle la libertad de C.⁶ (Nota de campo, 2011)

Poseer un espacio judicial donde moverse con autonomía es la posibilidad de muchos de los miembros del Cuerpo Técnico Auxiliar de conservar un capital simbólico de (supuesta) neutralidad científica, pero también de distanciamiento corporativo, comodidad y sedentarismo. En este sentido, el cambio de legislación penal juvenil, si bien les ha quitado poder de influencia en la cercanía espacial de los jueces de menores, en la lejanía espacial les ha brindado otro tipo de disposiciones y poder. Esta reconfiguración de dispositivo-saber poder, tal como veremos, irá mostrando distintos matices según el tipo de información que tengan que relevar.

En conclusión, el Fuero (Penal Juvenil) dentro del Fuero (Penal) se presenta como un submundo “menor” conformado por varios espacios dentro y fuera del edificio central con nombre “mayor”. Son muchas las personas que trabajan a diario en el Fuero de “mayores” y ni siquiera se percatan (pese a que ocupa toda un ala del edificio) de la existencia del de “menores”, y así desconocen su funcionamiento y

⁶ La cuestión culminó en la Suprema Corte en un expediente sumario contra el perito, pero sin ningún tipo de reproche en tanto, para el máximo tribunal, más allá del vicio en el informe y la actitud del perito, la valoración del informe correspondía al juzgado para quien el informe era válido.

espacialidad internas, sus derivaciones y dependencias. Tal es así que hay funcionarios judiciales (jueces, fiscales y defensores) que cuando dirigen oficios hay que explicarles u orientarlos, pues no conocen el lugar y sus pautas. En definitiva, los que son ajenos al sub-mundo “menor” ven ese espacio “opaco”, con cierta subestimación. La subestimación puede alcanzar a que, a pesar de tener el mismo rango, los funcionarios de la justicia de adultos se crean más jerarquizados. Dos notas de campo sobre espacialidad y relación entre Fuero y Fuero:

En un dilema de competencia entre un juez de garantías del joven y un juez de garantías de adultos, este último le imponía la causa penal desde que se dudaba de la edad del detenido, y lo hacía con la palabra “VS. deberá intervenir”; a lo que el otro juez (penal juvenil) recién llegado y con absoluto temor, no se opuso y aceptó la competencia. La defensa interpuso apelación demostrando que a quien se había detenido por error a una persona con 17 años de edad, y no al hermano de ésta, quien sí era mayor y era a quien la justicia buscaba. La Cámara terminó dándole la razón a la defensa, liberando al joven y devolviendo la causa a la justicia de mayores para que detenga al mayor. Si el juez de garantías del joven se hubiera mostrado con la misma capacidad y jerarquía, es decir, no hubiera demostrado ese temor reverencial hacia su colega del fuero de mayores, toda la pérdida de tiempo no hubiera ocurrido, y el joven no hubiera estado preso todo el tiempo que estuvo. (Nota de campo, 2012)

La frase de pasillo que escuché a unos abogados es “el tema de menores no lo entiendo, anda a las defensorías a que te lo expliquen”. Es por ese tipo de prenociones que circulan que no hay demasiados abogados que se dediquen prácticamente al tema y lo dejen a la defensa oficial. Caso contrario ocurre con temas de infancia civiles, donde si hay muchísimos abogados.

Me pregunto ¿si esto tiene que ver con el recorte de trabajo o con los prejuicios de sus actores? En mi caso, hasta 2007, cuando dejé de trabajar en una defensoría oficial de adultos, nunca recorría los pasillos de “menores”, a los que sentía como algo “opaco”, hasta que un día me llamó la atención y decidí concursar para acceder un cargo como defensor penal juvenil. (Nota de campo, 2012)

La justicia penal de adultos funciona en el mismo espacio que la justicia penal de niños y jóvenes, cada una tiene sus pautas y prácticas, pero en general el aspecto procesal es el mismo. Como veremos, más allá de matices y opacidades, los valores, perfiles y moralidades de las prácticas se articularán sobre el espacio físico, arquitectónico-judicial con bastante similitud.

Las Defensorías Públicas y la conquista de las “trincheras”

La Defensoría Penal Juvenil ocupa el fondo del pasillo por el que se atraviesa (a ambos lados) las puertas del Juzgado de Garantías del Joven n° 1 en el Piso 11 de la calle 8 y 56. Es decir, desde la escalera que da al lateral y estacionamiento de la calle 56, la Defensoría es una última puerta al final del pasillo y que, salvo por un papel pegado que dice “Defensorías Penales Juveniles” (con su respectiva numeración), parece una puerta más (una dependencia) del Juzgado de Garantías que está adelante. De hecho, esta suerte de convivencia aparente (defensoría como puerta de ingreso al mismo juzgado), genera todo tipo de confusiones entre los visitantes cotidianos (en especial los jóvenes y sus familias), quienes confunden la defensoría con el juzgado y viceversa (y este sentido espacial cruzado-opaco tampoco ha sido pensado ingenuamente por las verticalidades, y como veremos resulta funcional a las prácticas). De allí que muchas veces esto sea un elemento más, que alimenta la confusión—tan común—que tienen los jóvenes de creer haber ido a ver al juez, cuando en realidad fueron a ver al defensor, y viceversa. Intercalo aquí otra nota de campo que

refleja y explica los niveles de confusión espacial y prácticas judiciales dentro del Fuero Penal Juvenil de La Plata:

Un joven que debía presentarse a firmar un acta todas las semanas ante el juzgado por habersele otorgado una excarcelación, cuando en realidad visitaba a su defensor en su despacho, con quien conversaba de distintos temas y sobre su vida. Hasta que un día el defensor tomó consciencia de la razón de la visita cuando el juzgado decidió revocar el beneficio otorgado. Es decir, el joven no merodeaba o visitaba informalmente al defensor (tal como éste creía); sino creía que iba al juzgado a cumplir con la obligación asignada, dado que creía que ingresaba al juzgado, cuando utilizaba la puerta defensoría, que es una de las del juzgado (Nota de campo, 2009).⁷

Las Defensorías Penales Juveniles en La Plata son cuatro, todas están ubicadas en un espacio común compartimentado en ocho oficinas y un pasillo distribuidor. Se ingresa, como dijimos, por la puerta del fondo del Juzgado de garantías juvenil donde hay un recibidor de la Mesa de Entradas común a todas las defensorías, atendida por cuatro empleados dedicados a recibir causas, registrar y distribuirlas, mandar oficios y correspondencias, enviar fax, extraer fotocopias, así como atender a la gran cantidad de gente que se agolpa todos los días por diferentes motivos (urgentes o no). Hacia el fondo están el resto de los despachos, cada Defensoría (salvo una en la que el titular comparte el mismo espacio con dos secretarios letrados), poseen dos oficinas, una por lo general para el titular y otra para los dos secretarios letrados. Los espacios son escasos para cumplir con el rol de la defensa, pues las entrevistas deben mantenerse en reserva para asesorar y aconsejar a los niños y adolescentes que

⁷ Finalmente el defensor intentó explicar al juzgado la confusión en una audiencia, y el joven pudo lograr no le sea revocado el beneficio de libertad, aunque—ahora sí—debió presentarse en la semana, por la puerta correcta.

cotidianamente atraviesan el lugar, y al compartir esos espacios con otros letrados, se pierde la intimidad y confianza de los jóvenes (fundamental para llevar a cabo una buena performance defensiva), a la vez que también se ven interrumpidos por parte de empleados que entran y sacan expedientes de oficina, o porque suena el teléfono y el otro letrado atiende al lado de quien está siendo asesorado.



Puerta al final del pasillo que conduce a las defensorías penales juveniles, a los costados el juzgado de garantías juvenil.

Las Defensorías penales juveniles están asentadas en el mismo lugar físico que las viejas Asesorías de Menores (de hecho hay incautos ni siquiera se han dado cuenta de este cambio). Esto genera el mismo problema que mencionamos para los viejos Juzgados de Menores reconvertidos, pues el mismo espacio de viejas figuras tiene un efecto simbólico sobre la espacialidad del presente. La diferencia estriba en que el personal de las Asesorías de menores y los Asesores titulares (ahora Asesores de Incapaces, art 108 de la ley 13634), se han mudado a otro edificio cercano al Fuero Civil (calle 47, 12 y 13); por lo que las Defensorías solo cuentan con los mismos pisos, techos y paredes que sus antecesores, pero su personal asignado es por completo nuevo. El efecto simbólico tiene que ver con la ubicación de los viejos operadores del sistema aún en funcionamiento, pero reconvertidos con nuevas etiquetas.

A diferencia de los juzgados y Cámara Penal que poseen los lugares centrales del edificio, casi siempre recargados con elementos de ostentación barroca, muy ornamentados, es decir, provistos con grandes y mullidos sillones, lámparas colgantes, sillas con respaldar para juez, mesas de roble con pié Tudor, grandes bibliotecas cargadas de tomos cuidadosamente encuadernados y cosidos, ceniceros de ocasión, techo con estuco, adornos, etc. Todos dispuestos para dar sensación de grandeza, espacialidad, altura, distancia reverencial a los jueces. Dar la sensación o la imagen de que el derecho, como un fenómeno separado de las prácticas sociales (Latour, 2004).

La residualidad del espacio para la defensa pública (que es claro no es solo penal juvenil) implica aplanar y vaciar el espacio de artificios, haciéndola cuasi-invisible o confusa, como una puerta accesoria o lateral de un juzgado, como una puerta lateral de una fiscalía; de manera de no identificarla sino como estructura de organización refleja (pero minimizada) de las otras estructuras. En mi experiencia anterior como operador letrado de Defensorías de adultos conviví con las mismas problemáticas de residualidad y escasez espacial, aunque con los matices propios de un sistema procesal diferente, con idéntica ausencia de espacio en cubículos confeccionados en las terrazas (4º piso) del edificio de calle 8⁸. En esos espacios con Boxes de 3x3, divididos por paneles de durlock, son llevadas las personas adultas detenidas para recibir asistencia letrada por parte de los defensores, quienes también conviven con mesas de entradas y un pasillo intercalado donde circula libremente el público.

Como dijimos la residualidad del espacio para la defensa pública implica la existencia de espacios menos recargados de artificios de distancia, más allá del clásico escritorio enfrente a sillas, posición espacial necesaria “y enfrentada” para generar la “entrevista” (¿horizontal?) entre defensor y asistido. La escasez de espacio hace que la presencia del escritorio, silla, libros y repisa o biblioteca, además

⁸ Lugares donde el sol calienta las terrazas en el verano, y el aire se pone espeso.

de los expedientes en vista recarguen el lugar, pero no de artificios de distanciamiento, sino de elementos de trabajo que ponen en evidencia la urgencia y el supuesto orden-desorden de un fragor cotidiano de "trinchera". Los desórdenes aparentes de "trinchera", no son más que una táctica para la batalla:

"He notado la metáfora de defensoría pública como "trinchera" es muy común y usual en la jerga judicial, ya sea dentro y fuera del campo. Una trinchera es una zanja excavada en la tierra donde se meten los soldados de un ejército para protegerse de los disparos del enemigo y poder disparar al mismo tiempo desde ella. He hablado con un fiscal amigo (ahora jubilado) que es a la vez un ex combatiente de Malvinas y vivió en una trinchera, le pregunto por la metáfora, me contesta: "Lo primero que se me ocurre cuando alguien dice 'estoy en la trinchera' o 'trabajo en una trinchera', es que trata de ponerse en un lugar de víctima, pienso en la trinchera como un lugar para defenderse del ataque del enemigo (...) Pero en realidad la trinchera tiene dos funciones. Una defensiva, (estás bajo tierra y tratas de que así no te peguen los tiros) y otra ofensiva (tiro desde un lugar donde no me ven). Las defensorías (como su nombre lo indica) sólo defienden, aunque bien podrían ser armas de ataque (vos bien lo sabes...). Me preguntas acerca del orden y el desorden y sobre la 'batalla judicial'. En la trinchera el desorden puede ser doméstico, (dejé el borceguí tirado) pero no me toques el arma ni te pongas en mi lugar de tiro, porque te mato. Hay un orden preparado para el ataque, que a la vez te da la seguridad de que te estás defendiendo bien. A la batalla podés ir en patas, pero no te pongas adelante mío porque podés perder. Repasando, cuando empecé no estaba muy seguro de que fuera una buena comparación, pero después de 'escribir en voz alta' y recordar un poco de mi paso judicial, algo de guerra hay (...)" (Nota de campo, 2013).

La respuesta es muy interesante porque relaciona el arte de la guerra en las trincheras con la posición de defensa y ataque, para luego explicar la idea de (posible) pasaje a la “ofensiva” de las Defensorías oficiales. Nadie mejor que un ex Fiscal, que ya no tiene que quedar bien con el campo judicial, porque por allí “ya pasó”, puede reconocer la “guerra judicial”. En la doble metáfora trinchera cabe el guerrero y el defensor activo y—por qué no—el atrincherado (el típico burócrata que—atrincherado—cumple lo mínimo de su trabajo). Pero también en la trinchera cabe la idea de un desorden aparente, pues dentro de ella lo que—a ojos vista—puede parecer desorganización, no es más que una táctica. La clave ofensiva de un defensor, es una lógica espacial personalísima, pero no menos precisa de ubicación y distancia entre los objetos cotidianos, el cuerpo de los otros, y los movimientos con potencialidad de alterarla-debilitarla.

Los defensores tienen la obligación legal de asistir en forma diaria a sus públicos despachos. Lo hacen con garra o como simples burócratas. Así como he notado que más allá de esa obligación de asistencia, el espacio-despacho es para algunos miembros de la defensa—como lo sugiere el fiscal jubilado al que hicimos referencia más arriba—un elemento utilizable o pensable como herramienta instrumentalizada de trinchera. Es decir, un espacio para el ejercicio de trinchera ofensivo-dinámico-ofensivo-burocrático (ya veremos esta cuestión en detalle). Aunque para algunos es un capital de pertenencia, un privilegio de comodidad cotidiana, un lugar pasivo para “estar atrincherado” (o tener “pie de trinchera”) y ser la envidia de los abogados privados que no tienen el mismo lugar y deben estar detrás del mostrador y salir a sus respectivos estudios a armar los escritos. Como me dijo un abogado de pasillo:

“(...) vos tenés asegurado tu despacho, nosotros tenemos que montar un estudio jurídico que nos sale caro en términos de honorarios ganados (...)” (Nota de campo, 2008).

Para esos defensores que relacionan su pertenencia al campo judicial a la asignación de un “despacho”, no importan tanto las comodidades (aunque saben que con el tiempo pueden ganarlas y ostentar además otros capitales). Atravesados por el afán de una carrera judicial, hay defensores que piensan y utilizan el espacio de la defensa como un tránsito, una excusa o trampolín de burócrata para llegar a ocupar mejores lugares, y también despachos. La defensa para estos es una excusa. Pues para otros defensores, si bien ante el mismo afán de pasar a nuevas posiciones en el campo judicial, la conquista de un espacio adecuado o “despacho”, es más una disputa por obtener una tecnología para el juego de distancia o capital de “distinción”; o—en la defensa penal juvenil—una suerte de dispositivo elitista y paternal o de reproducción de valores tradicionales. Intercalo aquí otra nota de campo sobre los ornamentos espaciales de la defensa pública, en un caso donde la presencia de una bandera argentina y su mástil ha sido un signo declamado como de “importante valor” dentro del despacho de un defensor penal juvenil. Copio el contenido de la nota que fuera elevada, solicitando el ornamento para ser provisto por la superioridad:

“(...) Tengo el agrado de dirigirme a usted en mi carácter de defensor (...) a fin de solicitarle provea una bandera nacional para el despacho que ocupo en la Defensoría, en la convicción de que la exhibición de la insignia patria en los despachos oficiales integra el proceso de construcción de valores de identificación nacional, máxime en la franja etaria de los jóvenes destinatarios de la labor profesional en este fuero. Sin perjuicio de la modificación que estime adecuada en orden al costo, requiero una enseña de pie, con su respectivo mástil y base de apoyo. Aprovecho para saludarlo atte. (...)” (Nota de campo, 2010).

En relación a este uso espacial ornamentado dentro de las Defensorías, he notado que algunos defensores (los menos) tienen algunos despachos amplios y ornamentados en equivalencia al ornamento de jueces. Me refiero, por supuesto, no solo al Defensor general, sino a algunos otros:

La Defensoría General se ubica a mitad del 3° Piso, en pasillo intermedio que da a calle 8, junto al Buffet. Se trata de un amplio espacio dividido por dos paneles que logran el despacho del Defensor general, un box mínimo para su secretario y un recibidor. Donde hay una empleada. Luego están las dependencias de la Defensoría general, en otra “ala” por el pasillo de 8 a calle 56, con fotocopidora una mesa de entradas y dos despachos más para instructores, contador y depósito. El despacho del Defensor general es amplio, aproximadamente de 4 x 7 metros, tiene el escritorio en una punta, sillones y sillas enfrentados, y una mesa larga para reuniones en la otra punta (Nota de campo, 2010).

He advertido que el mecanismo de antigüedad en los cargos tiende a los Defensores la búsqueda de privilegios espaciales y comodidades, dejando de lado aspectos más activistas donde la idea de “trincheras” que mencionamos está más presente. Este “aburguesamiento” de los Defensores más cercanos a jubilarse es correlativo a las conquistas de esos espacios (pero también como veremos a prenociones de baja performance defensiva por asimilación al rol de los jueces). En la trayectoria de los defensores públicos, hay espacios físicos y simbólicos, que se heredan o ganan. Así están los defensores que heredan libros, objetos, y espacios (despachos) de otros defensores ya jubilados (por ejemplo, alguna defensoría ubicada en el piso 3, o en el Piso 2, cercana a los Tribunales Criminales, con salones de mayor amplitud y comodidad). Al cubrir cargos vacantes en esas defensorías, hace también que un defensor

recién asignado tenga la suerte de “caer” en esos espacios o despachos amplios y ornamentados; o bien pareciera que los defensores novatos tienen que “ganarse el despacho” en el roce cotidiano, por lo que aun cuando estén en una defensoría amplia y ornamentada, no siempre les es asignado un buen lugar en la misma. Transcribo otra nota:

En la defensoría oficial H, de adultos, en la que existían dos cargos de Defensor Oficial titulares, pero uno de ellos vacantes; el defensor utilizaba el espacio más amplio y ornamentado a la manera de un despacho de un juez, y el resto de la defensoría usaba cubículos divididos por durlock de 2x2. Al cubrirse la vacante con el otro titular, al mismo le fue asignado un cubículo. Nunca se quejó ni dijo nada, alguna vez le insinué el tema del espacio en relación a su colega, pero enseguida me cortó en seco y con la frase “he llegado último” (Nota de campo, 2008).

Por último, el llamado “despacho” (la palabra “despacho” se asemeja a la de dictar una resolución corta o breve, el verbo despachar es también sacarse los expedientes de encima) se trata de una herramienta accesoria de defensa, por lo que, si no es cuidada como ámbito propicio para generar confianza, se pierde eficacia estratégica. Intercalo aquí otras notas que reflejan los problemas espaciales de la Defensa Penal juvenil:

A partir de la creación de una nueva Defensoría Penal Juvenil en 2011, se realizaron una serie de pedidos a la Defensoría General y a la Procuración General (ley 12061) para modificar la concentración espacial, y que las defensorías especializadas puedan mudarse a otro edificio cercano a 8 y 57. Ello en razón de la excesiva cercanía con el juzgado y por la escasez espacial que terminan siendo disfuncional y perjudica de lleno el derecho de defensa de las personas asistidas. Tal fue el contenido de la nota elevada y hasta ahora nunca contestada desde el punto de

vista formal, sí fue contestada informalmente por el Defensor General, quien dijo que él ya había pasado por esos cubículos cuando era más joven y que nunca se había quejado, ni ningún defensor tampoco nunca lo había hecho hasta ahora; por lo que no había razón para quejarse (Nota de campo, 2013).

La restringida dimensión espacial de los defensores incluye la inexistencia de espacios de estacionamiento propio como sí tienen jueces y fiscales o el Defensor General departamental. De hecho, los defensores, si llegan en auto se pagan su propio estacionamiento en cocheras privadas cercanas o estacionamiento medido en la zona céntrica. Esto no tiene en cuenta los desplazamientos por correspondencia de expedientes, por diligencias judiciales o audiencias a realizarse en otros espacios que siempre tiene activa a la defensa pública de lugar a lugar, por lo que debe costearse de propio bolsillo los traslados en taxis, hacer largas caminatas, o bien perder tiempo y dinero en cocheras. Las defensorías cuentan con un solo vehículo oficial para casos excepcionales, asignado generalmente a temas carcelarios urgentes o al traslado del defensor general. En lo que hace a las defensorías penales juveniles, los constantes traslados a los juzgados de Tolosa generan desgaste, pérdidas de tiempo y gasto de bolsillo. Claro que aquello que compensa el rol de la defensa es la equivalencia salarial y de nivel con la magistratura, de allí que sean pocos los que se preocupen y causen malestar por este tema.

La disputa por acceder o conquistar un espacio en el campo de las defensorías públicas de calle 8, es una disputa con *habitus*, el sentido que cada defensor le coloca es distinto en cada trayectoria, pero obedece a una trama estructural ornamentada para señalar distancias, privilegios, comodidades o litigios.



El despacho-trinchera de un defensor penal juvenil

Alcaldías judiciales—“Dios los perdonará”

En lo que hace a las Alcaldías solo diré que se trata de celdas gestionadas por el Servicio Penitenciario Provincial, ubicadas en los subsuelos (ya dijimos la Alcaldía de Adultos subsuelo de calle 57, la Alcaldía para “Menores” subsuelo del lado de 56). La de adultos posee varias celdas para encerrar a dos o tres personas y algunas individuales como buzones de aislamiento. Los ingresos a la misma se hacen por el playón central que divide por detrás al edificio de 7 y 8, y que permite a los vehículos del servicio penitenciario y de la policía bonaerense ingresar por las puertas laterales en las que están los estacionamientos. A la Alcaldía para “Menores” se accede por una puerta del mismo playón externo que da a la calle 56 y cuenta con dos celdas para cinco o seis adolescentes, atravesadas por un pequeño pasillo divisorio y una cocinita en la que se encuentra la guardia asignada y perteneciente al personal penitenciario. Intercalo aquí una nueva nota de campo de una observación realizada para 2009:

Antiguamente, en los espacios adyacentes a esa Alcaldía donde hoy hay dos salas de audiencias, conectadas por un pasillo que sale a la puerta lateral de calle 56, había una sala de juegos de plástico, y juguetes para niños, con un baño contiguo (que

actualmente está) pero en el que había un inodoro muy pequeño, y no era de juguete, sino real. La sala estaba acondicionada de ese modo para que los psicólogos y psiquiatras del viejo tribunal de menores, tuvieran un marco más apacible o lúdico de atención de niños tutelado de todas las edades. En la puerta de entrada al pasillo, antes de ingresar a la Alcaldía y a sala de juegos con el siniestro inodoro, a fines de 2008 había una leyenda bíblica en latín y que traducida rezaba “*Dios los perdonará*” en referencia a San Miguel Arcángel en su lucha contra el demonio. Uno de los jueces actuales me contó que esa leyenda databa de hace veinte años aproximadamente, y que él que por entonces era Secretario de un juzgado (me lo decía con ironía o mofándose de sus jefes) había sugerido a su juez titular (entonces una conocida juez de la ciudad) sacar la consigna y colocar otra que dijera “*Arbeit Mach frei*” (“el trabajo libera”, en Alemán), leyenda que los Nazis habían colocado sobre la puerta de Auschwitz. Ya para fines de 2009, cuando se sacó la sala de juegos y se transformó en salas de audiencias para jóvenes penalizados entre 16 y 18 años, la leyenda fue borrada.

La Cámara penal—la “familia penal”

Como dijimos, las Salas de la Cámara de Apelaciones y Garantías de La Plata (los pisos 1º, 2º y 3º del lado lateral que da a calle 57), contienen cuatro Salas (dos por piso, enfrentadas, salvo el 1º en el que únicamente está la Sala Presidencia). La puerta de entrada al pasillo divisorio, suele estar custodiada por personal policial de civil apostado en la cocina delantera, quien es a la vez el encargado de preparar y servir el café y tostadas a jueces y empleados (el olor a tostadas en la mañana es clásico de la Cámara). En el segundo piso, están la Sala II y III, en el pasillo divisorio hay sillones y en las paredes están los retratos en sepia de los Camaristas que pasaron por La Plata entre 1930 y 1976. Típico del concepto de “familia judicial”, he podido observar que los apellidos de esos jueces retratados se repiten

en las nuevas generaciones de jueces, defensores y fiscales actuales, durante la democracia, al punto que se podría hacer una suerte de genealogía local nepotista. De las cuatro salas, es decir de los 12 jueces, hay al menos 7 que son hijos de anteriores jueces de segunda instancia y cuyos apellidos se repiten en la actualidad. También sus nietos—o mejor dicho—los hijos de los hijos, o hijos de hermanos de aquellos están cumpliendo la carrera de ascensos y sus apellidos son oficiales mayores, jefes de despacho, prosecretarios, secretarios, etc. En total he contado 32 personas que se repiten y que poseen el apellido de aquellos 12 jueces, en distintos cargos, a lo largo y ancho de la estructura judicial local. Es evidente que hay una logia de sangre que permite incorporar/reproducir una genética simbólica en la recepción y ascenso como composición de campo, y que—a la vez—puede reproducirse en otras estructuras similares, de otros puntos judiciales de otras regiones provinciales. De este modo, parece encontrarse socialmente legitimado que “la justicia” se maneje con la pertenencia de los viejos clanes de sangre, es decir, con la cosa propia de un pacto de “nosotros” (*cosa nostra*) propia de las estructuras de idiosincrasia mafiosa. Para reconstruir las familias judiciales argentinas, habría que seguir su árbol genealógico (por departamento judicial como feudo) reconstruyendo la pirámide tribunalesca cual ramificación familiar (Rodríguez Alzueta, 2001)⁹.

Leyendo a Marcel Mauss, en su *Manual de etnografía* (2006), analiza las pautas etnográficas de los fenómenos jurídicos. En la página 216 se encuentra “La gran familia”, y dice: “La gran familia o familia indivisa es una concentración de clan, o del gran clan. No se ha partido de la pareja original, se ha partido de masas más o menos grandes que se concentraron poco a poco; la evolución se realizó por determinación de círculos concéntricos de parentesco siempre cada vez más estrechos (...) la gran familia consiste en un grupo de consanguíneos que llevan el mismo nombre y viven juntos en un

⁹ Recién en 2013, con la sanción de la ley 26.861 de ingreso democrático al Poder Judicial, estas cuestiones comienzan a analizarse, aunque sigue siendo un tema pendiente.

territorio determinado, un nombre común (...) volvemos a encontrar la presencia del ancestro en el interior de la familia y en el interior de cada generación con igualdad, todos son hermanos que pertenecen a la misma generación en relación al ancestro, todo el mundo es hijo del ancestro en algún grado, por eso la herencia en estas familias es por generación (...). La idea de “familia” tal como la piensa Mauss, puede ser tranquilamente pensada para la “familia judicial”. Esta categoría no tiene un único significado, la acepción va cambiando de acuerdo al contexto de enunciación y al actor que la utilice (cf. Sarraibayrouse Oliveira, 2004: 211). En algunos casos está usada para explicar la forma de designación de empleados (es decir, la forma de acceso y pertenencia por parentesco); y otras veces utilizada como protectora de un interés endogámico con carácter vitalicio y reproductor de honores y privilegios, con favoritismo a su exterior de sectores tradicionales, corporativos y poderosos (es decir, la forma de mantenimiento y aseguración de un capital heredado). La “familia judicial penal” es un tipo familiar dentro de la estructura general de lazos corporativos que se reproducen en la espacialidad de la justicia provincial y federal. Puede tener sus guiños, prácticas y rutinas que la diferencian de otras como la “familia judicial civil o la contenciosa”, aunque son primos hermanos y la espacialidad en términos edilicios puede variar. La “familia judicial penal juvenil” es parte de la penal general y se reproduce con matices de aquella. La paternalidad mayor de “la gran familia judicial de la Provincia de Buenos Aires”, es su cabeza, la Suprema Corte de Justicia, con sede en el segundo piso de la calle 13 entre 47 y 48. Un recorrido etnográfico en ese edificio excede este trabajo, pero me basta haber subido por la escalera central al segundo piso, y encontrar un cuadro gigante con todos los nombres de los jueces de la Corte desde su creación hasta ahora. Una genealogía de esos nombres pondría al descubierto una trama que explicaría gran parte de los privilegios corporativos de ciertas familias locales. (Nota de campo, 2013)



Fotos de antiguos camaristas, en el piso 2º, de calle 57 y 8

La Sala Presidencia de la Cámara, como dijimos se encuentra en el piso 1º, es rápidamente reconocible por una larga alfombra roja que comienza en la cocina delantera y atraviesa el pasillo hasta la Mesa general de entradas y luego desemboca en una puerta a dos aguas que indica el despacho del Presidente de la Cámara (la máxima autoridad en el edificio):

Pocas veces me he cruzado con el Presidente de la Cámara, esas pocas he notado que se trata de un hombre afable y extremadamente cortés. Cada vez que lo veo subir las escaleras laterales o bien en la calle, lo veo con el chofer a su lado y con un maletín de cuerpo bastante estropeado y cortado, como de los años 60. Es una persona robusta de unos 80 años aproximadamente. Su pelo es blanco intenso, peinado hacia atrás, con trajes a medida bien elegante. Sus votos suelen completar vacantes y subrogancias, ya sea en la misma Cámara o en la Suprema Corte. Bastante tradicionalista en sus puntos de vista, muchos en comentarios de pasillo le asignan trayectoria vinculada a un pasado de militancia política que le hizo perder el cargo de juez penal a partir de 1976. Por eso volvió a asumir con la democracia. El comentario de pasillo siempre va acompañado de una anécdota (no sabemos si envidiosa, o de

mera curiosidad) de que por haber sido sacado por la dictadura como juez, percibe una “pensión” desde hace años, como sueldo adicional. Lo cierto es que nunca he notado en las resoluciones judiciales ese pasado “militante” que se le atribuye. Por el contrario, como máxima autoridad del edificio, es responsable de reproducir el sistema de poder que analizamos en esta tesis (Nota de campo, 2013).

El espacio asignado a las Salas es amplio y al ser la máxima autoridad del edificio (el padre del clan penal local), se arroga el mayor poder de ostentación dentro de la espacialidad. Cada una de las Salas posee su respectiva mesa de entradas, dos o tres oficinas para relatores y secretarios, y cinco o seis empleados. Luego está el “despacho” de los Camaristas, el más grande, con mesa larga de roble, sillones con respaldar tipo trono, con formas barrocas e inscripciones en latín, muebles con vidriados-biblioteca con tomos de sentencias encuadernadas:

Nota sobre libros y bibliotecas: La exhibición de un capital intelectual (ostentar monopolio de saber) hacia los profanos es un tópico interesante de observar. Hay dos tipos de estanterías-bibliotecas: a) las que exhiben libros de uso y se consultan permanentemente: las poseen los jueces o camaristas sobre las mesas, están marcadas, también están en sus bibliotecas a mano como consulta permanente, no exhibidas ni tenidas con efecto de obnubilar con su presencia a terceros. a) Las bibliotecas de exhibición-ostentación de monopolio de saber: En las paredes de los despachos, o dentro de las Salas, o en algún despacho interno adyacente. Estas pocas veces se usan o consultan, y están de mero adorno. Se exhiben a la mirada profana los lomos de los tomos antiguos con la serie de revistas La Ley, encuadernados, libros antiguos de derecho penal en tratados, y las sentencias rigurosamente encuadernadas conforme pautas

estrictas que históricamente la Suprema Corte ha establecido para las jurisdicciones. Las bibliotecas para colocar los libros. b) suelen ser de roble antiguo a medida, para libros jurídicos. El ornamento asociado a la exhibición de un capital intelectual es importante para engañar la consciencia de los profanos que son juzgado por el sistema, o bien los ajenos, o los propios empleados que no tienen formación jurídica (Nota de campo, 2010).

El régimen de trabajo en la Cámara de Apelación, suele ser estricto y bastante militarizado. La relación de los empleados con los Camaristas es prácticamente reverencial. Los letrados suelen armar los modelos de resolución, o buscar los clichés que más se adecuen al tipo de respuesta ya dado en otra oportunidad ante una apelación, los que serán sometidos al pleno del despacho ante los Camaristas quienes deliberan entre sí la gestión de esos modelos-cliché bastan para rechazar o aceptar la apelación, o si es necesario rellenar o redactar un modelo-cliché nuevo. La creación de alguna pauta jurídica nueva no es muy común, los Camaristas lejos están de ser juristas, al menos en la Plata (para 2012) salvo alguna honrosa excepción, las trayectorias observadas los hace más cercanos de los fiscales (la mayoría son ex fiscales premiados-ascendidos por la política). Cuando se produce la deliberación en la Sala, los letrados suelen estar afuera del despacho, y solo ingresan solicitando permiso y ante el llamado de los jueces. La relación entre los Camaristas debe ser buena, o aparentar cordialidad; pues están casi todo el tiempo alrededor de la mesa de deliberación.

Acceso y circulación en el espacio judicial penal

La circulación por los espacios judiciales varía según la sección del estamento del campo por el cual se circule. Cada lugar tiene sus rituales pautados, cada espacio tiene sus guiños y disputas. A cada persona que se le ha asignado un cargo, se espera que se mueva de

determinada manera o que tenga determinados intereses introyectados por su trayectoria, es decir, la adquisición de un *habitus* de campo dentro del sub-campo al cual pertenece. Un defensor oficial no se mueve igual que un juez, un fiscal no se mueve igual que un empleado de la Cámara, y así. Pero todos tienen algo en común como funcionarios judiciales que ingresan y salen del mismo edificio por el hecho de ser “judiciales”. Por eso la circulación de las personas “pertenecientes” al espacio judicial es bastante tasada e implica un “capital distintivo” a los ajenos; esto me recuerda a las ceremonias que Norbert Elías describe en la Corte de Luis XIV, como parte de una economía espacial organizada por la élite para identificarse o diferenciarse, en relación a sus súbditos.

Es muy importante conocer la trama de oposiciones rituales entre “pertenecientes” y “no pertenecientes” al espacio judicial penal. Profanos y legos generan línea divisoria, sin embargo, los que “no pertenecen” tienen asignados una espacialidad específica. Así el personal policial de custodia o guardia, el público, los periodistas, la familia, los presos, cada uno de estos actores tiene su lugar y trayectoria. Hay algunos que tienen permiso para conocer “las bambalinas” o el “detrás de la escena” o el “detrás del mostrador” (los policías, por ejemplo, están autorizados a entrar porque custodian, o los choferes de los Camaristas, o las personas contratadas como servicio de limpieza). Es decir, hay espacialidades lábiles que ocupa un ejército de trabajadores estables (considerados anónimos) que tienen “acceso” a la interioridad de la escena, y sin ser parte de ella, sostienen el día a día de la justicia. Fuera de estos casos “autorizados”, la espacialidad judicial interna, está dada por interioridad del despacho de un juez, fiscal o defensor. Quien franquea bruscamente esas espacialidades asignadas tendrá sanciones morales que imponen las costumbres del templo. Los que no pertenecen y circulan asisten a su espacialidad. La circulación de las personas presas dentro de los edificios que etnografiamos se repite en el día a día: ingreso con el camión penitenciario o patrullero, ingreso

en una celda de Alcaldía, traslado en alguna hora al despacho de un funcionario o a una sala de audiencias, vuelta a la Alcaldía, salida en el camión penitenciario o patrullero. O si tiene suerte, y ha llegado su día, esta circularidad se rompe cuando desde el poder judicial se otorga una libertad. Esta espacialidad precisa la conocen los presos, los guardias que los custodian y llevan esposados por ascensores y pasillos (y que también cumplen su rutina entrando y saliendo del edificio con su uniforme a pie o en el mismo camión que los presos), para luego aguardar fuera de los despachos mientras sus custodiados son atendidos por funcionarios judiciales.

Como vemos, a partir de los sentidos de movilidad y acceso al espacio físico judicial, como lugar complejo, en los que se da un teatro de la circulación dinámica entre funcionarios judiciales, empleados, personas presas, personal de las fuerzas de seguridad, peritos, periodistas, familiares de presos, y hasta curiosos. Produciéndose una suerte de interacción dinámica entre grupos dispersos u ocasionales (personas imputadas, familiares o curiosos), con aquellas del aparato judicial (funcionarios, empleados, fuerzas de seguridad) que siguen rutinas pautadas de la burocracia legal. Este contraste también genera sus hermetismos e intersticios donde los flujos de personas tienen o no acceso a los lugares donde se encuentran los funcionarios judiciales. Así, los jueces suelen estar ocupados en sus despachos, con menor contacto con sus empleados y el afuera; en cambio los fiscales, defensores y empleados suelen tener mayor roce.

He observado que existen aquellos jueces que solo reciben previa entrevista pautada de antemano, o bien aquellos "otros" no pertenecientes al espacio judicial que tienen "el don" de tener del acceso a cualquier puerta. Esas actitudes las he observado con muy conocidos o famosos abogados de la matrícula, o en ex funcionarios judiciales que "se pasaron del otro lado del mostrador" que ni siquiera avisan, o golpean la puerta, ingresando repentinamente; y, aun así, son bien

recibidos sin ningún tipo de sanción moral. Este fenómeno lo he visto también con algunos periodistas conocidos, quienes andan a la caza de fuentes judiciales y “chimentos” de pasillo (Nota de campo, 2009).

Las Defensorías públicas de pobres y ausentes suelen ser espacios de circulación abierta, son escasos los defensores que se encierran en sus despachos como los jueces. Ocurre que el rol del defensor es el de estar en permanente ida y vuelta con personas que hacen cola para ser atendidos, o bien tienen que resolver problemas del día a día, o salir a audiencias o diligencias. Claro que, a mayor jerarquía en la magistratura, la apertura hacia el público y lo real se pierde, y el contacto con un Camarista, el Defensor o Fiscal General es más restringido, o solo se accede por medios formales o cuando tienen lugar la audiencia de rigor¹⁰. Los ejercicios de distanciamiento llevados a cabo por funcionarios a partir del diseño del espacio son parte del circuito cotidiano. Por ejemplo, observamos durante años a los funcionarios y empleados ejercer de forma ceremonial al entrar y salir del edificio de calle 8. De hecho, en algún momento decidí copiar la rutina durante un tiempo de modo consciente para saber qué se siente, cómo te miran, cómo se mira. La ceremonia consiste en salir y entrar por determinadas puertas y no por otras, como modo de distinguirse y no como comodidad:

He visto a empleados ingresar por los laterales, siendo que trabajaban cerca de la puerta central, y aun así ingresaban haciendo más esfuerzo. Uno puede pensar que lo hacen porque están acostumbrados, pero las razones obedecen a otra lógica. En el edificio de calle 8, pareciera haberse establecido una rutina

¹⁰ Muchas de estas cuestiones de análisis las he tomado de Barrera (2012: 66-68), en su etnografía sobre la Corte, que hemos citado en el cap. II. La diferencia con un espacio cortesano, es que los fueros provinciales se manejan a otro tipo de nivel y sofisticación. Aun cuando un Camarista pretenda mantener distancia, el tipo de distanciamiento es minúsculo y abismal en relación a la cantidad de artificios de distanciamiento que se ejerce desde un lugar como la Corte de Justicia de la Nación.

implícita de acceso-salida de parte de los funcionarios judiciales, que a la vez la copian los empleados de ingresar por las puertas laterales (calle 56 o 57); a diferencia del público que ingresa y sale solo por la escalinata principal de calle 8. Los defensores no tienen espacio para un auto, solo ingresan caminando. Los jueces dejan sus autos en los playones laterales e ingresan por el lateral a las escaleras (por calle 56); salvo por los Camaristas que, al dejar sus vehículos, poseen un ascensor propio (por calle 57) que los lleva directamente a sus Salas. Estos recorridos los vengo copiando y asimilando, pero soy consciente de su automatismo para diferenciarse del vulgo; he intentado variar e ingresar intercalado por la escalinata central por donde entra el común de la gente. Hace aproximadamente dos años, y con motivo de una protesta que constituía en un Abrazo de cientos de personas (acto simbólico de encierro humano al encierro judicial que en realidad era una suerte de escrache) en una movilización piquetera al Fuero Penal, y que pedía por la liberación de personas, y que mantuvo al edificio cercado por varias horas; el presidente de la Cámara tomó la decisión de vallar el edificio de toda la manzana (de 7 a 8) con rejas de metal de dos metros y medio de altura. Si bien el Fuero penal siempre es escena de protesta de gente que se encadena a la puerta de los juzgados o pega fotos de personas asesinadas o presas, este acto que interrumpió la movilidad del espacio cotidiano por unas horas, tuvo una reacción estructural desde adentro de la escena judicial que modificó el escenario espacial: la manzana quedó prácticamente enjaulada (Nota de campo, 2011).

La ceremonia implica, además, calcular los horarios de ingreso y egreso del edificio, tiempos que determinan pautas de recorrido, y conquistas de temporalidad de quien está en una mejor posición en el espacio:

Para 2009, el horario judicial era de 7 a 13hs; más tarde se modificó a 8 a 14hs. Durante 2004 Juan Carlos Blumberg propuso modificar los horarios de la justicia trabajando en horas de la tarde, algo que se intentó hacer pero no tuvo eco interno. Los empleados judiciales de la primera instancia son bastante rigurosos con los horarios, no fichan ni marcan entrada. Los empleados de Casación, Corte y Procuración trabajan por turnos también a la tarde (hasta las 18hs), siempre dependiendo del día de “acuerdos”, pero tienen la posibilidad de salir y entrar del edificio y sus horarios son tranquilos, pues no están en contacto con el público. El horario de la primera y segunda instancia ha sido pensado en correlato a la atención del público visitante. Claro que hay funcionarios judiciales que a puerta cerrada del edificio de 8 (se cierra a las 14hs) se quedan trabajando. Hay funcionarios judiciales que llegan más tarde pues al no tener superior, manejan sus tiempos-espacios, mientras los empleados o secretarios los cubren y mantienen la estructura. Hay funcionarios judiciales que utilizan espacios externos-particulares al edificio de Tribunales penales en los cuales intercambian puntos de vista con otros actores vinculados al fuero (el café de enfrente a tribunales es muy concurrido, y es fácil encontrar “decanos” fiscales, conversando con periodistas y abogados de la matrícula) (Nota de campo, 2012).

Estos actos pautados no son actos “porque sí”, “automáticos”, “actos gratuitos”, en el sentido de actos insensatos. Por el contrario detrás de estas acciones está escondida una ceremonia demarcatoria (como cuando el perro orina los límites de su terreno para marcarlo-delimitarlo), por más irracional que pareciera esta actitud nos habla de un patrón cultural compartido que era necesario develar por la etnografía, y así encontrar sentidos escondidos a los comportamientos simbólicos de distancia y acercamiento a un edificio

con el valor significativo asignado a cada uno de los espacios por parte de quienes se lo apropian. Así, la organización del espacio judicial impone distancias y diferencias, limitaciones que reproducen las desigualdades que organizan el campo judicial.

La asignación espacial-temporalidad a los jóvenes criminalizados—el “horror vacui” judicial

La distribución del espacio judicial tal como la hemos analizado hasta ahora, corresponde más a los “pertenecientes”, al lado interno del mostrador que a los externos (público), y a los no tan internos, que esa espacialidad se dirige como trabajo (presos). El fuero penal no podría pensar su espacio sin sus clientes. La agencia judicial penal pierde sentido si no está dirigida a justificar un espacio a su trabajo cotidiano. Por eso los jóvenes presos no son tan extraños como se cree, son una fricción del día a día en el circuito que hemos visto que va de las alcaldías, a los baños, a los despachos de los pasillos o a las audiencias, etc.:

He notado que en los turnos que se producen cada 15 días en la ciudad de La Plata, muchas veces no ocurren crímenes de ningún tipo, o si ocurren son hechos insignificantes que no merecen ingreso al espacio judicial, por lo que esos jóvenes son entregados de inmediato a sus padres. Cuando eso ocurre por largos lapsos, los fiscales se incomodan y los jueces también por ausencia de trabajo, por lo que suelen cambiar el criterio de selectividad judicial, y comienzan a ingresar órdenes de detención por hechos que desplazarían si hubiera seguidilla de delitos graves. Mi sensación en la experiencia como defensor es que la falta de trabajo y sensación de vacío los ponen nerviosos, en la inercia de la maquinaria judicial de convalidar letras y firmas, aparece como vértigo judicial, y hasta creen que alguien podría dudar de que no estén haciendo nada o no combaten el delito. Entonces cambian de actitud en la forma de la

selectividad y dejan ingresar jóvenes detenidos que antes nunca hubieran ingresado. Como defensor me he quejado de estos cambios abruptos de criterios, que me han llevado a tener que perder el tiempo en hechos no encarcelables, a sabiendas de que los jueces los van a liberar al quinto día, pero la respuesta ha sido casi siempre entre bambalinas, y muy reservada, la siguiente: *“La policía nos toma el pelo, sabemos que llevan el timing del delito, hacen estadística, y si no está pasando nada es porque la política no quiere kilombos, el aire está raro, la policía regula el delito y detiene a quien quiere o a perejiles, nosotros no nos podemos quedar cruzados de brazos; si no como explicas que haya veces que tenés tantos robos con armas seguidos y después haya una paz de cinco días, algo pasa (...)*”. Al revés de esta observación, en esos vaivenes, cuando hay colapso judicial por cantidad en el tiempo de delitos graves, todos los delitos intermedios o bajos se excluyen por temor a la detención de la maquinaria judicial, por lo que las personas son citadas más adelante en libertad, a fin de prestar una declaración indagatoria (Nota de campo, 2013).

Esta nota de campo da cuenta de aspectos muy ciertos, el ingreso de jóvenes pobres presos al palacio de justicia penal depende del “timing policial”; y desde ya, de que los jueces y fiscales conocen muy bien esos vaivenes, y les molesta que la policía “les tome el pelo”. Pero también aparece el problema del vacío, una suerte de *“horror vacui judicial”* que—para ellos—se cura aceptando flexibilizar el criterio de captación y haciendo que la policía (que regula el delito a su antojo) haga traslados ante los estrados en casos en que comúnmente no haría (por lo general delitos de bagatela y pobreza). Desde ya que estas cuestiones las he denunciado más de una vez en las audiencias en casos ridículos, y ante el estupor de jueces y fiscales que han tenido que preservarse, o ser más cautos otras veces. Aunque la cuestión se

repite también con las personas adultas¹¹. Lo más interesante de esta actitud (judicial) es que expone la necesidad (judicial) de un espacio (judicial) para sus clientes. Sin jóvenes criminalizados no hay fuero penal juvenil, y viceversa. ¿Quién crea a quién? es el huevo o la gallina. Ambos se manejan en espacialidad diferente, pero se cruzan en un punto que si no existiera caería en el vacío. O, dicho de otro modo, no hay amo sin esclavo, ni viceversa dijo Marx. La dialéctica dice que la relación entre funcionarios penales juveniles y jóvenes ante los estrados es necesaria para afirmarse y justificar el puesto. Esta es, en el fondo, la psicología del "*horror vacui*". Hay dos formas históricas de circular que tienen los jóvenes para atravesar los espacios asignados por los funcionarios judiciales dentro del edificio del Fuero Penal Juvenil, pero a la vez estas dos formas definen "tiempos" urgentes u holgados (espacialidad-temporalidad):

a) *Si los jóvenes ingresan presos desde una comisaría o instituto:* En el primer caso circularán desde el vehículo que los trajo esposados a la Alcaldía, y allí van a esperar en una celda hasta que sea la hora de ser recibidos por los actores judiciales en los despachos o salas. Habrá un mínimo cruce con sus familias si es que sabían que iban ese día y los esperan en las escaleras y le piden al defensor cruzarse. La asignación del circuito privado de la libertad, es una espacialidad cargada de valoración negativa por el *habitus* judicial. Por lo tanto, el tipo de rutinas y performáticas que puedan darse en esas especialidades ya están sesgadas por esa carga, y el esfuerzo para abrirse de ese espacio negativizado deberá ser un esfuerzo conjunto con la defensa (que ocupa un lugar positivo pero débil dentro de la estructura judicial) por negociar esa carga a favor del joven. Liberar el espacio y cambiarlo para generar identidad positiva. Modificar la inscripción en el recorrido pautado, desbordar la topografía judicial casillero para el

¹¹ La gestión de la selectividad policial-judicial, está atravesado por la opacidad y el control de las estadísticas. Los poderes de gestión de las libertades públicas de los sectores populares suelen ser un problema político nunca resuelto en nuestro país. Los vaivenes de la política tienen influencia sobre el poder criminalizador secundario subterráneo, y el poder judicial convalida hasta que pretende hacer política criminal y demagogia con sus actos, por lo que también construye su poder de selectividad y lo negocia con la policía y la política.

extraño-cliente. Los tiempos judiciales para alguien que ingresa desde la Alcaldía son breves, la privación de la libertad en los códigos procesales (en especial en niños-adolescentes) impone tiempos cortos.

b) Si los jóvenes ingresan al edificio judicial desde la calle, en libertad, para cumplir con algún acto del proceso que les ha sido notificados: En este caso, el circuito será más abierto, utilizarán los pasillos como lugares de espera (su turno a que los llamen). Jóvenes y niños agolpados en las puertas de las defensorías, los juzgados es una postal muy común en los mal llamados pasillos de los “Tribunales de Menores”. Limitar o privar de este circuito en forma abrupta a quien viene de la calle es una escena violenta. Pocas veces he asistido a la revocación de excarcelaciones, capturas dentro del mismo palacio al que esas personas ingresaron libres, pero de golpe son esposadas. A los jueces no les gusta generar esos actos, “son chocantes” me ha dicho un juez (Nota de campo, 2009). Por lo tanto, son más proclives a analizarlos con mayor cautela que si los jóvenes ingresan ya con las esposas al edificio. La capacidad performática de un joven trasunta estas especialidades abiertas dentro del edificio siendo mucho mayor que la de otras personas que se encuentran en el circuito cerrado en privación de libertad. La capacidad de negociar la sospecha y cerrar o archivar una causa con ayuda de la defensa, es más que posible. La *temporalidad judicial* ante los jóvenes libres es el relapso. Cada acto se puede hacer o meditar con tranquilidad, por lo tanto, la capacidad de un joven de reflexionar en un tipo de racionalidad menos urgente a la hora de presentarse, gestualizar y brindar explicación defensiva produce mejores efectos.

Algunas conclusiones acerca de la economía del espacio judicial—la fábrica de espacios y de roles

De acuerdo al mapa que hemos trazado del espacio judicial en el Fuero Penal de La Plata a partir de nuestra etnografía, surge una disposición espacial donde *el campo de circulación judicial* es un eslabón que interacciona con otros espacios anteriores (policiales) o

posteriores (cárceles). En este laberinto intermedio, de entrada y salida, aparecen sus actores en escena que son los que forman parte y están adentro ("los que pertenecen") y con "los otros" ajenos a esa circulación y que "no pertenecen". Pero también están, como vimos, los anónimos trabajadores en un lugar de pertenencia "intermedia" (limpieza, custodia, choferes, los "autorizados" a franquear el espacio). La imagen que da o suele tener la espacialidad judicial, tanto en los estudios sobre justicia o sobre delincuencia, no suele tener en cuenta estos pliegues. Es importante detenerse en el estudio sobre la imagen que tienen "para sí" los que están "adentro" de aquellos que están "afuera" de la agencia judicial. El ejercicio etnográfico permite mostrar la tensión de imágenes y la disputa por capitalizar la circulación del espacio entre algo estático y algo dinámico. La etnografía des-centra la mirada, incluso la del propio nativo que ha tratado de mantener la guardia alta (consciente) frente a estas disposiciones; con la que puede conjeturarse una dimensión simbólica que aporta la estructura del espacio físico a la estructura del campo judicial, y de ese modo la incidencia sobre la fabricación-asignación de estereotipos sociales negativos de personas rechazadas por esa economía espacial. Es decir, el poder judicial, desde su espacialidad intestina de apariencia neutra, pero de fondo sesgada, contribuye (positivamente) a cincelar formas de recorrer su propio lugar, reproduciendo desigualdades, avisando o autorizando a otros cuerpos, acostumbrados a la rutina de otras espacialidades, sobre cuál es el lugar permitido y cuál el prohibido. Me refiero a la delgada línea que no se puede franquear. En el fuero penal, la movilidad y reciclado espacial son parte estructural de "la cadena", de la "puerta que gira" por su interior-exterior entre una espacialidad basada en la calle y el palacio, o bien entre la policía y la cárcel. La espacialidad judicial, es esencial y necesaria la circulación, no la estática de sus monumentos. Los flujos humanos en fricción espacial determinan contingencia en pugna, franqueos invisibles o tolerados, no siempre un confinamiento. El poder judicial penal es conservador y se pretende

“nobleza de estado” (Bourdieu, 1997), pero en su interior se reserva una cuota importante entre el juego o tensión ceremonial de reglas nobles-plebeyas, como disposición dinámica de los cuerpos que lo atraviesan en el día a día. Las performances creativas de personas ajenas (jóvenes presos) que modifican reglas de presentación espacial asignado de antemano y de la cual se esperaba otro rol (en ese espacio), mixturadas con la performance de personas pertenecientes (defensores) que modifican reglas de presentación espacial asignadas y de la que se esperaba otro rol; descolocarán-trastocarán la lógica del campo judicial, diseñada para normalizar su funcionamiento y reproducir neutralizaciones de otredad, convalidar y fabricar estereotipos negativos, perseguir y confinar. El poder judicial es una máquina compleja, es claro que hay que analizar sus engranajes desarmando cada pieza y encontrando su función en el sistema.

Bibliografía:

- Axat, J., Rodríguez, E., (et al.): *La radicalidad de las formas jurídicas*, La Plata: Edit. Hijos-La grieta, 2002.
- Barrera, L.: *La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- Bourdieu, P.: “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en: *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000, 165-224.
- Bourdieu, P.: *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*, Madrid: Taurus, 2012.
- Bourdieu, P.: “Espíritus de estado. Génesis y estructura del campo burocrático”, en: *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*, Barcelona: Anagrama, 1997, 91-138.
- Goffman, E.: *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires: Amorrortu, 1998 [1963].
- Guber, R.: *La etnografía: Método, campo y reflexividad*, Buenos Aires: Norma, 2001.
- Guber, R.: *El salvaje metropolitano. Reconstrucción del conocimiento local en el trabajo de campo*, Buenos Aires: Paidós, 2004.
- Latour, B.: *La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris: La Découverte, 2004.
- Mauss, M.: *Manual de etnografía*, Buenos Aires: FCE, 2006.
- Mauss, M.: *Ensayo sobre el don. Formas y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Buenos Aires: Katz, 2009.
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J.: *Poder Judicial: Transición del escriturismo a la oralidad*. Tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires (*mimeo*), 1998.
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J.: “La justicia penal y los universos coexistente. Reglas universales y relaciones personales”, en: Tiscornia, S. (comp.): *Burocracias y violencia: estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires: Antropofagia, 2004, 203-243.
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J.: *Poder Judicial y Dictadura: El caso de la Morgue*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

Tiscornia, S.: *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

Tiscornia, S. (comp.): *Burocracias y violencia: estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires: Antropofagia, 2004.

Tiscornia, S. y Pita, M. V. (eds.): *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil*, Buenos Aires: Antropofagia, 2005.

Viscardi, N. y Barbero, M.: “Justicia de adolescentes ¿un campo en construcción? Un estudio desde los Juzgados Letrados de Adolescentes”, *Revista de Ciencias Sociales*, 25(30), 2012, 33-54.

¿VER PARA JUZGAR? RUTINAS, PRÁCTICAS Y EXPERTISE EN EL USO DE CÁMARAS DE SEGURIDAD PARA LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

SEEING IS JUDGING? ROUTINES, PRACTICES AND EXPERTISE IN THE USE OF CCTV FOR CRIMINAL INVESTIGATION.

VANESA LIO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

RESUMEN

El uso de la videovigilancia en espacios públicos y privados creció significativamente en Argentina en los últimos años. La creciente disponibilidad de cámaras de seguridad multiplicó la utilización de los registros audiovisuales, tanto en la presentación de noticias policiales como en la investigación criminal. Así, las imágenes adquirieron un lugar protagónico y hoy pareciera que la utilidad de la videovigilancia se mide menos en relación con los delitos que permite evitar y más en función de lo que sus registros pueden aportar para reconstruir un hecho. En este contexto, el artículo indaga en los usos y las prácticas que emergen en torno a la videovigilancia en el ámbito judicial en la Provincia de Buenos Aires, observando en particular los modos en que se utilizan los registros de las videocámaras en la investigación criminal y su incorporación como evidencia en las causas penales. El trabajo recupera los principales aportes de los estudios sobre el uso judicial de las cámaras de seguridad y reconstruye el marco de normas que validan la utilización de estos registros audiovisuales como pruebas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Luego, a partir de una indagación empírica con enfoque cualitativo, el trabajo presenta observaciones en tres direcciones: la incorporación de la búsqueda de imágenes de cámaras de seguridad a las rutinas de investigación del delito; el valor que se otorga a este tipo de pruebas y las modalidades en que contribuyen en los procesos penales; y la recurrencia a los “ojos expertos” en la interpretación de las imágenes.

ABSTRACT

The use of video surveillance in public and private spaces has grown significantly in Argentina in recent years. The increasing availability of security cameras multiplied the use of audiovisual records, both in the presentation of police news and in criminal investigation. Thus, images acquired a leading role and, nowadays, the usefulness of video surveillance is measured less in relation to the crimes it allows to avoid and more based on whether their records can contribute to reconstruct a fact or not. In this context, the paper studies the uses and practices that emerge from video surveillance usage in the justice sphere in the Province of Buenos Aires, focusing on the ways in which security camera footage is used in criminal proceedings and incorporated as evidence in judicial cases. First, the paper summarizes the main contributions of studies on the judicial use of security cameras and reconstructs the legal framework that validates the use of audiovisual records as evidence in the Province of Buenos Aires. Then, based on an empirical investigation with a qualitative approach, we present observations in three directions: the incorporation of the search for security camera images into crime investigation routines; the value given to this type of evidence and the modalities in which they contribute to criminal proceedings; and the recurrence of “expert eyes” in the interpretation of images.

PALABRAS CLAVES

VIDEOVIGILANCIA / PODER JUDICIAL / SEGURIDAD

KEYWORDS

VIDEO SURVEILLANCE / PENAL SYSTEM / SECURITY

Introducción

La colocación de cámaras de seguridad para monitoreo de espacios públicos y privados creció exponencialmente en los últimos años en Argentina. Desde mediados del 2000, al uso privado de circuitos cerrados de televisión (CCTV) comenzó a sumarse una lenta migración de la videovigilancia hacia el ámbito público, que terminó de afianzarse a fines de esa década a partir del diseño y la implementación de políticas públicas nacionales y provinciales orientadas a incorporar tecnología en materia de seguridad. La extensión de la videovigilancia urbana se dio, por un lado, en el marco de la consolidación de la inseguridad como uno de los principales problemas públicos (Kessler, 2009) y, por otro, como resultado de la articulación de dos procesos simultáneos. El primero es un afianzamiento de las políticas orientadas a la prevención extrapenal (Crawford y Evans, 2016) y, más específicamente, a la prevención situacional (Sozzo, 2009), que enmarcaron teóricamente el despliegue de estas estrategias de control del delito. El segundo es la incorporación de los municipios como actores centrales en el gobierno de la seguridad (Rodríguez Games *et al.*, 2016; Schleider y Carrasco, 2016).

Este crecimiento del uso de la videovigilancia en el marco de políticas públicas de seguridad fue un proceso no exento de controversias: la efectividad de los sistemas; las disputas entre las demandas por seguridad y la defensa de la privacidad; y la circulación pública de las imágenes registradas fueron tres de los ejes principales de los debates y disputas públicas en torno a las videocámaras (Lio, 2018). Sin embargo, pareciera existir hoy cierto consenso acerca de la imposibilidad de escapar al uso de tecnología para la gestión de la seguridad, incluso al margen de que se compruebe o no su efectividad en términos preventivos, disuasorios, represivos o probatorios. En un contexto en que los debates tienden a estabilizarse, sin que esto

signifique un cierre total de las controversias, la videovigilancia se va configurando como una caja negra¹.

Lo cierto es que, en los últimos años, la creciente disponibilidad de cámaras de seguridad multiplicó la utilización de este tipo de registros y las imágenes se volvieron protagonistas. Por un lado, en la presentación de noticias audiovisuales, sobre todo aquellas vinculadas a tópicos policiales, pero no exclusivamente (Calzado, 2015; Calzado, Gómez y Lio, 2020). Por otro lado, en la investigación criminal, ámbito en el que constatar si hay imágenes y solicitarlas se convirtió en una rutina.

En este contexto, el objetivo del trabajo es indagar en los usos y las prácticas que emergen en torno a la videovigilancia en el ámbito judicial en la Provincia de Buenos Aires, observando en particular los modos en que se utilizan los registros de las videocámaras en la investigación criminal y su incorporación como evidencia en las causas judiciales.

¿Cómo se dio este proceso de incorporación de las imágenes como evidencia en los procesos penales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires? ¿Cuál es el marco normativo que lo habilita y cuáles fueron las modificaciones al respecto? ¿Cuáles son las prácticas que despliegan en las fiscalías para acceder a las imágenes? ¿Cómo es el trabajo con los registros audiovisuales y de qué modo se incorporan a las causas como evidencia? ¿Contribuyen las imágenes a la identificación de los hechos y los actores involucrados en los delitos? ¿De qué modo lo hacen? El trabajo presenta algunas observaciones iniciales de una indagación todavía en curso, en la cual se utiliza un diseño cualitativo para la recolección de datos empíricos. Por un lado, recurrimos al análisis bibliográfico y documental para reconstruir el marco normativo del uso judicial de la videovigilancia en la Provincia

¹ La metáfora de las cajas negras supone la existencia de elementos sedimentados, es decir, conocimientos que se dan por supuestos y sobre los cuales no existen cuestionamientos, ya sea un hecho científico, una técnica, un procedimiento o una institución. En este sentido, la descripción de una tecnología como caja negra implica que su funcionamiento se encuentra cerrado a toda problematización (Callon y Law, 1997).

de Buenos Aires. Por otro, combinamos la realización de entrevistas con observaciones participantes en fiscalías de dos departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

El trabajo comienza con un recorrido por los principales aportes de los estudios sobre el uso judicial de las cámaras de seguridad. Luego, reconstruimos el marco de normas que validan la utilización de estos registros audiovisuales como pruebas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. A continuación se presentan las principales observaciones que surgen de la investigación entre tres direcciones: la incorporación de la búsqueda de imágenes de cámaras de seguridad a las rutinas de investigación del delito; el valor que se otorga a este tipo de pruebas y las modalidades en que contribuyen en los procesos penales; y la recurrencia a los “ojos expertos” en la interpretación de las imágenes. Finalmente, a modo de cierre, se trazan algunas líneas posibles para seguir reflexionando.

La videovigilancia y el uso judicial de las cámaras²

A los sistemas de monitoreo del espacio público se les suelen atribuir dos funciones en relación con la gestión de la criminalidad: la prevención y la investigación del delito. Las investigaciones sobre videovigilancia se han concentrado en la primera de estas funciones, con numerosas líneas de indagación que confluyen en lo que se ha conocido en el ámbito anglosajón como los *surveillance studies* (Ball, Haggerty y Lyon, 2012). Así, los trabajos se han planteado distintas preguntas respecto de la videovigilancia que incluyen aspectos sobre la efectividad de estos sistemas, los conflictos normativos y los riesgos para la privacidad, la construcción de sentidos en torno a la videovigilancia, las transformaciones del espacio urbano y de su percepción, y el funcionamiento de los sistemas en las salas de monitoreo (Lio y Urtasun, 2016).

² Parte de la discusión bibliográfica de este apartado se desprende de la ponencia “Cámaras testigo. Estudios sobre el uso judicial de la videovigilancia”, presentada junto a Martín Urtasun en las II Jornadas de Estudios Sociales sobre Delito, Violencia y Policía, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 9 y 10 de abril de 2019.

Si nos detenemos en la pregunta por la efectividad, las dos funciones de la videovigilancia—prevención e investigación—han permitido orientar las indagaciones en dos direcciones. Por un lado, ¿qué tanto contribuyen a la prevención de delitos? ¿Disminuyen las tasas delictivas y la percepción de inseguridad a partir de la colocación de cámaras? ¿Para qué tipos de delitos muestran mejores resultados? En esta línea, los estudios han mostrado un impacto bajo o parcial de la videovigilancia en la disminución de delitos (Hempel y Töpfer, 2004; Piza *et al.*, 2019), el desplazamiento del delito (Armitage, 2002; Waples *et al.*, 2009) y las percepciones sobre la seguridad (Gill y Spriggs, 2005).

Por otro lado, ¿qué tanto contribuyen los registros de las cámaras en la investigación y el juzgamiento de delitos? ¿Cuánto y cómo se utilizan las imágenes en la resolución de procesos judiciales? ¿Qué aportan? ¿Qué límites existen y qué controversias se generan? Respecto de esta arista de la videovigilancia vinculada a la utilización de las imágenes como evidencia la investigación ha sido menos sistemática (Norris, 2012) pero se han producido aportes en diversas direcciones.

Las preguntas por la efectividad jurídica de la videovigilancia se orientan a responder qué tanto se usan estos registros en las investigaciones judiciales y qué tipo de utilidad tienen. Es decir, ¿qué tantos pedidos de imágenes se hacen? ¿En cuántos de ellos hay imágenes disponibles? ¿Cuántas de ellas aportan datos a la investigación? En esta línea de indagación cuantitativa Ashby (2017) encuentra, a partir de un análisis realizado sobre los delitos reportados por la Policía Británica del Transporte entre 2011 y 2015, que los CCTV son una herramienta de investigación eficaz en el caso de los crímenes sucedidos en trenes y estaciones, particularmente para aquellos considerados delitos graves, pero que estos datos no deberían generalizarse para otros ámbitos. El autor distingue entre la disponibilidad y la utilidad de imágenes y sostiene que los estudios previos que muestran que los CCTV no son útiles pueden haber

confundido ambos términos, indicando que las imágenes no eran útiles cuando lo cierto es que no había imágenes disponibles. Sin embargo, la no disponibilidad de imágenes en zonas que efectivamente están siendo monitoreadas podría constituir un argumento sobre la falibilidad de estos sistemas. En particular, el autor observa que la disponibilidad de imágenes es mayor en delitos graves y que cuanto más amplio es el lapso en el cual el delito podría haber ocurrido, menos frecuente es la disponibilidad o utilidad de los registros.

Otros trabajos han indagado en aspectos cualitativos del uso de este tipo de pruebas, poniendo la atención en cuestiones vinculadas con los procedimientos jurídicos y el resguardo de la cadena de custodia, por un lado, y en la producción y el carácter de la verdad, por otro.

Para abordar la pregunta por la validez de las imágenes y cómo garantizar la inalterabilidad de la prueba en el caso de los registros de cámaras de seguridad, los trabajos analizan contextos jurídicos-normativos específicos para observar las compatibilidades o incompatibilidades que surgen del uso de este tipo de prueba. Algunos autores indagan, en términos más amplios, en las particularidades del uso de pruebas electrónicas y en las posibilidades de ser utilizada judicialmente sin vulnerar ningún principio del proceso ni del procedimiento (Bueno de Mata, 2014; Murphy, 1999; Salas, 2016). En este sentido, identifican lagunas y vacíos legales que surgen a partir de la figura de la prueba electrónica y destacan la necesidad de adaptar las regulaciones al impacto que genera la incorporación de nuevas tecnologías en los procesos probatorios (Gallavin y Wall, 2012). A la cuestión normativa agregan aspectos de la práctica jurídica como la capacidad de jueces y magistrados de emitir juicios valorativos respecto de la pertinencia, licitud y legalidad de la prueba electrónica, a pesar de su falta de conocimiento de cuestiones técnicas e informáticas (Ramírez Hermosilla, 2016); o las dificultades de utilizar las imágenes en la corte por la sobrecarga de

información y la falta de capacidad de procesar el material tanto de la policía como de las fiscalías (Gill y Spriggs, 2005).

A la indagación respecto de su validez jurídica se suman preguntas en torno a la confianza en las imágenes en tanto fuente de información y a los dispositivos y las prácticas que intervienen en la construcción de interpretaciones a partir de ellas. Algunos de los aportes en esta línea provienen de investigaciones vinculadas con la psicología, que se orientan a indagar en la utilidad y la eficacia de la videovigilancia para identificar personas sospechosas. A partir de una serie de experimentos sobre el uso de imágenes de CCTV en juicios, estos trabajos encuentran que la identificación de una persona captada por un video con el acusado es altamente susceptible de errores (Davis y Valentine, 2009; Davies y Thasen, 2000). Estos trabajos que buscan conocer el funcionamiento de las pruebas visuales como dispositivo de producción de verdad jurídica tienen la limitación de basarse en simulaciones y, como los propios autores reconocen, podrían interferir cuestiones como la falta de entrenamiento de los sujetos en la interpretación de las imágenes.

En relación con esto último, otros trabajos han buscado registrar empíricamente las agencias que intervienen en el uso judicial de las imágenes de cámaras de seguridad y cómo se construye en la práctica su valor de verdad. Así, se enfocan en los dispositivos institucionales y los saberes expertos que orientan las interpretaciones de los materiales (Edmond y San Roque, 2013). Desde enfoques simétricos (Callon, 1998; Latour, 2008), buscan recuperar la complejidad de su funcionamiento cotidiano a partir de la observación de las agencias humanas y no humanas que participan en este ensamblaje socio-técnico. A partir de una investigación en cuatro países anglosajones sobre los modos en que las imágenes se convierten en evidencias en los procesos judiciales, Edmond y San Roque (2013) cuestionan la naturalización de la imagen como representación fiel de la verdad y discuten la relevancia que se asigna a la opinión de los “expertos” acerca de lo que las imágenes significan. Los límites no se

circunscriben a los posibles sesgos de las interpretaciones de estos expertos en virtud de sus conocimientos y saberes específicos, sino también en la posibilidad de que las imágenes sean por sí mismas engañosas. En esta línea, Stedmon (2011) muestra, a partir de un estudio de caso sobre el uso de la videovigilancia para la detección de infracciones de tránsito en Londres, cómo ciertas imágenes que aparentemente exhiben la verdad de una situación pueden estar erradas.

Sin embargo, los estudios coinciden en que predomina una aceptación por lo general acrítica de las imágenes como prueba, que podría estar relacionada con el protagonismo de estos sistemas de videovigilancia y el entusiasmo público respecto de sus funciones para el control del delito (Edmond y San Roque, 2013). El determinismo tecnológico reviste a las cámaras de ciertas características—como la neutralidad, la innovación y la eficacia—que las vuelven menos problemáticas y ocultan las barreras que surgen en la práctica, a pesar de su potencial utilidad, la aplicación de nuevas tecnologías en la investigación criminal (Miranda, 2015).

Ahora bien, más allá de la existencia o no de evidencia respecto de su efectividad en ambas funciones, ya sea en la prevención o el esclarecimiento de delitos, lo cierto es que la expansión de la videovigilancia no parece detenerse (Galdon-Clavell, 2015). Por supuesto, las particularidades de cada contexto imprimen en la discusión matices específicos. Por tal motivo, el interés de este artículo es aportar algunas observaciones iniciales, desde una perspectiva local y situada, acerca de las prácticas y las rutinas que surgen en el ámbito judicial respecto del uso de imágenes como evidencia. Replantear, en cierta medida, la pregunta por la efectividad para indagar en los procesos concretos que emergen de su utilización en la investigación del delito y esbozar algunas líneas para pensar el potencial valor de estas grabaciones.

Imágenes como prueba. El marco normativo en la Provincia de Buenos Aires

¿Desde cuándo se utilizan las imágenes de cámaras de seguridad en la investigación del delito en la Provincia de Buenos Aires? ¿Qué valor formal tienen estos registros audiovisuales en los procedimientos? Para responder a estas preguntas iniciales sobre el uso de las imágenes como evidencia comenzaremos por reconstruir brevemente el marco normativo y los principales acontecimientos que fueron delineando el devenir de las funciones atribuidas a la videovigilancia en la Provincia de Buenos Aires.

La incorporación de nuevas tecnologías a la tarea de vigilancia en el espacio público tuvo como consecuencia inmediata la generación de un bache, una laguna normativa. No existía en el momento de su implementación ninguna legislación que definiera, limitara y/o regulara la utilización de videocámaras en el espacio público y, más aún, esta novedad generaba inconsistencias o conflictos con leyes preexistentes, no necesariamente vinculadas a la seguridad pública, pero que requerían de una adaptación en alguno de los dos sentidos: o la videovigilancia se adaptaba a la normativa previa, o las normas debían redefinirse en función de la videovigilancia.

En Argentina, más de una década después de haberse instalado la primera cámara de seguridad en la vía pública, no existe una ley integral que regule la videovigilancia urbana. Sin embargo, a medida que estos dispositivos fueron diseminándose por las ciudades, surgieron algunas reglamentaciones de características, origen y alcances diversos—leyes, decretos, disposiciones, resoluciones y decisiones administrativas—que de algún modo regulan su funcionamiento (Lio, 2019). Incluso algunas provincias avanzaron en regulaciones específicas mediante leyes o decretos provinciales (Carrasco, 2016; Cejas y González, 2015). No es el caso de la provincia de Buenos Aires, donde a pesar de los numerosos proyectos legislativos sobre la temática presentados desde 2007 por senadores y

diputados provinciales todavía no fue posible arribar a una ley que regule de manera integral y específica la videovigilancia.

Ahora bien, durante la última década, la expansión de las cámaras de seguridad en espacios públicos tuvo como correlato un protagonismo cada vez mayor de las imágenes en los procesos judiciales (Lio, 2018). En la Provincia de Buenos Aires, incluso, la solicitud de imágenes adquirió un carácter obligatorio en 2010 a partir de una modificación del Código Procesal Penal (CPP). Como respuesta al caso de Carolina Píparo en la ciudad de La Plata³, el entonces gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, envió quince proyectos en materia de seguridad a la Cámara de Diputados, de los cuales ocho se convirtieron en leyes. Una de ellas, la Ley 14.172, introdujo el artículo 265 bis al título “Filmaciones y Grabaciones” del CPP de la Provincia.

Esta norma introduce una cuestión central en el devenir del carácter probatorio de las imágenes que es la legalidad de su uso como evidencia. Por un lado, la reforma otorga explícitamente validez como elemento de prueba a las filmaciones registradas por cámaras de seguridad. Por otro lado, el texto de la ley es imperativo y establece que “el fiscal deberá requerir las imágenes”. No solo otorga un respaldo jurídico a la utilización de imágenes como evidencia, si no que la norma además incentiva su uso.

Previo a la sanción de esta ley las imágenes eran utilizadas bajo el principio de libertad probatoria. El CPP de la Provincia de Buenos Aires establece que, cuando aparecen nuevos medios de prueba se otorga libertad probatoria. Esto es lo que permite, por ejemplo, que un fiscal pueda intervenir determinados dispositivos electrónicos, más allá de si están mencionados explícitamente en el Código.

³ El 29 de julio de 2010, Carolina Píparo fue perseguida cuando salía de un banco en la ciudad de La Plata y asaltada frente a su casa. Durante el asalto, la mujer, que estaba entonces embarazada, recibió un disparo que generó el nacimiento anticipado de su hijo en gestación y su muerte pocos días después. El caso tuvo una alta resonancia política y mediática. Actualmente, Píparo es diputada provincial de Juntos por el Cambio.

La mención explícita a la validez del uso de grabaciones de videocámaras como medio de prueba se orientó a evitar que la “diversidad de criterios” generara conflictos en torno a su uso. Así se especifica en los fundamentos del proyecto que derivó en ley 14.172: “Si bien actualmente la norma general del art. 209 del CPP⁴ avalaría la utilización de este medio de prueba, lo cierto es que existe en la Provincia diversidad de criterios sobre su validez, generándose no solo incertidumbre, sino además corriéndose el riesgo de frustración de los fines del proceso, causándose un impacto negativo para las instituciones frente a situaciones en que los autores de delitos se encuentran públicamente identificados” (Ley Provincial N° 14.172, 2010).

Otro aspecto central en la regulación es lo que respecta a la cadena de custodia y la vulnerabilidad de la prueba. Esto es, cómo demostrar que no fue alterado el contenido de las grabaciones. Al respecto, la Ley 14.172 establece que “la totalidad del material obtenido será entregado al Fiscal en su soporte original sin editar, o de no ser posible, en copia equivalente certificada en soporte magnético y/o digital”. Para esto, agrega: “El Fiscal conservará el material asegurando su inalterabilidad, pondrá a disposición de las partes copia certificada, debiendo facilitar las copias que le solicitaren” (Ley Provincial N° 14.172, 2010). Tal como se detalla en los fundamentos de la reforma, estas frases surgen de la necesidad de establecer recaudos para asegurar la conservación e inalterabilidad del material obtenido, el debido acceso de las partes a su contenido, y su incorporación a la etapa de juicio oral, elementos que no estaban presentes en el CPP previo.

A eso se suma, en el ámbito provincial, la resolución N° 889 del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires en la que se

⁴ El artículo 209 establece la “Libertad probatoria”. Dice textualmente: “Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba establecidos en este Código. Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba que resulte más acorde a los previstos en este Código” (Ley N° 11.922, 1997).

establece un “Protocolo de Cadena de Custodia”, con el objetivo de desarrollar una herramienta para los operadores judiciales que permita estandarizar los procedimientos de trabajo y “garantizar que el elemento de prueba o evidencia que se presenta en juicio sea el elemento que ha sido levantado o reclutado y que no ha sufrido adulteraciones o modificaciones” (Resolución N° 889, 2015: 3). Fundamentalmente, este protocolo indica la necesidad de utilizar una planilla de cadena de custodia que debe acompañar las muestras o documentos desde la recolección hasta su disposición final. Si bien no hay especificaciones respecto de las imágenes de sistemas de monitoreo, se indica una guía de actuación para el registro de la cadena de custodia de pruebas documentales informáticas. Para que sea válida y adquiera fuerza probatoria, establece la resolución, es necesario garantizar su confiabilidad, evitando suplantaciones, modificaciones, alteraciones, adulteraciones o su destrucción.

Además, desde 2016, el Ministerio Público también adopta y promueve como estándar oficial de trabajo un protocolo para el empleo de la informática forense desarrollado por el Laboratorio de Investigación y Desarrollo de Tecnología en Informática Forense (InFo-Lab). Esta guía presenta “aspectos básicos a considerar en las labores de búsqueda, obtención, preservación, examen pericial y presentación de evidencias en el proceso penal, a fin de garantizar la validez y eficacia probatoria” (Di Iorio *et al.*, 2016: 9). En particular establece que la evidencia digital debe poseer cuatro características: relevancia, suficiencia, validez legal y confiabilidad. Respecto de la obtención de imágenes de cámaras de seguridad es especialmente relevante la última de estas características, para la cual es necesario que el proceso de manejo de evidencia digital sea justificable, auditable y repetible.

Ahora bien, más allá de estas especificaciones normativas y protocolos de actuación, muchas de las modalidades de uso y tratamiento de las imágenes va surgiendo de la propia práctica judicial. Sobre esto nos detenemos en las páginas que siguen, para reponer

algunas observaciones iniciales sobre las transformaciones generadas en el accionar y en las rutinas de la investigación penal a partir de la incorporación de estas tecnologías.

Rutinas, prácticas y *expertise*

Las imágenes registradas por cámaras de seguridad son parte de lo que se define, en el ámbito judicial, como prueba electrónica. Este tipo de evidencia, debido a las características de la digitalización, suele permitir un mayor nivel de documentación que las pruebas tradicionales (Ordoñez y Bielli, 2019). La incorporación de estas pruebas, en los últimos años, mostró la necesidad de adecuar las normativas para que su uso en los tribunales se ajuste a las reglas de los procedimientos y evitar que sean violados derechos en este proceso. Una de las vías exploradas por los primeros trabajos sobre la temática desde el contexto anglosajón para analizar la evidencia producida por los CCTV es la revisión histórica del uso de otras evidencias como las fotografías, las cintas de audio y de video, y las imágenes digitales en términos de su estatus probatorio (testimonial, documental o evidencia real), su relevancia, el ejercicio de la discreción judicial, y la procedencia y autenticidad (Murphy, 1999). Otras propuestas más recientes se orientan a flexibilizar el concepto de “documento” y extender su aplicación a medios tecnológicos de prueba (Díaz Limón, 2018). Sin dudas, los registros de las cámaras de seguridad comparten ciertas características con otras pruebas digitales y electrónicas, pero tienen también algunas particularidades sobre las que nos interesa profundizar.

En las páginas anteriores abordamos cuestiones vinculadas a la admisibilidad de estas evidencias y a la necesidad de asegurar una cadena de custodia que, en este caso, implica documentar el procedimiento informático para resguardar la prueba. Ahora bien, la indagación realizada a partir de entrevistas a distintos actores del sistema de justicia de la provincia de Buenos Aires nos permitió realizar algunas observaciones iniciales respecto del uso de la

videovigilancia en el ámbito judicial en tres direcciones. En primer lugar, la incorporación de la búsqueda de estos registros de cámaras de seguridad como una rutina en la investigación criminal. En segundo lugar, el valor que se asigna a este tipo de pruebas y sus usos en la práctica investigativa. Y, por último, la importancia de la interpretación de las imágenes mediada por la intervención de un par de ojos expertos.

Una nueva rutina

Si bien la utilización de registros audiovisuales en las investigaciones criminales no es un fenómeno del todo reciente, la disponibilidad de grabaciones de video en la vía pública hizo de este recurso una rutina: constatar si hay imágenes es el primer paso de toda investigación penal.

Los actores del ámbito judicial entrevistados describen un modo de acción que se repite y parece haberse instalado como una práctica habitual: ante cualquier accidente de tránsito, asalto, robo, homicidio o cualquier otro hecho denunciado en la vía pública lo primero que se hace es verificar si hay cámaras en el lugar y, en ese caso, solicitar las imágenes. “Es muy de la práctica judicial que vos levantes todo lo que hay alrededor. Así como antes entraban a allanar y se llevaban todo y lo tenían encerrado en un depósito durante cinco años, ahora lo que más se levanta son imágenes”, expresa un funcionario del área de apoyo tecnológico a la investigación penal del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

La prevalencia de las imágenes en la práctica de la investigación del delito emerge como una característica de la época. La referencia a las cámaras de seguridad, por su aporte o por su ausencia, se volvió recurrente tanto en los procesos penales como en los relatos periodísticos de noticias judiciales y policiales (Calzado, 2015; Calzado, Lio y Gómez, 2019). Cada vez más, este uso mediático y judicial de las imágenes va ganando terreno frente a la función preventiva de la videovigilancia. Periodistas y fiscales salen a la

búsqueda de esas imágenes que puedan aportar datos sobre los hechos, ya sea para la narrativa televisiva de las noticias o para la reconstrucción judicial de los delitos.

Este fenómeno, aunque reciente, no es del todo nuevo: recordaremos con facilidad las pistas aportadas por las imágenes tomadas por cámaras de seguridad en el femicidio de Ángeles Rawson en 2013, los registros audiovisuales de los ingresos y egresos al edificio de Puerto Madero donde vivía el fiscal Alberto Nisman durante las horas previas a su muerte en enero de 2015 o las imágenes reproducidas incontables veces del ex secretario de Obras Públicas José López ingresando bolsos a un convento de la localidad de General Rodríguez, entre tantos otros casos menos resonantes. Lo que vimos intensificarse en los años más recientes fue la frecuencia con la que se remite a ellas y el modo en que su búsqueda se incorporó a las rutinas periodísticas y judiciales.

Ahora bien, ¿cómo se utilizan concretamente estos registros? ¿De qué manera son incorporados a la práctica investigativa? “Si es en la vía pública, no hay causa en la que no se pida una imagen”, explican en una fiscalía de la Provincia de Buenos Aires. Una premisa que organiza la investigación criminal y cuyo primer paso es justamente corroborar si hay imágenes disponibles.

Desde el ámbito judicial enfatizan que verificar si hay cámaras es lo primero que se hace en toda investigación. “Lo que habitualmente pasa en cualquier hecho que sucede en la vía pública es que cualquier investigador raso, cualquier chico que entra en la fiscalía ya sabe que la primera medida es saber si hay cámaras”, expresa uno de los fiscales entrevistados. En caso de obtener una respuesta positiva, el segundo paso es solicitar esas imágenes. “En forma inmediata se llama a inspección ocular. Eso es ya del protocolo. Se dirigen al lugar, observan si hay alguna cámara, lo dejan plasmado, y si hay alguna se dirigen al centro de monitoreo o se trata de contactar con el vecino que puede llegar a tener esa cámara. La policía cuando tiene conocimiento de un delito lo primero que tiene que hacer es

comunicarse con el fiscal, que es el director de la investigación, y el fiscal tiene que darle las directivas. Bueno, la primera directiva es buscar las cámaras”, especifica otro fiscal bonaerense.

El modo de acción que describen con respecto a las imágenes no es nuevo. En realidad, se vincula con las rutinas de las fiscalías en cuanto a lo que denominan el “levantamiento de pruebas”. Pero, además, en el caso de la Provincia de Buenos Aires se relaciona de manera estrecha con la normativa que reconstruimos previamente. En tanto la reforma de 2010 del CPP introduce el requerimiento de imágenes como un deber de los fiscales, esta modalidad de intervención y búsqueda de indicios está de algún modo influenciada por la norma.

El hecho de que la búsqueda y la solicitud de imágenes sea una constante en las investigaciones judiciales surge también como recomendación de estudios en la materia (Ashby, 2017; Maklund y Homerg, 2015), en algunos casos ponderando esa búsqueda en función de la gravedad del delito. Esto es, que cuanto más grave sea el delito, más imágenes se deben recabar. Ahora bien, el caudal de registros a revisar está siempre en aumento, producto de la hiperdocumentación a la que se tiende con la mediación de las tecnologías y las pruebas digitales (Ordoñez y Bielli, 2019), y esto puede generar algunos problemas en el procesamiento y gestión de información sobre los que volveremos más adelante.

Una vez que se obtienen las imágenes, el paso siguiente es determinar qué datos pueden aportar y, en todo caso, de qué modo se utiliza esa información en la investigación criminal y en la reconstrucción de los hechos. Sobre estos aspectos nos detenemos en el aparatado que sigue.

El valor de la prueba

La segunda de las observaciones que nos interesa recuperar aquí se vincula con un segundo momento del trabajo con imágenes de videocámaras en la investigación del delito: ¿Qué sucede una vez que

se obtienen los registros audiovisuales potencialmente vinculados a un hecho? ¿Qué datos se espera que aporten estas imágenes? ¿Qué implica su incorporación como prueba en una causa?

Por las características de los procesos judiciales en Argentina, en donde los procedimientos se tramitan en expedientes en soporte papel, para analizar el valor probatorio es central el método que se utilice para la presentación de las pruebas electrónicas (Appendino *et al.*, 2011) y una de las primeras cuestiones a resolver por las fiscalías es la traducción del material audiovisual a texto. En la presentación de toda prueba electrónica es preciso acompañar el elemento electrónico propiamente dicho (en soporte digital) con su representación en papel (Rivolta, 2007). Así, desde el ámbito judicial, describen un *modus operandi* una vez obtenidas las imágenes. El primer paso es visualizar todas las grabaciones e identificar qué se ve y qué no se ve. Cuando la resolución de las filmaciones es una limitante, se recorta y se intenta mejorar la calidad para extraer una imagen que aporte algún dato. Luego, con los recortes hechos, se debe explicar la secuencia por escrito, para que dichos folios puedan integrarse al expediente correspondiente. Para esto, se detalla en qué ubicación de la grabación, indicando minuto y segundo del archivo, determinada cámara aporta una imagen que debe interpretarse de cierta manera. En esta traducción de la imagen al texto, al cambiar el formato puede también modificarse el contenido. El dato, en realidad, es la interpretación que resulta de este proceso. Pero si por un lado pueden existir discordancias a partir de los sesgos de interpretación de estas pruebas según los saberes puestos en juego en cada caso (Edmond y San Roque, 2013), la falibilidad de la vigilancia también podría surgir de un cuestionamiento a las imágenes en sí mismas y a la posibilidad de que sean engañosas. Stedmon (2011), a partir de un análisis del uso del sistema de videovigilancia londinense para la detección y penalización de infracciones de tránsito, encuentra que incluso una imagen clara y, en principio, de sencilla interpretación “puede estar equivocada”. Esto podría desprenderse tanto de fallas del sistema

como de errores humanos. El autor demuestra una discordancia entre lo que muestra la imagen y los metadatos que ubican espacial y temporalmente al hecho. El ejemplo que en este caso sirvió para impugnar una multa de tránsito despierta las alertas respecto de la necesidad de prestar especial atención a las cadenas de custodia. Es decir, dar cuenta de la inalterabilidad de las evidencias digitales para que conserven su carácter de prueba.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, para que una imagen pueda utilizarse como prueba, lo que se refleja en el informe escrito debe ser replicable. Es decir, debe poder realizarse el recorrido inverso: los expedientes suelen ir acompañados por el material en un soporte físico, aunque en algunos casos se está buscando reemplazarlos por repositorios online que agilicen el acceso a las grabaciones. En el expediente debe constar todo el proceso: cómo se obtuvo la evidencia, cómo fue resguardada, con qué software se trabajó, cómo se recortó, quiénes intervinieron y así cada acción que implique la manipulación sobre estos archivos.

Esta modalidad de trabajo con los registros se vincula con la cuestión en torno a la legalidad de su uso como evidencia, de acuerdo con las normativas que citamos previamente, pero las estrategias surgen principalmente, según expresan los actores, de la propia práctica. Para dar cumplimiento a la cadena de custodia, en las fiscalías dejan constancia de quién fue el personal que se presentó en el lugar del hecho, a quién solicitó las imágenes, de qué manera lo obtuvo, cuál fue el recorrido que hizo ese archivo, quién intervino, quién bajó la imagen, quién la grabó, y así cada detalle de ese procedimiento que pueda ser reconstruido. La premisa tácita que organiza la práctica para evitar cuestionamientos es “cuantos más datos, mejor”.

Ahora bien, la preocupación por mostrar la validez de las pruebas nos lleva a otra pregunta respecto al uso de estos registros: ¿Cuál es la función principal de las imágenes en las investigaciones? En realidad, en las fiscalías entienden que el uso más habitual de las grabaciones es el de aportar algún elemento para orientar la búsqueda.

En este sentido, las imágenes suelen ser consideradas una herramienta de la investigación: “Desde lo práctico, yo te puedo decir que sirve. Yo siempre hago este ejercicio: si el dato de una cámara que me dice que un auto sospechoso fue para un lugar no está, yo no sé para dónde fue ese auto y dónde empezar a buscar. Ahora, ¿quién va adentro? Volvemos a lo tradicional. Empezar a preguntar, ir al lugar del hecho y buscar testigos. La cámara te indica algo, te da un indicio”, ejemplifica uno de los fiscales entrevistados. En muchas oportunidades, según describen, más que probar la autoría de un delito facilitan una pista para buscar a los sospechosos o para reconstruir la secuencia de hechos. Otro ejemplo narrado por uno de los fiscales que entrevistamos permite observar los distintos usos de las cámaras: mientras observamos las imágenes vinculadas a un hecho de robo y homicidio, el fiscal relata que la cámara les permitió identificar la presencia de una persona en el lugar del hecho y luego dicha persona declaró como testigo en la causa: “A través de la cámara pudimos advertir que acá había una persona. Ubicamos a esta señora y ella declaró, gracias a dios, y nos dijo quiénes son los que ahora están presos”, relata. Ahora bien, la imagen no es nítida, está tomada de noche y apenas se distingue una figura humana. ¿Cómo ubicaron, entonces, a la señora a la que menciona? Por un lado, describe, trabajan con el crudo de la imagen, separan fotogramas de la secuencia de video y observan con detenimiento cada uno de ellos, poniendo en juego una *expertise* a la que nos referiremos en breve. Por otro lado, la imagen tracciona las técnicas tradicionales de la investigación: “A partir de ahí empezamos a caminar el barrio, a ver quién estuvo en la zona esa noche. Gracias a esta cámara pudimos advertir que esta señora estaba acá. Después, hablando con uno y con otro, llegamos a que había habido una discusión dentro del barrio, a partir del relato del hijo de una señora que había estado involucrada. Resultó ser el hijo de esta señora que se ve en la imagen. Es un poco de hormiga pero si nosotros no hubiésemos tenido esta cámara acá no hubiésemos sabido que teníamos ahí a la testigo principal”, explica.

Ahora bien, si el rol de la imagen es aportar un dato que oriente la investigación, la validez de la prueba en términos jurídicos pasa a un segundo plano: en estos casos, lo que importa es acceder a ese dato que permita avanzar con la investigación y no tanto incorporar la imagen como evidencia en términos formales. De hecho, la Guía Integral de Empleo de la Informática Forense en el Proceso Penal (Diorio *et al.*, 2015) reconoce que las evidencias digitales pueden cumplir dos funciones: una orientadora, en la que la evidencia proporciona una pista o hilo conductor que permite avanzar en una investigación; y otra probatoria, cuando la evidencia puede ser invocada como prueba de los hechos que afirma una de las partes del proceso. Solo en los casos en los que se pretende emplear la evidencia en función probatoria se deben cumplir, de acuerdo con dicho protocolo, los requisitos de relevancia, suficiencia, confiabilidad y validez de esa prueba.

En este sentido, los investigadores también señalan que toman ciertos atajos para reducir los tiempos administrativos y, algunas veces, impedir que los tiempos de guarda de las grabaciones obstaculicen el acceso a las imágenes. Más específicamente, una estrategia a la que recurren en las fiscalías para obtener las filmaciones en el momento es la grabación rápida y amateur desde las pantallas que reproducen las imágenes. “Lo que utilizamos, para hacer las cosas mucho más rápidas es grabarlo con el celular. De esa manera te hacés de forma inmediata de la filmación y después te las acompañan oficialmente, por llamarlo de alguna manera”, expresa uno de los fiscales. El modo de acción que describe para conseguir las imágenes con celeridad queda por fuera de los usos probatorios establecidos por la ley e introduce una controversia respecto de la delgada línea de legalidad en los procedimientos vinculados a la intervención de dispositivos electrónicos (Díaz Limón, 2018). ¿Qué validez tiene la imagen, concretamente en ese caso, dentro de la causa? En realidad, no tiene validez formal, sino que permite, como sostienen los fiscales entrevistados, orientar la investigación. Sin embargo, enciende una

nueva luz de alarma sobre los principios y procedimientos a seguir para la incorporación y la manipulación de este tipo de pruebas digitales y electrónicas.

Lejos de poseer un poder total, en cuanto a la investigación judicial y la persecución del delito, las imágenes se utilizan para reconstruir tramos de acción que permiten dar cuenta de un hecho u orientar la indagación, pero pocas veces logran captarlo. Se vuelve central, en este sentido, la interpretación de aquello que se ve y quienes entrenan su capacidad de observar mirando cientos de horas de filmaciones adquieren un rol protagónico.

El ojo entrenado y experto

Los discursos públicos en torno a las cámaras de seguridad suelen incurrir en cierto determinismo tecnológico (Galdon Clavell, 2015; Lio, 2020). Sin embargo, quienes intervienen en la operatividad diaria de estos sistemas detectan y describen múltiples y diversos obstáculos que deben sortear, algunos límites de las propias tecnologías que cuestionan el argumento respecto del poder total de observación y registro de las cámaras.

La disponibilidad creciente de estos registros genera trabajo adicional, en tanto las imágenes a procesar son cada vez más, y esto ha generado transformaciones incluso en la estructura y las tareas de las agencias públicas del sistema de justicia. En el Ministerio Público Fiscal de la Nación, como ya mencionamos, fue creada un área de apoyo tecnológico a las investigaciones penales desde la cual colaboran con las fiscalías de jurisdicción nacional y federal en el procesamiento de los registros audiovisuales de las cámaras. En el caso de la provincia de Buenos Aires, el Laboratorio de Fotografía, Imagen y Video del Instituto de Investigación Criminal y Ciencias Forenses realiza labores periciales vinculadas con imágenes y videos que se utilizan tanto en la etapa de investigación como durante la etapa de juicio.

El primer problema que describen en las fiscalías se vincula justamente con la capacidad de procesar el caudal de imágenes que reciben y esto influye en la posibilidad de su uso como evidencia. Como consecuencia de que la búsqueda de los registros filmicos se haya convertido en una rutina y en el primer paso de toda investigación, la gestión del caudal de información se ve complejizada, tanto en la revisión de los registros almacenados en los laboratorios de imágenes de los centros de monitoreo públicos como en su análisis posterior en el marco de la investigación judicial. En una de las fiscalías detallan: “Hay algunos pedidos que son innecesarios. Yo creo que habría que afinar un poco más la real utilidad del pedido para no desgastar al sistema porque si no se estandariza mucho y se terminan malgastando recursos. Hay cosas que se justifican y otras que no. A veces se piden todas las cámaras solo para decir ‘no hay cámaras, no puedo seguir’. Si yo sé que no va a haber, ¿para qué lo pido? Así se estandarizan los pedidos y termina atentando contra el propio sistema porque lo hacés colapsar”. Al volverse el pedido de imágenes una rutina, se generan problemas en el manejo y procesamiento de la información. En los últimos años, incluso, se han desarrollado *software* para el procesamiento de datos de las investigaciones penales que se orientan a responder a las necesidades de los operadores judiciales (Constanzo *et al.*, 2017; Giordano Lerena *et al.*, 2018; Rodríguez *et al.*, 2018).

Una vez las imágenes en las fiscalías, aparecen otras limitantes que surgen de los factores no humanos, del modo de funcionamiento habitual de estas tecnologías. Desde una perspectiva socio-técnica, entendemos que considerar la agencia de las cámaras, en tanto que modifican el curso de acción de otros agentes (Latour, 2008), es central en el análisis del funcionamiento de estos sistemas. Concebidos como “mediadores” y no como “intermediarios”, los no-humanos necesariamente agregan algo a la cadena de interacción o asociación (Sayes, 2014: 12). Actores heterogéneos, humanos y no humanos, se asocian, se ensamblan, y es justamente en este

ensamblaje que surgen otras limitantes que queremos recuperar en lo que sigue.

La posibilidad de utilizar los registros de las cámaras de seguridad para identificar hechos, autores o reconstruir tramos de la acción es inherente a sus características técnicas y sus modos de funcionamiento. El estado de mantenimiento de los distintos componentes de los sistemas de monitoreo, la calidad de grabación de las cámaras (a lo que se agrega un elemento adicional si el hecho sucede en horarios sin luz natural), el nivel de resolución de las imágenes que permite o no hacer zoom sobre ella, la lógica de rotación automática que se utiliza habitualmente en los dispositivos tipo domo⁵, son algunos de los elementos que mencionan los entrevistados respecto de los límites que surgen durante el procesamiento de imágenes de cámaras de seguridad y otros registros de dispositivos tecnológicos.

En este sentido, la pregunta en torno a *lo que se ve, lo que no se ve o lo que se podría llegar a ver* está atravesada por múltiples factores. Como el hecho raramente se ve, lo que intentan quienes se ocupan de investigar un delito es reconstruirlo. Para esto, el trabajo de observación, recorte y edición sobre las imágenes es un componente central del proceso. Para reconstruir un hecho, entonces, se buscan pistas que permitan realizar una descripción lo más cercana posible a lo sucedido. Otras veces, aunque el hecho se ve, la identificación de quienes aparecen en la imagen no es tan sencilla.

Los entrevistados insisten en que las imágenes de las cámaras no son suficientes por sí solas. Es decir, se utiliza con un conjunto de otras herramientas y aporta datos en crudo que hay que reconstruir a partir de un trabajo posterior. Para que se pueda identificar el autor de un hecho debe pasar la primera prueba de la calidad: si en lugar de

⁵ Las cámaras de seguridad conocidas como "domos" fueron ampliamente difundidas en el último tiempo para el uso en vía pública. La idea de domo se emplea, en el ámbito de la arquitectura, con referencia a una cúpula o bóveda con forma de media esfera. Las cámaras de seguridad que adoptaron el mismo nombre tienen esa forma semiesférica, por lo que su lente posee un gran ángulo de barrido horizontal y vertical. Esta posibilidad hace que puedan girar 360°, por lo cual la visualización se opera de manera parcial.

un rostro se ve una figura difusa, la cámara sirve sólo para enterarse de que existió el delito. Superada esta cuestión, es decir, si la imagen permite identificar un rostro, las pericias de cotejo fotográfico aparecen reiteradamente en los relatos de los actores judiciales como un complemento de uso recurrente. Para esto, describen, se utiliza la base de datos de imágenes del Registro Nacional de las Personas o, en caso necesario, se toman fotografías especialmente.

Que se consideren un indicio significa que muchas veces son utilizadas para ratificar o descartar relatos y declaraciones de los involucrados o de testigos: “Las imágenes ayudan a robustecer los testimonios”, enfatizan en las fiscalías. En tanto indicios, complementan uno de los recursos más tradicionales de la investigación criminal. Incluso, a pesar de la validez que tienen hoy estos registros, muchas veces es preciso respaldar la interpretación de esas imágenes con otros elementos adicionales.

Un recurso habitual, en estos casos, es la intervención de una voz autorizada. Operadores entrenados en la visualización de estas imágenes o personas a cargo de los laboratorios de imágenes de los centros de monitoreo públicos intervienen con su “ojo experto”, por lo general, con dos fines: por un lado, para dar fe de los modos de obtención y manipulación de esos registros; por otro, para dar cuenta de lo que debería interpretarse a partir de las imágenes.

Ante la posibilidad de que sea cuestionado, se recurre a la declaración testimonial de quien tiene “el ojo entrenado”. Los hechos, entonces, no se ven, pero hay alguien que dice verlos y explica ante el Juez la reconstrucción que se realiza a partir de las imágenes tomadas por las cámaras. “Nos ha pasado que el operador veía una cosa y el normal de la gente no. Y, a través de la aplicación de un *software*, se ha mejorado la imagen, se ha pixelado y se vio lo que él explicaba que veía. Pero el ojo normal no lo veía”, ejemplifica uno de los fiscales entrevistados.

Tal como encuentran Edmond y San Roque (2013) a partir de un estudio australiano, el uso de los productos de la videovigilancia en

los juicios aparece mediado por la intervención de expertos que opinan acerca de lo que las imágenes significan. Ni el componente tecnológico ni el humano pueden actuar, en estos casos, por sí solos. Un actor híbrido (Callon, 2001), el humano y no-humano, conjuga a ambos.

Algunos apuntes para seguir reflexionando

La extensión de las cámaras de seguridad a cada vez más espacios públicos y privados resulta un hecho indiscutible. Sin embargo, en los últimos años, se fueron transformando las funciones de estos dispositivos que son priorizadas, al menos en el nivel de los discursos públicos. Hoy pareciera que la utilidad de la videovigilancia se mide menos en relación con los delitos que permite evitar y más en función de lo que sus registros pueden aportar para reconstruir un hecho. Este protagonismo de las imágenes se visibiliza tanto en la configuración mediática de unas noticias que cada vez se apoyan más en esta retórica de lo real (Calzado y Lio, 2020) como en las prácticas de los actores del sistema de justicia.

El artículo buscó, por un lado, reconstruir las normas que regulan la validez de las imágenes de las cámaras de seguridad en tanto pruebas judiciales en el fuero penal y, por otro, delinear algunas características del uso concreto de estos registros audiovisuales en la investigación del delito.

A partir de una investigación empírica, presentamos algunas reflexiones iniciales sobre el uso judicial de la videovigilancia. En primer lugar, el acuerdo parece generalizado respecto de que el aumento en el número de cámaras y registros audiovisuales disponibles modificó las prácticas investigativas: el primer paso en todo proceso penal es corroborar si hay imágenes que puedan aportar datos. En relación con esto, emergieron durante los primeros años algunas controversias en torno de si estos registros podrían constituir o no una prueba válida, pero los debates se fueron disipando a partir de la producción de normativa específica que les otorgó validez legal.

En segundo lugar, observamos que los actores del ámbito judicial valoran y a la vez relativizan el aporte de las imágenes en la investigación penal. Por supuesto sin descartar su utilidad, enfatizan en que deben considerarse una herramienta que se suma a los instrumentos tradicionales para reconstruir los hechos en torno a un delito. En este sentido, destacan su función orientadora (en la que la evidencia proporciona una pista o hilo conductor que permite avanzar en una investigación) por sobre su función probatoria, y resaltan el rol de los expertos (fundamentalmente en referencia a aquellos/as trabajadores/as que adquirieron habilidades para la observación de imágenes) en la interpretación de lo que los registros pueden aportar como dato.

Ahora bien, una pregunta que quizás deberíamos continuar haciéndonos es en qué medida las imágenes son susceptibles de interpretación y cómo establecer criterios que eviten caer en la tentación de dar por cierto lo que muestran las cámaras aceptando acríticamente que sus registros constituyen una prueba indiscutida. Según Edmond y San Roque (2013), esta tendencia puede estar vinculada con un entusiasmo general por los sistemas de videovigilancia y, en este sentido, el determinismo tecnológico que atraviesa los discursos sobre estos dispositivos es clave: valores como la eficacia, la precisión y la innovación, junto con la idea de neutralidad de las tecnologías, suelen revestir el uso de las cámaras de seguridad (Galdon Clavell, 2015; Lio, 2020). A partir de las transformaciones en las prácticas de investigación en la policía portuguesa, Miranda (2015) identifica dos falacias: por un lado, la “falacia de la innovación”, según la cual lo nuevo siempre es mejor o más efectivo que lo viejo; y por otro lado, la “falacia de la vanguardia”, que resalta la importancia de parecer moderno. El problema está entonces en asumir su valor de verdad y equiparar las imágenes a la realidad.

En tercer lugar, el uso de las imágenes de las cámaras de seguridad suele aparecer vinculado a la reconstrucción de los hechos y a la identificación de los actores involucrados. Es decir, su valor se

sostiene, fundamentalmente, en el aporte al reconocimiento del autor del delito. Sin embargo, a modo de cierre, nos interesa dejar planteadas otras dos cuestiones en relación con esto sobre las que continuar reflexionando.

Por un lado, la pregunta acerca de la utilidad o efectividad de las imágenes en la investigación judicial nos obliga a preguntarnos, en primera instancia, a qué nos referimos. ¿Cuándo se considera que una imagen es útil? En este sentido, resulta interesante continuar indagando, a través de investigaciones empíricas y situadas, en el aporte indirecto de los registros a la reconstrucción de los hechos y el reconocimiento del autor del delito que en las fiscalías identifican como el uso principal de estas herramientas tecnológicas. Más que análisis estadísticos sobre la eficiencia de la videovigilancia en relación con su uso judicial—que requerirían además de un estudio contrafactual que analice qué hubiera sucedido si las imágenes no hubiesen estado disponibles—acercamientos de tipo cualitativo y etnográfico que permitan densificar las descripciones sobre los modos en que se utilizan las imágenes en la investigación criminal y los obstáculos o limitaciones que se presentan en la práctica.

Por otro lado, nos interesa recuperar una inquietud por el rol que juegan las imágenes de videovigilancia en el marco de otro tipo de evidencia con valor judicial. Circunscribir el uso de las imágenes a la identificación de una persona sospechosa y, eventualmente, a la captura del culpable ignora el valor potencial de las grabaciones para permitir eliminar a una persona de la lista de sospechosos. En este sentido, las cámaras de seguridad son utilizadas también como herramienta por parte de las defensas para demostrar la inocencia o justificar coartadas de los acusados. Un veloz repaso por las noticias del último tiempo permite identificar algunos casos resonantes que sirven de ejemplo en este sentido. En el asesinato de Fernando Báez Sosa en Villa Gesell en enero pasado, las numerosas imágenes de cámaras de seguridad que se incorporaron a la investigación y que se difundieron en los medios no solo se utilizaron para identificar a los

culpables sino también para desvincular de la causa a Pablo Ventura, inicialmente acusado, a través de un video que lo ubicaba en un restaurante de Pilar la noche del homicidio.

Sobre estos otros usos no represivos de la videovigilancia Evans (2015) desarrolla la idea de “medio recolector”, en tanto puede funcionar como una herramienta para capturar escenas cotidianas que permitan fiscalizar el accionar policial y evidenciar posibles conductas ilegales o abusos de poder. En Argentina, las imágenes también fueron protagonistas en el caso del policía Luis Chocobar, en tanto permitieron comprobar que había disparado y matado por la espalda a Pablo Kukoc el 8 de diciembre de 2017, mientras el joven de 18 años escapaba luego de haber robado y apuñalado a un turista en el barrio porteño de La Boca (Infobae, 02/02/2018). Los registros visuales que tomaron carácter público un par de meses después fueron una de las herramientas que utilizó el Juez de la causa para procesar al suboficial de la Policía Bonaerense por “homicidio agravado por exceso en el cumplimiento del deber” (La Nación, 18/02/2019).

La circulación de las imágenes en este caso generó una enorme polémica y los medios polarizaron las posiciones a partir de la pregunta “¿héroe o asesino?” (Telefé Noticias, 19/02/2018; Todo Noticias, 05/02/2018). El por entonces presidente de la Nación, Mauricio Macri, y su Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, intervinieron con un fuerte respaldo al accionar del policía, en un acto que recrudeció la discusión en torno al caso, generando críticas por la “demagogia punitiva” ejercida por el Gobierno Nacional y la validación de la violencia policial, como expresaron, por ejemplo, desde el CELS en varios comunicados (CELS, 2018). Un caso similar fue registrado en agosto de 2019, cuando imágenes de una cámara de seguridad captaron el momento en que el Policía de la Ciudad Esteban Ramírez pateaba violentamente a Jorge Gómez a la altura del pecho ocasionado su muerte (Página 12, 20/08/2019). Ahora bien, Chocobar será juzgado en juicio oral por el homicidio agravado por

exceso en el cumplimiento del deber y no por homicidio agravado como pedía la querella, a pesar de que las imágenes muestran que disparó a Kukoc por la espalda (La Nación, 09/03/2020). Algo similar sucede con el caso de Jorge Gómez, en el que Esteban Ramírez fue procesado por el delito de “homicidio preterintencional”—que implica que hubo intención de provocar lesiones, pero no de matar—y fue solicitada por la fiscal a cargo la elevación a juicio oral con esa misma carátula (Página 12, 17/03/2020).

Como sostiene Evans (2015), frente a acusaciones de abuso por parte de agentes policiales, la videovigilancia podría tener otro tipo de utilidad como evidencia para controlar a las fuerzas de seguridad y reclamar que rindan cuentas por sus actos. Sin embargo, los casos que analiza el autor lo llevan a observar que, dado que las cámaras “nunca cuentan la historia completa”, en la interpretación se ponen en juego las estructuras legales, institucionales y de poder que permiten imponer un cierto relato por sobre el resto. En este sentido, recobra aún más relevancia la indagación en el uso judicial de la videovigilancia a partir de casos que puedan mostrar en una escala micro, situada y concreta, los usos de los registros audiovisuales de las cámaras de seguridad y las prácticas que se despliegan en la investigación del delito, con la idea de que, como sostiene Becker (2016), estas observaciones y descripciones densas generen nuevas inquietudes y nuevas preguntas que nos permitan profundizar el conocimiento sobre el tema.

Referencias

Appendino, S., Parra de Gallo, B. y Aprile, F.: “Inconvenientes en la obtención, preservación y presentación de la prueba electrónica”, *Cuadernos Universitarios*, 4, 2011, 225-231.

Armitage, R.: “To CCTV or Not to CCTV: a review of current research into the effectiveness of CCTV systems in reducing crime”, *Nacro. Community Safety Practice Briefing*, 2002, 1-8.

Ashby, M.: “The Value of CCTV Surveillance Cameras as an Investigative Tool: An Empirical Analysis”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23 (3), 2017, 441-459.

Becker, H.: *Mozart, el asesinato y los límites del sentido común. Cómo construir teoría a partir de casos*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

Ball, K., Haggerty, K., y Lyon, D.: *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, New York: Routledge, 2012.

Bueno de Mata, F.: “La práctica de la prueba electrónica en sede judicial: ¿vulneración o reforzamiento de principios procesales?”, *La Ley. Especial Cuadernos de Probática Y Derecho Probatorio*, 14, 2014, 1-6.

Callon, M.: “El proceso de construcción de la sociedad. El estudio de la tecnología como herramienta para el análisis sociológico”, en: M. Domènech y F. Tirado (comps.): *Sociología simétrica. Ensayos sobre ciencia, tecnología y sociedad*, Barcelona: Gedisa, 1998, 143-170.

Callon, M.: “Redes tecno-económicas e irreversibilidades”, *REDES*, 8 (17), 2001, 85-126.

Callon, M., y Law, J.: “After the individual in society: lessons on collectivity from science, technology and society”, *Canadian Journal of Sociology*, 22 (2), 1997, 165-182.

Calzado, M. “El Sherlock Holmes 2.0. la noticia policial entre expedientes judiciales, redes sociales y cámaras de seguridad”, *Opción*, 31 (4), 2015, 177-196.

Calzado, M., Gómez, Y. y Lio, V., “Noticias policiales y nuevos modos de narrar la inseguridad en la televisión argentina de aire”, *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 44, 2019, 217-243.

Calzado, M. y Lio, V.: “New Routines in the Production of TV Crime News in Argentina” (*en prensa*), en: Wiest, J. (ed.): *Crime, Criminals, and Mass Media*, Bingley (UK): Esmerald Publishing Limited, 2020.

Carrasco, M.: “Desafíos de la video vigilancia a nivel municipal”, en: T. Schleider y M. Carrasco (eds.): *Municipios: los nuevos actores de la seguridad ciudadana*, CABA: ILSER, 2016, 117-124.

Cejas, E. y González, C.: “Estado de la normativa sobre video vigilancia en Argentina y su relación con la protección de datos personales”, *Actas del 15º Simposio Argentino de Informática y Derecho*, Buenos Aires, 2015, 174-184.

CELS: “El caso del policía Chocobar: la falsa alternativa entre ‘garantismo’ y ejecuciones policiales”, *Política de seguridad*, 02/02/2018.

Constanzo, B., Lamperti, S., Lasia, S., Podestá, A., Cistoldi, P. y Di Iorio, A.: “El análisis automático de datos, su aporte a la investigación criminal”, en *Actas de las 46 JAIIO*, Córdoba, 4 al 8 de septiembre de 2017, 115-128.

Crawford, A., y Evans, K.: *Crime Prevention and Community Safety*, en: Leibling, A., Maruna, S. y McAra, L. (eds.): *Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Davies, G. y Thasen, S.: “Closed-circuit television: How effective an identification aid?”, *British Journal of Psychology*, 91, 2000, 411-426.

Davis, J. y Valentine, T.: “CCTV on trial: Matching video images with the defendant in the dock”, *Applied Cognitive Psychology*, 23 (4), 2009, 482-505.

Di Iorio, A. (*et al.*): *Guía Integral de Empleo de la Informática Forense en el Proceso Penal*, Mar del Plata: InFo-Lab, 2015.

Díaz Limón, J.: “Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 47, 2018, 19-42.

Edmond, G., y San Roque, M.: “Justice’s Gaze: Surveillance, evidence and the criminal trial”, *Surveillance & Society*, 11 (3), 2013, 252-271.

Evans, R.: “The footage is decisive?: Applying the thinking of Marshall McLuhan to CCTV and police misconduct”, *Surveillance and Society*, 13 (2), 2015, 218-232.

Galdon-Clavell, G.: “Si la videovigilancia es la respuesta, ¿cuál era la pregunta? Cámaras, seguridad y políticas urbanas”, *Eure*, 41 (123), 2015, 81-101.

Gallavin, C. y Wall, J.: “Search and surveillance, and the exclusion of evidence in New Zealand: clarity or confusion?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 16, 2012, 199-211.

Gill, M. y Spriggs, A.: *Assessing the Impact of CCTV. Home Office Research Study No. 292*, London: Home Office Research, 2005.

Giordano Lerena, R., Di Iorio, A., Oyuela, J., Constanzo, B. y Cistoldi, P.: “Info-Lab: Desarrollando Tecnología Nacional en Informática Forense”, en *Actas de las 47 JAIIO Jornadas Argentinas de Informática*, Buenos Aires, septiembre de 2018.

Hempel, L., y Töpfer, E.: “CCTV in Europe”, *Final report (No. 15)*, Berlín, 2004.

Infobae: “Video exclusivo: el momento en el que el policía Chocobar le dispara al ladrón del turista estadounidense”, 02/02/2018.

Kessler, G.: *El sentimiento de inseguridad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.

La Nación: “El policía Chocobar va a juicio acusado de homicidio agravado”, 18/02/2019.

La Nación: “Se volvió a suspender el inicio del juicio al policía Luis Chocobar”, 09/03/2020.

Latour, B.: *Reensamblar lo social. Una introducción a la teoría del actor-red*, Buenos Aires: Manantial, 2008.

Ley N° 11.922. “Código Procesal Penal”, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 23 de enero de 1997.

Ley N° 14.172. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 8 de noviembre de 2010.

Lio, V.: *Gobernar la mirada. Controversias en torno a la videovigilancia en la Provincia de Buenos Aires (2007-2015)*. Tesis para optar por el título de Doctora en Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Sociales, UBA: Buenos Aires, 2018.

Lio, V.: “La extensión de la videovigilancia en el territorio bonaerense”, *Geograficando*, 15 (1), 2019.

Lio, V.: “La efectividad puesta a prueba. Funciones y limitaciones de la videovigilancia del espacio público”, *Ciencia Docencia y Tecnología*, 31, (60), 2020, 71-105.

Lio, V., y Urtasun, M.: “Interrogantes y claves de lectura para la investigación de la videovigilancia”, *Delito y Sociedad*, 25 (41), 2016, 37-58.

Marklund, F., y Holmberg, S.: *Kameraövervakning på Stureplan och Medborgarplatsen. Rapport series*, Estocolmo: Swedish National Council for Crime Prevention, 2015.

Miranda, D.: “Criminal investigation through the eye of the detective: Technological innovation and tradition”, *Surveillance and Society*, 13 (3/4), 2015, 422-436.

Murphy, T.: “The Admissibility of CCTV Evidence in Criminal Proceedings”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 13 (3), 1999, 383-404.

Norris, C.: “The success of failure: Accounting for the global growth of CCTV Clive”, en: Ball, Haggerty y Lyon (eds.): *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, New York: Routledge, 2012, 251-258.

Ordoñez, C. y Bielli, G.: *La prueba electrónica. Teoría y práctica*, Buenos Aires: La Ley, 2019.

Página 12: “Un policía mató a un hombre de una patada”, 20/08/2019.

Página 12: “Patricia Bullrich y cómo defender a patadas la doctrina Chocobar”, 22/08/2019.

Página 12: “Crimen de Villa Gesell: fue sobreseído Pablo Ventura”, 05/02/2020.

Página 12: “Para una fiscal el policía que mató de una patada no tuvo intención de matar”, 17/03/2020.

Ramírez Hermosilla, T.: “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1), 2016.

Resolución N° 889. “Protocolo de Cadena de Custodia”, Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19 de octubre de 2015.

Rivolta, M.: “Medios de prueba electrónicos: Estado de avance en la legislación argentina”, en *Actas del IV Congreso Argentino de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2007.

Rodríguez, M., Constanzo, B., Lazia, S., Podestá, A., Di Iorio, A.: “Que el árbol no tape el bosque: el uso de software en la investigación criminal”, en *Actas del VI CONAIISI*, Buenos Aires, mayo de 2018.

Rodríguez Games, N., Fernández, S., y Sain, M.: *Seguridad y gobiernos locales en Argentina*, Buenos Aires: UMET, 2016.

Salas, R.: *Manejo y validación de evidencia digital*, Puerto Rico: E-Crime Institute Inc., 2016.

Sayes, E.: “Actor–Network Theory and methodology: Just what does it mean to say that nonhumans have agency?”, *Social Studies of Science*, 44 (1), 2014, 134-149.

Schleider, T., y Carrasco, M.: *Municipios: los nuevos actores de la seguridad ciudadana*, Buenos Aires: ILSSED, 2016.

Sozzo, M.: “Gobierno local y prevención del delito en la Argentina”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 6, 2009, 58-73.

Stedmon, A.: “The camera never lies, or does it? The dangers of taking CCTV surveillance at face value”, *Surveillance & Society*, 8 (4), 2011, 527-534.

Telefé Noticias: “Chocobar ¿Héroe o asesino?”, 19/02/2018.

Todo Noticias: “Chocobar, ¿de héroe a asesino?”, 05/02/2018.

Waples, Gill y Fisher: “Does CCTV displace crime?”, *Criminology & Criminal Justice*, 9 (2), 2009, 207-224.

Piza, E., Welsh, B., Farrington, D. y Thomas, A.: “CCTV surveillance for crime prevention. A 40-year systematic review with meta-analysis”, *Criminology & Public Policy*, 18 (1), 2019, 135-259.

EL MONITOREO JUDICIAL DE LA POLICÍA EN EL PROCESO PENAL: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CASOS DE BUENOS AIRES Y METRO MANILA

JUDICIAL MONITORING OF THE POLICE IN CRIMINAL
PROCEEDINGS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE
CASES OF BUENOS AIRES AND METRO MANILA

PABLO CIOCCHINI
UNIVERSIDAD DE LIVERPOOL

RESUMEN (*)

El rol de jueces y fiscales como garantes del estado de derecho es fundamental en el actual contexto de creciente populismo penal.

Su rol es aún más significativo en las sociedades del Sur Global en dónde la corrupción y el abuso policial vuelven al populismo penal aún más peligroso que en el Norte Global. En este contexto,

la supervisión sobre las actuaciones policiales durante la investigación penal que ejerce en forma directa el fiscal e indirecta el juez penal tiene un impacto muy significativo; sin embargo, la ineficacia de la justicia penal limita su intervención.

Aún más, reformas que buscaron mejorar su eficacia han limitado su capacidad de controlar los procedimientos policiales. En este artículo se compara el rol que cumplen los jueces y fiscales en

casos penales en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) y Metro Manila (Filipinas). El análisis comparativo demuestra que, en ambos casos, la situación es preocupante. La supervisión de jueces y fiscales sobre las policías está seriamente debilitada.

ABSTRACT

In a context of expanding penal populism, the role of judges and prosecutors as guardians of the rule of law is more crucial than ever. This is particularly true for societies of the Global South

where police corruption and brutality produce an even more dangerous version of the penal populism found in the Global North. Thus, the judicial supervision over the police during the investigation of criminal cases, carried out directly by the prosecutor and indirectly by the judge, has a significant impact.

However, the inefficacy of criminal courts severely limits such supervision. Furthermore, reforms which aimed at improving courts' efficiency have unintendedly restrained their ability to control police procedures. This article compares the role of judges and prosecutors in criminal cases in the Province of Buenos Aires (Argentina) and Metro Manila. The analysis shows that in both cases the situation is worrying due to weakening of the supervision of judges and prosecutors over police.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA PENAL / REFORMA PENAL / POLICIA

KEYWORDS

CRIMINAL JUSTICE / JUDICIAL REFORM / POLICE

(*) Una versión previa de este trabajo se encuentra publicada en Estudios Socio-Jurídicos

RECIBIDO: 13/10/20
ACEPTADO: 25/11/20

Introducción

En las últimas décadas hemos presenciado dos preocupantes tendencias a nivel global que se retroalimentan. La creciente sensación de inseguridad y la respuesta del estado basada en políticas punitivas. En este contexto, es imprescindible el control de la legalidad de las actuaciones policiales por parte de la justicia penal. Sin embargo, la institución judicial se encuentra enfrentando serios problemas de legitimidad debido a su ineficacia e ineficiencia. En las últimas décadas se han llevado a cabo una serie de reformas legales y organizacionales para superar estos problemas. Las reformas de la justicia penal han sido un fenómeno verdaderamente global. Si bien han adquirido diversas formas alrededor del mundo, dos elementos comunes a la vasta mayoría han sido la adopción o intensificación del sistema adversarial en el nombre de la democracia y los derechos humanos, y la introducción de mecanismos alternativos al juicio para resolver los casos en el nombre de la eficiencia y eficacia.

Mucho se ha escrito con relación a las contradicciones de estos dos elementos y sus justificaciones (Ciocchini, 2013*b*). Uno de los procedimientos más controversiales introducidos con la reforma ha sido el *plea bargaining* anglosajón. En América Latina se adoptaron diversas variantes de esta negociación de los cargos y/o de la pena. Su introducción generó una fuerte resistencia por parte de los actores judiciales ya que su lógica es extraña a la tradición jurídica que siempre justificó el proceso penal, y el posible castigo impuesto, en base al descubrimiento de la verdad material. De esta forma, el juicio abreviado cuestionaba seriamente el componente simbólico del castigo penal. Sin embargo, las objeciones más serias se relacionaban menos con estos reparos que (quizás demasiados teóricos si se los confrontaba con la realidad de la práctica judicial) con otros más sustanciales, como por ejemplo, el carácter extorsivo de la negociación que lleva a la admisión de la culpa o al menos de la pena.

Pero otro efecto que la negociación de los cargos y/o de la pena acarrea, tan problemático como los anteriores, y que sin embargo no ha sido enfatizado de la misma forma en la literatura, es el debilitamiento del control indirecto que los actores judiciales realizan sobre la legalidad de las actuaciones policiales durante el proceso penal. Este aspecto es particularmente relevante en jurisdicciones en donde la corrupción y el abuso policial se encuentra extendido y naturalizado. Esta falta de transparencia y control es singularmente visible en las sociedades del Sur global. En este artículo se analiza cómo las reformas institucionales que buscaban incrementar la transparencia, eficacia y eficiencia de las instituciones judiciales, han terminado promoviendo procedimientos que desarticulaban el monitoreo judicial sobre la policía que ejercían previamente. El análisis se centra en dos casos paradigmáticos de dos diferentes tradiciones. La justicia penal de la Provincia de Buenos Aires (PBA) ilustra las reformas sufridas por los sistemas denominados inquisitivos, muchos de los cuales funcionaban en base a procedimientos escritos. Por su parte, el caso de Metro Manila en las Filipinas nos permite observar los cambios sufridos en sistemas adversariales, pero con crónicos problemas de demoras y falta de transparencia. En ambos casos se analizan los cambios legales e institucionales y la percepción de los actores sobre los mismos.

El artículo está organizado en tres secciones. La primera sección revé la literatura sobre el control o monitoreo judicial de la policía durante el proceso penal. Las secciones segunda y tercera analizan los casos de Argentina y Filipinas, respectivamente. Por último, se ofrecen una serie de reflexiones sobre el potencial explicativo de los análisis comparativos críticos entre jurisdicciones del Sur global y las necesidades específicas de estas sociedades.

La supervisión judicial de la investigación criminal

El monitoreo de las actuaciones policiales durante la fase de investigación no suele ser una función explícitamente reconocida por

la ley. De hecho, tampoco existe un desarrollo doctrinario sobre esta función de la institución judicial. Sin embargo, existen varios trabajos de sociología jurídica que documentan empíricamente el reconocimiento institucional de ese monitoreo en varias jurisdicciones. Este reconocimiento se halla más claramente aceptado en las jurisdicciones con tradición inquisitiva en donde el juez o el fiscal dirigen la investigación. Justamente la falta de reconocimiento de esta función en las jurisdicciones adversariales, en particular en la norteamericana y la inglesa, han llevado a varios autores a explorar en forma comparativa la supervisión que ejercen fiscales y jueces en el sistema francés, alemán, italiano y holandés (Field, 1994; Hodgson, 2001; Montana, 2009). Vale la pena explorar las diversas soluciones ofrecidas y las fortalezas y limitaciones identificadas por dicha literatura.

Un punto en común en la literatura anglosajona es la crítica al sistema inglés en el cual ni el fiscal ni el juez supervisan la investigación dirigida por la policía (Jackson, 1988; Field, 1994; Hodgson, 2001). Esta crítica no se circunscribe a los círculos meramente académicos. Por el contrario, en respuesta al escándalo creado por condenas injustas en Inglaterra se estableció una comisión a comienzos de la década de los noventa para examinar el sistema de justicia y recomendar cambios que incrementen su eficiencia y efectividad con un especial hincapié en evitar errores judiciales y condenas injustas. La comisión halló que un factor clave en las condenas injustas era la percepción de la policía respecto de lo que su trabajo demandaba. La policía inglesa una vez que había identificado a un sospechoso no se consideraba bajo el deber moral o legal de explorar otras líneas de investigación que pudieran llevar a su exoneración (Field, 1994: 119). Esto llevó a la comisión a analizar los sistemas de supervisión implementados en Europa continental. La comisión llegó a la conclusión de que ninguno de dichos sistemas implementa un control verdaderamente efectivo y que, por lo tanto, era aconsejable mejorar el control judicial en el sistema imperante en

lugar de realizar una modificación más drástica. Sin embargo, para Field esta conclusión se basa en una comprensión superficial de los sistemas continentales (1994: 123-124). Los sistemas son muy diversos y que a pesar de las limitaciones que puedan tener los jueces de instrucción o fiscales franceses en el control de la policía, o la práctica de los fiscales alemanes de control a posteriori la investigación una vez que la policía la ha concluido, todos ellos garantizan cierto nivel de control necesario (Field, 1994: 126-128). Aún más, Field sostiene que existen soluciones institucionales, en particular el sistema holandés en el cual el control es realizado por un tercero que no tiene bajo su responsabilidad ni la acusación ni la decisión sobre la culpabilidad del imputado, que permiten neutralizar algunos de los elementos más problemáticos y a su vez incrementar significativamente el control sobre la policía (1994: 131). En definitiva, el análisis de Field es importante porque resalta la posibilidad y necesidad de una supervisión sobre la policía, ya sea a través de un fiscal, de un juez o un tercer funcionario judicial, como en el caso holandés.

Por su parte, Hodgson (2001) explora en profundidad tanto la legislación francesa como la interpretación de esta por parte de los propios actores judiciales franceses. Del análisis legislativo resalta la dirección de la investigación por parte de los fiscales (los jueces de instrucción solo dirigen la investigación en casos excepcionalmente serios) desde su comienzo. Sin embargo, en la práctica jueces y fiscales entienden su rol como representantes de la sociedad con el fin último de alcanzar la 'verdad' por sobre la protección del debido proceso. La investigación es delegada en la práctica en la policía, en la cual confían. Debido a esta delegación y la presunción de que la policía trabaja en forma objetiva, Hodgson concluye que el sistema francés ofrece una supervisión más bien burocrática que brinda pocas garantías al acusado (2001: 359).

Es interesante contraponer las conclusiones de Hodgson con las de Montana (2009). Estudiando el caso de la justicia italiana llega a la

conclusión que la supervisión es efectiva, aun cuando las prácticas no se ajustan completamente a lo requerido por la ley. Efectivamente, a través de entrevistas con fiscales y policías y la observación de audiencias Montana concluye que la supervisión judicial es efectiva en el sentido de que permite regular y orientar la investigación pero que esto no resulta de un control directo constante, sino de una combinación de estrategias. En primer lugar, los fiscales delegan en la mayoría de los casos la investigación a la policía ejerciendo una muy limitada revisión de sus resultados. Esto es lo que Montana, siguiendo a Hodgson, denomina revisión burocrática. Sin embargo, en los casos que los fiscales consideran serios toman la iniciativa dirigiendo efectivamente a la policía durante la investigación. En definitiva, Montana nos ofrece una interpretación con más matices: la supervisión se ejerce en forma excepcionalmente directa, pero esto no impide reconocer, que aún en la supervisión más burocrática, existe un cierto control, o al menos la potencialidad de dicho control. Este argumento es muy interesante, ya que como veremos en las próximas secciones, este tipo de control selectivo es el más común en la Provincia de Buenos Aires (PBA).

Choe (2018) por su parte amplía los casos estudiados al incluir en su trabajo comparativo junto a los países europeos dos asiáticos, Corea y Japón. En su trabajo divide los sistemas de justicia penal usando dos criterios. En primer lugar, clasifica los sistemas en función de si la relación entre la policía y los fiscales es jerárquica o de coordinación. Por otra parte, los divide en razón a la función que cumple el fiscal: dirige la investigación o se centra en la presentación de la investigación realizada ante el tribunal. Lo interesante del trabajo de Choe es señalar los problemas que acarrea el excesivo involucramiento del fiscal en la investigación. En jurisdicciones como Corea o Japón, donde los fiscales están muy involucrados en la investigación del caso, se desdibuja la supervisión con el consiguiente peligro de legitimar condenas injustas (Choe, 2018: 94).

Por último, en América Latina, las reformas procesales llevadas a cabo desde principio de la década de los noventa del siglo pasado buscaron explícitamente limitar el poder de los jueces inquisitivos sobre la investigación al asignar dicha función a los fiscales (Duce, 2009). El principio fundamental era que los fiscales dirigieran la investigación, y de esta forma, al estilo italiano descrito previamente, supervisarán la labor policial. Por su parte, se creó un juez de garantías que debía autorizar los requerimientos del fiscal durante dicha investigación, es decir autorizar medidas tales como la detención del imputado o el secuestro de elementos probatorios. De esta manera, la expectativa era que los fiscales ejercieran un control directo sobre la policía a través de su participación activa en la investigación propiamente dicha. Sin embargo, como se describiera posteriormente en el caso de la PBA esto no terminó ocurriendo.

Es importante recordar que la cuestión del monitoreo judicial se relaciona con el rol protagónico que la policía ha adquirido durante la investigación a través del tiempo. Según Jackson (1988: 559) en los códigos decimonónicos se establecía que la policía sólo intervenía en los primeros pasos de la investigación, la cual era dirigida por el juez o fiscal a cargo. Sin embargo, esas aspiraciones fueron rápidamente traicionadas en la práctica. La policía suele presentar a quien se encuentra formalmente a cargo, ya sea el juez o el fiscal, un expediente con el resultado de su investigación (suele incluir las declaraciones de los testigos, la víctima y en algunas jurisdicciones incluso del sospechoso). El juez o fiscal controla dicho expediente desde su perspectiva jurídica y, de ser necesario, requiere se realicen las pericias, interrogatorios u otras medidas complementarias que juzgue necesarias previa imputación formal. Esta práctica excluye a la defensa de una parte significativa de la investigación, limitando las estrategias disponibles al cuestionamiento posterior de la evidencia recolectada y, muy especialmente, de las formas en que fuera recolectada. Por esto, Jackson (1988: 565) argumenta la necesidad de ofrecer documentar detalladamente, ya sea a través de grabaciones del

audio o incluso del video, los interrogatorios realizados por la policía, además de requerir la presentación a la defensa de toda evidencia incriminatoria o exculpatória obtenida. Es decir, la expansión del rol de la policía en la fase investigativa requiere una mayor transparencia para permitir a la defensa supervisar su accionar. Pero incluso Jackson, recomienda fortalecer dicha supervisión con la introducción de la supervisión de un juez, cuyas decisiones sean apelables frente a un tribunal de segunda instancia durante la fase previa al juicio (1988: 566-67). De hecho, esta recomendación es similar al sistema implementado en la PBA, que como veremos con mayor detalle en la próxima sección, asigna la función del control de la fase previa al juicio a un juez de garantías cuyas decisiones son apelables ante la Cámara de Apelación y Garantías. Sin embargo, cómo Hodgson (2001) demuestra en su análisis del sistema francés previamente mencionado, estos arreglos institucionales pueden acabar consolidando una supervisión meramente burocrática.

La supervisión durante la fase previa al juicio es crucial ya que en esta etapa el imputado suele ser privado de su libertad total o parcialmente, así como ver otros derechos fundamentales restringidos. Esto es aún más serio en sistemas en donde la demora judicial prolonga por meses e incluso años la etapa previa al juicio y las condiciones de detención vulneran los derechos humanos. Como veremos en las próximas secciones, los casos de la PBA y Metro Manila adolecen de estos problemas. Si bien existe una diferencia debido a las tradiciones inquisitivas y adversariales en los sistemas, en el sistema imperante en ambos casos existe una clara expectativa de supervisión de la investigación por parte de la fiscalía y, en menor medida, de supervisión indirecta por parte de los jueces. Sin embargo, las observaciones y entrevistas demuestran la limitada supervisión que se lleva a cabo y señalan algunos factores claves para entender dicha actitud.

Es importante señalar que junto con la supervisión durante la etapa de investigación, el juicio, particularmente el oral y público,

debía operar como otro control indirecto sobre la policía. Esto es especialmente cierto ya que la mayoría de los casos están sustentados en la declaración de la víctima, los oficiales involucrados en la aprensión del sospechoso y unos pocos testigos cuya declaración fue originalmente tomada por los oficiales. De esta forma, el juicio oral y público ofrecía a la defensa la oportunidad de confrontar la evidencia recabada por la policía y de esta forma se transparentaba el proceso. Sin embargo, esta función de control indirecto fue suspendida por la expansión de medios alternativos de solución del proceso como la *probation* o la negociación de la pena y/o de los cargos. Como mostrarán las próximas secciones, esto es evidente en los casos de la PBA y Metro Manila.

Los casos de la Provincia de Buenos Aires y la de Metro Manila

A pesar de las diferencias entre los países del Sur global los problemas con el funcionamiento de la institución policial y las tensiones entre esta y la institución judicial ofrecen muchos elementos en común. Este artículo se centra en la relación entre los actores judiciales, especialmente los jueces y fiscales, tras las reformas a los tribunales penales de Argentina, focalizándose en la PBA y las implementadas en Filipinas, en Metro Manila. Las reformas han sido cualitativamente distintas, pero en ambos casos tuvieron como uno de sus objetivos centrales eliminar la demora judicial. Para esto, en ambos casos, se simplificaron procedimientos y favorecieron el uso de mecanismos alternativos al juicio oral para resolver los casos. En particular, se ha favorecido el uso del *plea bargaining* en ambas jurisdicciones. La comparación de dos sociedades semiperiféricas del Sur global evita la trampa de presentar a uno de los sistemas como un “modelo” o “estándar” contra el cual medir el otro y ayuda a desarrollar un enfoque más reflexivo. Tanto Argentina como Filipinas han sufrido regímenes autoritarios. En el caso de Argentina ha sufrido numerosos golpes de estado durante el siglo veinte. La última dictadura militar, responsable por la desaparición de 30.000 personas,

gobernó entre los años 1976 y 1983 (CONADEP, 2010). En el caso de Filipinas, Ferdinand Marcos gobernó desde 1965 a 1986. Desde 1972 hasta 1981 se impuso la ley marcial. El gobierno de Marcos es responsable de más de miles de ejecuciones extrajudiciales y cientos de desaparecidos (Chua, 2012). En ambos casos, estos gobiernos autoritarios fueron sucedidos por gobiernos democráticos. También en ambos casos, la policía es acusada de corrupción y brutalidad, parcialmente legado del pasado autoritario (Ugolini, 2017; HRW, 2011).

La PBA es la provincia más grande y poblada de Argentina, hogar de más de 15 millones de habitantes que representan aproximadamente al 40 % de la población del país. La mayoría de la población de la PBA vive en el conurbano bonaerense, el área urbana que rodea a la ciudad de Buenos Aires (que es autónoma y tiene su propio sistema judicial). El área tiene un alto grado de industrialización, pero también gran conflictividad social debido a las marcadas desigualdades sociales, el crecimiento demográfico junto con el déficit de calidad y la falta de disponibilidad de los servicios urbanos y domiciliarios (Suárez y Palma Arce, 2010); además, sufre una de las mayores tasas de criminalidad en Argentina (Ministerio de Seguridad de la Nación, 2017). En 1996, la PBA se convirtió en una de las primeras jurisdicciones de América Latina en adoptar un sistema adversarial y reformas inspiradas en la gestión a mediados de la década de 2000.

Por su parte, Metro Manila es la región metropolitana de Manila, la capital de Filipinas. Es un área altamente industrializada y urbanizada con más de 12 millones de habitantes. La ciudad está caracterizada por una alta desigualdad social y económica, los asentamientos ilegales y deficientes servicios urbanos (Ragragio, 2003). Filipinas adoptó el sistema adversarial hace más de un siglo, durante el tiempo que sufrió el gobierno colonial de los Estados Unidos. Sin embargo, al igual que en Argentina, en Filipinas se han implementado una serie de reformas judiciales con el objetivo de

modernizar y mejorar la eficiencia de sus tribunales y la legislación sobre procedimientos penales.

El análisis comparativo de los marcos legales y procedimientos penales que estructuran a los tribunales no es suficiente para comprender las políticas de la institución judicial y de la racionalidad que gobierna las interacciones cotidianas de los actores judiciales. Dicho análisis jurídico debe ser completado con un análisis cualitativo de las prácticas judiciales. Este análisis socio-legal se basa en múltiples fuentes de datos que incluyen la legislación relevante, los informes publicados por el gobierno, las declaraciones públicas sobre estos asuntos por funcionarios del gobierno, entrevistas con informantes claves (actores judiciales locales) y la observación de audiencias en los tribunales. De esta forma, el análisis busca comprender los diferentes intereses en juego en el sistema judicial penal, prestando particular atención a la situación de los jueces y fiscales y sus relaciones con la policía y el gobierno.

Este artículo se centra en la pérdida de la supervisión judicial sobre el trabajo de investigación realizado por la policía en ambas jurisdicciones. La crisis del sistema judicial, junto con el grave incremento de sensación de inseguridad, ha afectado gravemente la legitimidad de jueces y fiscales y su capacidad de controlar a la policía. Más aún, los cambios llamados a acelerar la resolución de causas los han restringido a un rol menos activo, en el cual ejercen un control técnico indirecto, y en la mayoría de los casos se limitan a convalidar las decisiones tomadas por la policía.

Este artículo contrasta los resultados del trabajo de campo realizado en el PBA en los años 2010 y 2014 con los de la investigación realizada en Filipinas entre 2017 y 2018. El trabajo de campo en el PBA consistió en entrevistas semiestructuradas con jueces, fiscales y abogados públicos. De las 51 entrevistas realizadas, 45 fueron en 2010 y 6 en 2014. A su vez, durante 2010 se observó el funcionamiento de tres juzgados penales. La investigación en Filipinas consistió en 50 entrevistas con fiscales y jueces en la ciudad

de Manila realizadas entre 2017 y 2018 y la observación de los procedimientos judiciales en un juzgado regional de primera instancia. Las entrevistas y observaciones se complementaron con el análisis de la legislación procesal penal, las propuestas de reforma organizacional de los juzgados, los informes elaborados por el gobierno y por los grupos que impulsan reformas, y los informes periodísticos que dan cuenta de la actuación de los juzgados en la “guerra contra las drogas”.

La PBA: La incapacidad del gerencialismo para controlar la violencia policial

En 1983 se llevaron a cabo en Argentina elecciones democráticas luego de un oscuro período bajo el gobierno de una junta militar. Durante la dictadura se cometieron todo tipo de abusos de derechos humanos incluyendo la desaparición forzada de decenas de miles de argentinos. Debido a la participación de la policía en dichas atrocidades, en la PBA existía una gran preocupación por restringir el poder la misma en el proceso penal. Esta desconfianza llevó a que desde el año 1984, más de una década antes de que se llevara a cabo la reforma procesal penal integral de la PBA, se le suprimiera la facultad para tomar declaración al imputado, lo que se denominaba “indagatoria policial”. De esta forma, la declaración debía ser realizada frente al juez de la causa. Sin embargo, varios jueces y abogados entrevistados señalaron que, en la práctica, la declaración era realizada frente a los secretarios del juez. Por otra parte, los entrevistados indicaron que los jueces de instrucción delegaban la dirección de la investigación en la policía. Para evitar estas delegaciones, la reforma procesal de 1998 le asignó al fiscal el control sobre la investigación y al juez de garantías el control sobre la actividad del fiscal. De esta forma se buscaba que el fiscal actuara en forma ágil, sin tantos formalismos, ya que el juez de garantías aseguraba la legalidad de su actuación. La dirección de la investigación y en consecuencia de la policía quedaba en manos de los fiscales. Junto con el otorgamiento de la dirección de la investigación, se

requirió que la declaración del imputado, ya no denominada indagatoria, fuera realizada frente al fiscal. Además, se estableció la figura del juez de garantías, a los fines de asegurar la legalidad de la actuación fiscal. Todos estos eran mecanismos para evitar la detención arbitraria de personas, la confesión forzada y otras vejaciones por parte de la policía.

Sin embargo, en la PBA los jueces y fiscales no han podido ejercer una supervisión efectiva de la policía, en gran parte a causa de la combinación de dos factores: su poca legitimidad frente a la población y un rol muy reducido en los procedimientos penales reformados. Por un lado, los jueces y fiscales han perdido legitimidad por el constante ataque discursivo por parte del gobierno y los medios de comunicación, acusándolos de no castigar a los criminales e impedir que la policía actúe eficazmente. Por el otro, su rol ha sido reducido a través de las sucesivas reformas procesales penales que se han llevado a cabo. Estas reformas tuvieron como objetivo inicial garantizar el debido proceso, pero luego pasaron a priorizar la eficiencia de los tribunales incluso por sobre las garantías de los acusados. En pos de alcanzar esta eficiencia, las reformas han incentivado a los actores judiciales a negociar la culpabilidad en lugar de llevar la causa a juicio.

Las reformas del proceso penal

La PBA es un ejemplo paradigmático de las transformaciones que han sufrido los procedimientos penales en América Latina. El antecedente más importante a las reformas de la PBA en Argentina fue el intento de reforma del Código de Procedimientos Penales (CPC) de la jurisdicción federal en la década de los ochenta. Este último fue el primero de los proyectos de reforma procesal en América Latina en el marco de la transición hacia la democracia. En la región, a comienzos de los años ochenta regían códigos de procedimiento penal centenarios. A partir del proyecto de CPC en Argentina se formó una red de académicos latinoamericanos que

promovió el reemplazo de los códigos vigentes, a los que calificaron como “inquisitoriales”, por códigos basados en el sistema adversarial (Langer, 2007). El rasgo común de estas reformas fue el objetivo de implementar sistemas adversariales en la justicia penal. Se ha denominado a estas reformas, fruto del liderazgo mundial estadounidense, la “revolución del debido proceso” (Vogler, 2005). Estas reformas contaron con el apoyo financiero de organizaciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, y de agencias de cooperación como USAID, la Sociedad Alemana para la Cooperación Técnica, la Fundación Konrad Adenauer y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, entre otros. En 1992, la provincia de Córdoba, en Argentina, y Guatemala fueron las primeras jurisdicciones en la región en adoptar CPC basados en el sistema adversarial. Dos décadas después, más de 14 países latinoamericanos habían reformado sus CPC.

La principal preocupación en la primera ola de reformas procesales fue la sustitución de los procedimientos formales y escritos por otros menos formales, en los cuales las decisiones judiciales más relevantes, en especial la sentencia, fueran decididas en el marco de una audiencia oral y pública. Había consenso entre los reformadores en cuanto a que los procedimientos escritos habían burocratizado a la administración de justicia y eran la causa de la demora crónica que experimentaban los tribunales (Duce, 2009). La demora judicial, en conjunto con el uso generalizado de la prisión preventiva, era una de las causas de la superpoblación carcelaria. Más de la mitad de la población carcelaria en América Latina consistía en acusados sin condena firme, es decir, no habían sido juzgados o habiéndolo sido no se había resuelto su apelación (Carranza, 1996).

La red de académicos que promovían las reformas procesales sostenía que los sistemas adversariales eran más transparentes y eficientes (Ciocchini, 2013*b*). Afirmaban que el juicio oral y público brindaría transparencia y permitiría tomar las decisiones judiciales

necesarias para erradicar las prácticas autoritarias. También aseguraban que la eliminación del expediente judicial aliviaría notablemente la carga de trabajo. Por su parte, se sostenía que el juicio oral evitaría la postergación en el tiempo de la intervención en la causa de los diversos actores judiciales. De esta forma, fiscales, jueces y abogados defensores se encontraban forzados a tomar decisiones y pronunciarse en forma inmediata durante las audiencias de juicio (Ciocchini, 2013a).

La reforma del CPC de la PBA en 1996 fue un ejemplo paradigmático de este tipo de reformas. En los fundamentos del nuevo CPC se establecía que: “(...) las dificultades que manifiesta la estructura actual (...) se materializan (...) en el congestionamiento de causas, la lentitud del trámite en los procesos, y la consecuente dilación en el dictado de las sentencias (...) generando en la población bonaerense una desalentadora sensación de inseguridad e injusticia, instalando en la opinión pública la idea de que la demora en el juzgamiento se traduce en impunidad. La superpoblación en las cárceles de la Provincia es una de tales consecuencias disvaliosas” (Fundamentos Ley 11.922).

Sin embargo, tal como ocurría en las jurisdicciones con tradición en el sistema adversarial, como es el caso de los Estados Unidos o Inglaterra, la reforma del CPC de la PBA (y en forma similar las del resto de América Latina) introdujo mecanismos para evitar el juicio a través de una negociación entre las partes¹. La introducción de estos mecanismos contradecía los objetivos de la reforma. Por un lado, reconocían que no era posible para el sistema tratar todos los casos a través de juicios orales y por lo tanto el juicio oral no podía reducir la demora. Por otro lado, no ofrecían la transparencia prometida y que se consideraba necesaria para democratizar la justicia. De hecho, estos mecanismos producían una preocupante concentración de poder en los fiscales al otorgarles poder discrecional para ofrecer o consentir

¹ El Código Penal había dos años antes introducido con alcance nacional otro mecanismo que permitía evitar el juicio: la suspensión del proceso a prueba.

una solución alternativa al juicio. Estos poderes discrecionales se sumaban a las amplias facultades otorgadas a los fiscales en el sistema adversarial del CPC de la PBA: la conducción de la investigación penal (antes a cargo de los jueces de instrucción), la decisión de archivar la causa o acusar al imputado y, finalmente, llevar adelante la acusación durante el juicio.

A comienzos del siglo veintiuno, luego de dos décadas de reformas, los resultados obtenidos tanto en la PBA como en las otras jurisdicciones de América Latina en las que se habían llevado a cabo reformas no eran los deseados (Palmieri *et al.*, 2004). El Centro de Estudios Judiciales de América (CEJA), una organización internacional con sede en Chile, perteneciente a la Organización de Estados Americanos, encargó una serie de estudios sobre el estado de las reformas procesales. Los estudios mostraban que las audiencias orales eran sistemáticamente evitadas por los actores judiciales que favorecían el uso del expediente judicial y las presentaciones escritas. La demora judicial no se había reducido significativamente. Los fiscales habían delegado la investigación en la policía, tal como lo hacían los jueces de instrucción en el pasado, sin ejercer el control más inmediato que los reformadores prometían (CEJA, 2005a, 2005b, 2008; Duce, 2005; Riego, 2007).

El fracaso de estas reformas en la reducción de la demora judicial y la falta de control sobre la policía se hizo más patente por el incremento del delito y de la sensación de inseguridad que cubrió toda la región desde finales del siglo veinte (Bergman, 2006). El delito marcó la agenda política de los gobiernos latinoamericanos y debilitó aún más la limitada legitimidad de la policía y de la administración de justicia penal (Flom y Post, 2016). Frente a estos fracasos, y la crisis de legitimidad que sufría la institución judicial, comenzó una segunda ola de reformas procesales promovidas por el CEJA. Las reformas se enfocaron explícitamente en implementar mecanismos para reducir la carga de trabajo de los tribunales y de esta forma erradicar la demora judicial. Reconociendo el fracaso de la primera ola de reformas que se

habían centrado en el cambio legal, las reformas promovidas por el CEJA se centraron en el cambio organizacional, a través de la promoción de nuevas prácticas judiciales (Binder, 2002; Duce *et al.*, 2002; REDEX, 2010).

En la PBA las reformas se focalizaron en procesar a través de audiencias tempranas los casos en los que el imputado había sido detenido en flagrancia, esto es, mientras cometía el delito o inmediatamente después de haberlo cometido. El CEJA identificó que estos casos ocupaban una parte importante de la carga de trabajo de los tribunales (Hazán y Riego, 2007). Sin embargo, estos casos, por su propia condición de detenidos en flagrancia, requerían un debate muy limitado sobre los hechos y la autoría, sin medidas probatorias complejas. Las reformas promovidas por el CEJA proponían que en estos casos se buscara negociar una solución alternativa entre las partes al poco tiempo de la detención en una audiencia oral, y que en los casos en que no se llegara a un acuerdo, se realizara sin demoras el juicio oral. El CEJA promovió la creación de oficinas dentro del sistema judicial que coordinaran a las agendas de los diversos actores judiciales y aseguraran la realización de las audiencias orales tempranas. Estas oficinas se denominaron Oficina de Gestión de Audiencias (OGA) en la PBA. Los reformadores sostenían que, al procesar rápidamente los casos en flagrancia, se liberarían recursos que se podrían dedicar a investigar y juzgar los casos más complejos (Hazán y Riego, 2007).

Estas reformas debieron enfrentar múltiples obstáculos. Jueces y fiscales se resistieron a cambiar sus prácticas y, en particular, a ceder sus agendas a las oficinas encargadas de organizar las audiencias (Hazán y Riego, 2007; Langer, 2007; Ciocchini, 2014, 2018). Si bien el gobierno de la PBA apoyó las reformas, este fue siempre inestable, afectado por las tensiones políticas y la escasez presupuestaria. El problema presupuestario fue particularmente grave, evidente en la falta de personal o de recursos materiales básicos, tales como computadoras o espacio para realizar las audiencias en los tribunales.

A pesar de los obstáculos, las reformas lograron imponer la realización de audiencias tempranas y reducir en forma significativa la duración de los procesos penales en los que el acusado fue atrapado en flagrancia (Pasará, 2015).

Sin embargo, el éxito en la reducción de la duración de las causas sencillas tuvo también consecuencias negativas. En primer lugar, las reformas agravaron la falta de control por fiscales y jueces de las actuaciones policiales. Los casos en los cuales el imputado ha sido detenido en flagrancia se basan en la evidencia recolectada por la policía en el momento del arresto, luego de una investigación deficiente o inexistente (Ciocchini, 2018). Estudios como los de Fondevila *et al.* (2016) demuestran que esto no fue un problema sólo de la PBA, sino que ocurrió en otras jurisdicciones de América Latina. Esto es consecuencia de la promoción de soluciones negociadas en las cuales se sacrifica el debate de la evidencia presentada y de la legalidad de las actuaciones policiales. Por otra parte, si bien el objetivo de los procedimientos para delitos flagrantes era liberar recursos para los casos más complejos, en la práctica ha ocurrido lo contrario; los recursos son concentrados en los casos que permiten mejorar las estadísticas judiciales en detrimento de casos más complejos que no siempre acaban en condenas (Hazán e Iud, 2010). Los casos complejos no suelen llegar a juicio, son resueltos a través de la negociación con el fiscal o por prescripción de la causa, y cuando lo hacen, los acusados deben esperar años detenidos (Ciocchini, 2018).

La debilitación de la supervisión judicial

Las reformas procesales en la PBA se han desarrollado en una constante tensión entre las aspiraciones democráticas y la demanda punitiva fomentada por la sensación de inseguridad y la politización del delito (Gutiérrez, 2017). Esta tensión ha redefinido el rol de los jueces que han pasado de dirigir las investigaciones penales, establecer qué actos se ajustan a la ley y qué castigo debe sufrir el condenado, a

un rol de control técnico indirecto que en muchos casos se limita a convalidar las decisiones tomadas por fiscales o la policía. A su vez, las expectativas respecto de los fiscales eran desmesuradas. Por una parte, se requería que pudieran dirigir a la policía en la investigación a pesar de tener una formación puramente jurídica y de carecer de un poder disciplinario que les permitiera ejercer su autoridad. Por otra parte, mientras que la ley les demanda ser imparciales en la investigación, se mide su rendimiento en términos institucionales y políticos en base a las condenas que obtengan.

La mayoría de los entrevistados acuerdan que este traspaso de facultades del juez al fiscal era necesario. Por ejemplo, un juez justificaba la reforma aduciendo que “[v]a ser muy difícil que un juez decrete la nulidad de algo que él mismo hizo por más que sea nulo”. (juez argentino 1, comunicación personal, 17 de diciembre de 2010).

Sin embargo, la reforma no eliminó el problema de imparcialidad, sino que lo trasladó al fiscal, como señalaba otro de los entrevistados: “El juez instructor y todas las objeciones apuntando a su [falta de] imparcialidad, por ahí no se habían formulado antes porque pensaban que los jueces actuaban imparciales muchas veces. Con la objetividad que después se le impuso al fiscal (...) [es similar a la situación del] juez instrucción” (Subsecretario de la Sala de Relatoría Penal, comunicación personal, 29 de diciembre de 2010).

Este problema se agrava al promover el uso de la discrecionalidad fiscal, por ejemplo, para archivar causas u ofrecer acuerdos de juicio abreviado.

La pérdida de liderazgo de los fiscales y jueces debe ser entendida como resultado de factores institucionales y sociales. En primer lugar, los jueces, los fiscales, y la institución judicial sufren de una seria falta de confianza por parte de la población (Oyanedel, 2016). Esta falta de confianza está fundada en un discurso que sostiene que ante la sensación de inseguridad vivida por la población los jueces protegen a los delincuentes en vez de castigarlos. Este discurso, repetido por medios de comunicación y políticos ha calado hondo e incluso se

manifiesta entre los jueces penales y fiscales como una confrontación ideológica entre progresivos y conservadores.

Los jueces, fiscales y abogados defensores progresistas son usualmente etiquetados por medios de comunicación y políticos como “garantistas”. El garantismo es una ideología jurídica desarrollada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli (2001) cuyo principio fundante es la creencia que el derecho debe entenderse como un sistema de garantías, entendidas como técnicas normativas de tutela de los derechos subjetivos de los individuos, frente al poder, ya sea este público o privado (Carbonell, 2006: 4). El garantismo penal propone un derecho penal mínimo, es decir, un derecho penal que busca imponer límites al poder punitivo del estado (Carbonell, 2006: 6). Sin embargo, el término es usado en forma despectiva por políticos y periodistas para criticar a actores judiciales, pero en especial a jueces y fiscales, por su supuesta interpretación del derecho en favor de los criminales.

Durante las entrevistas, si bien ningún juez, ni fiscal, abiertamente se presentó como “garantista” ni a favor de políticas de “mano dura”, en sus declaraciones se observa claramente su posicionamiento. Por ejemplo, un juez sostuvo que “(...) garantista en un sentido (...) es raro como el término terminó siendo algo peyorativo cuando en la realidad garantista es que en principio se respeten los derechos de cada uno, pero bueno se hace [ver] como algo negativo” (juez argentino 1, comunicación personal, 17 de diciembre de 2010). Otro juez explicaba que tenía “un convencimiento absoluto de que el punto de vista criminológico, de la sociología del control, lo único que podemos hacer es evitar todo lo posible aquello que su prisionización es dañosa (*sic*) y únicamente mandar gente presa cuando realmente no existe otra solución cultural a este problema. A mí no me van a venir con teorías [de] re[habilitación]. (...) [C]omparto los puntos de vista de Zaffaroni en muchas cosas (...) es hermoso discurso (...) pero por momentos es

un García Márquez del derecho penal” (juez argentino 2, comunicación personal, 13 de diciembre de 2010).

Frente a esta perspectiva, otro grupo de jueces considera que la función de los jueces o fiscales no es “crear” derecho sino aplicarlo, es decir, reconocen la necesidad de interpretación jurídica pero sostienen que la ley es mucho menos ambigua de lo que se sostiene y que el jurista debe evitar ocupar el rol del legislador. De esta forma, un juez entrevistado señalaba: “El código [penal] sale [promulgado] y los que lo resuelven son los legisladores y el juez lo que tiene que hacer (...) es aplicarlo porque si no habría una intromisión en la competencia de otro órgano del estado” (juez argentino 3, comunicación personal, 10 de agosto de 2010). Estos jueces suelen buscar ofrecer una interpretación lo más literal posible de la ley. Así un juez señalaba que: “a veces no es necesario interpretar, la ley literalmente es clara y no es necesario interpretarla más allá de lo que dice (...)” (juez argentino 4, comunicación personal, 10 de agosto de 2010). O como sostenía en forma similar una jueza entrevistada: “Yo tengo como norma el apego a la letra (...) soy bastante estricta, siempre trato en la interpretación, en lo que te da a lugar a interpretación porque hay normas que no, pero en general apegarme mucho a la letra de la ley (...) mi manera de efectuar el análisis es estrictamente literal” (juez argentino 5, comunicación personal, 13 de agosto de 2010).

Sin embargo, en un contexto de politización del delito con constantes cambios legislativos que buscan expandir el poder punitivo del estado el resultado de dicha interpretación ‘literal’ suele resultar en la convalidación de políticas de “mano dura”. Aún más, la supuesta interpretación literal de la ley que estos jueces y fiscales sostienen en muchos casos desconoce la primacía de la norma constitucional, es decir, las leyes deben ser interpretadas, en especial desde la vigencia de las nuevas constituciones de finales del siglo veinte, en relación con las garantías constitucionales que tienen prioridad sobre cualquier otra norma. Por lo tanto, el juez y el fiscal

deben aplicar normas penales solo si no viola las garantías constitucionales. El problema es el alcance que se le da a esas garantías constitucionales. En definitiva, como reconocía un juez la ley ofrece un amplio espacio para la interpretación y el sistema penal “puede ser una picadora de carne si los fiscales y jueces de garantía son una picadora de carne y puede ser un procedimiento respetuoso de todas las garantías constitucionales si los jueces y los fiscales son respetuosos de las garantías constitucionales.” (juez argentino 6, comunicación personal, 16 de diciembre de 2010). Estas tensiones dentro de la institución judicial hacen evidente hacia afuera que los jueces y fiscales tienen ideologías que afectan la forma en la que interpretan la ley. En un clima de inseguridad y desconfianza hacia las instituciones públicas, estas tensiones refuerzan la desconfianza hacia los jueces y fiscales ya que no se reconoce en ellos el liderazgo moral e intelectual para definir lo que es delito y cómo debe ser castigado.

La pérdida de liderazgo no ocurre sólo por tensiones dentro de la institución judicial sino también por una pérdida de liderazgo hacia la policía, la otra institución encargada de imponer el poder punitivo. En el viejo CPC de la PBA los jueces dirigían la investigación policial, mientras que en el nuevo CPC son los fiscales los encargados de ello. El papel de los jueces se ha reducido a controlar la legalidad de las actuaciones a través de otorgar o denegar las solicitudes de medidas de coerción (por ejemplo, la prisión preventiva) y probatorias (por ejemplo, el registro domiciliario). De esta forma, en la práctica el papel de los jueces se ha redefinido, de ser quienes activamente lideraban a la policía pasaron a ser quienes ejercen un papel reactivo de control técnico de la legalidad de las actuaciones de los fiscales y la policía. Por su parte, los fiscales se enfrentan a una policía acostumbrada a operar autónomamente. Como sostenía una fiscal entrevistada:

“A mí me parece que la institución policial es un monstruo, yo jamás me metería en la tarea de encauzar a la policía, me parece sacar un Titanic que se hunde, tratar de sacar algo con un baldecito. No digo que no, yo peleo a veces sanciones. Me parece que si yo cinco

veces le pido a la policía que cite a alguien que no cita se lo vuelvo a pedir la imbécil soy yo." (fiscal de menores argentina 1, comunicación personal, 15 de diciembre de 2010).

Por otra parte, las reformas procesales han contribuido a la pérdida de control sobre la policía de jueces y fiscales. Uno de los factores que producen desconfianza en la población es la demora judicial. Esta demora ha sido denunciada por medios de comunicación y políticos sosteniendo que acaba resultando en impunidad para los delincuentes. Las sucesivas reformas han buscado justificar en esta demora judicial la progresiva imposición de una lógica gerencialista que discipline la labor diaria de los jueces (Ciocchini, 2014, 2018). Aunque las reformas de tinte gerencial no llegaron a imponer la medición del desempeño de los jueces en términos de cantidades de sentencias condenatorias sí han promovido un giro desde la preocupación por el caso individual hacia la cartera de casos. Este giro significa que, mientras en el pasado la lógica judicial priorizaba alcanzar la comprensión más acabada de los hechos del caso y de la ley aplicable por sobre el tiempo requerido para hacerlo, en la lógica gerencial se prioriza la resolución de la mayor cantidad de casos por sobre la discusión en profundidad del caso individual. Esto no es problemático en sí, pero sí en un contexto en el cual los casos requieren una discusión profunda porque están basados en la actuación de la policía, una institución que, en la mayoría de los países del Sur global, se encuentra altamente cuestionada. La lógica gerencial promueve mecanismos para alcanzar el resultado deseado, es decir, la resolución de la mayor cantidad de casos, a través de mecanismos más económicos que el juicio tales como la negociación de culpabilidad que no permiten un análisis profundo de la evidencia ofrecida por el fiscal y la policía. De esta forma, la lógica gerencial lentamente disuelve la base de las reformas, el adversarialismo (el enfrentamiento entre el fiscal y el acusado ante un tercero imparcial, el juez), y lo reemplaza por un tipo de administrativización de la justicia que se centra en la maximización de

la eficiencia del sistema a través de ofrecer soluciones estandarizadas para la resolución de casos. Por otra parte, la actuación de los fiscales, cuya actuación está en cierta medida dirigida por las directivas promulgadas por sus superiores, se ha focalizado en delitos simples particularmente en aquellos en los que los imputados hayan sido detenidos mientras los cometían forzando a los jueces a centrar su atención en estos casos.

Por último, los jueces y fiscales operan bajo la amenaza de ser objeto de la crítica de los medios de comunicación o los sectores políticos en caso de tomar decisiones que favorezcan a los acusados (Ciocchini, 2014; Kostenwein, 2015; Flom y Post, 2016). Como señala acertadamente Kostenwein (2015) el discurso de la prensa sobre el sistema de justicia penal no es homogéneo. Sin embargo, como él mismo sostiene, la prensa tiende a legitimar la asociación entre castigos más severos y prevención del delito. Por otra parte, Flom y Post (2016) explican que el gobierno y los políticos en el actual contexto de debilidad institucional y sensación de inseguridad, buscan evitar ser responsabilizados de no evitar el aumento del delito por la población. De esta forma, tienden a apoyar políticas punitivas de “mano dura”. A su vez, los políticos culpan públicamente a los jueces y fiscales de no castigar a los delincuentes. Los jueces y fiscales deben operar condicionados por esta falta de respaldo institucional sabiendo que si el acusado que absuelven o liberan en una causa vuelve a estar involucrado en un hecho delictual en el futuro se los culpará por ello.

En conclusión, los jueces y fiscales en la PBA perdieron su liderazgo en un contexto de sensación de inseguridad y politización del delito. Esta pérdida fue posible gracias a las reformas judiciales que cambiaron las relaciones de poder dentro de la administración de justicia penal en favor de los fiscales. Las reformas promovieron la paulatina introducción de una lógica gerencial que ha afectado la racionalidad que guía la actividad judicial. La lógica gerencial también ha contribuido a la disolución del control por jueces y fiscales de la actuación policial ya que al favorecer mecanismos alternativos por

sobre el juicio desdibuja la función del juez que pasa a ser un mero contralor indirecto de la actividad de los fiscales y, a su vez, promueven en el fiscal una lógica de la negociación que se centra en alcanzar una condena. El espacio perdido por los jueces es ocupado en parte por los fiscales. Sin embargo, los fiscales no tienen el mismo poder que tenían los jueces bajo el sistema inquisitivo (notablemente no tienen poder jurisdiccional). Esta debilidad de los fiscales le permite al gobierno, es decir, al poder ejecutivo, en parte a través de la policía, ejercer el liderazgo en la política criminal.

Filipinas: la ausencia de control judicial

En Filipinas se observa un caso más extremo de pérdida de control por parte de los jueces y fiscales. Frente a la crisis del sistema judicial se han implementado reformas que buscan simplificar los procedimientos y favorecer soluciones pactadas que eviten el juicio oral. El impacto de estas reformas en su rol se ha agravado por la presión política impuesta por Duterte y su “guerra contra las drogas”. Los jueces y fiscales se han retirado del control sobre la investigación policial. Como resultado la violencia estatal se ha desatado sin ningún control legal resultando en miles de ejecuciones por la policía y los tribunales, enfrentando con recursos escasos la masiva entrada de casos de drogas, han limitado su contralor sobre el accionar policial al evitar llevar las causas a juicio recurriendo a mecanismos de negociación de culpabilidad (*plea bargaining*).

El debilitamiento del poder judicial

En Filipinas, la ineficiencia burocrática del poder judicial evidenciada por el brutal retraso acumulado en las causas judiciales ha afectado el liderazgo de los jueces. Los juzgados filipinos llevan sufriendo demora por décadas impidiéndoles cumplir su función adecuadamente (Tadiar, 1980). Las demoras han sido reconocidas públicamente por las autoridades del poder judicial (Torres-Tupas, 2014). Phelim Kine, subdirector de la División de Asia de Human

Rights Watch, ha declarado que “la realidad es que el sistema judicial no funciona en Filipinas” (Taub, 2016).

El severo nivel de demora judicial ha abierto el camino a una serie de reformas patrocinadas por donantes internacionales del Norte global en las últimas décadas. Según la Suprema Corte de Filipinas, al menos 40 estudios técnicos sobre la administración judicial se han completado desde la década del noventa para apoyar programas de reformas tales como el de Asistencia técnica del Poder Judicial de Filipinas sobre Justicia y Desarrollo (1996-1999), el Plan de Acción para el Poder Judicial (1999), el Programa de Acción para la Reforma Judicial (2001-2010), el Proyecto de Apoyo a la Reforma Judicial (2001-2012), y el Plan de Desarrollo de la Judicatura y la Profesión Jurídica (JLPDP). La reforma más reciente en los juzgados filipinos se ha centrado en mejorar su eficiencia en la resolución de causas a través de la implementación de juicios continuos. Este programa, que ha sido promovido por la *American Bar Association*, proporciona pautas para llevar a cabo juicios y regula las mociones que las partes pueden plantear acortando los plazos para presentarlas y prohibiendo las que considera no esenciales. El programa también regula las agendas de los juzgados al exigir que los juicios se realicen de lunes a jueves dejando los viernes libres para resolver mociones, acusaciones y audiencias previas al juicio (Punay, 2017). Si bien los actores judiciales entrevistados fueron favorables a este nuevo esquema de juicios continuos, muchos plantearon la insuficiencia de recursos humanos para poder cumplir con los plazos que fija el programa, como por ejemplo una fiscal que sostuvo que “(...) los juzgados reciben tantos casos de drogas, los fiscales estamos verdaderamente cansados y para colmo hay un esquema de juicios continuos aquí (...) un fiscal, ¡mi Dios!, tiene que escuchar alrededor de 20 casos en juicio (por día) (...)” (fiscal filipino 1, comunicación personal, 21 de mayo de 2018)².

Más allá de la mirada favorable de los actores judiciales al programa de juicios continuos, sus límites se evidencian en la

² Las entrevistas en Filipinas fueron realizadas en inglés, aquí presento mi traducción.

situación de los acusados por delitos de drogas. Según la Agencia de Administración de Cárceles y Penología de Filipinas (BJMP por sus siglas en inglés) en mayo de 2018, más de un año después de la implementación de los juicios continuos, sólo 648 de los 102.692 individuos en prisión por delitos de drogas han sido juzgado, el resto se encontraba detenido esperando su juicio (BJMP, 2018). Esto evidencia los límites del sistema judicial para procesar el volumen de casos existente.

Frente a la incapacidad de los juzgados filipinos para responder a las expectativas de la población, Duterte ha ofrecido como alternativas políticas de mano dura llegando incluso a apoyar abiertamente la política de disparar a los sospechosos (Holmes, 2016). El discurso de Duterte debe comprenderse en el marco de un país en el cual, a pesar del crecimiento económico constante durante la última década, la pobreza y la desigualdad se han mantenido alarmantemente altas. Frente a la decepción de los ciudadanos con la élite gobernante, Duterte ofrece una alternativa populista (Timberman, 2016). Los escándalos en los cuales el poder judicial estuvo involucrado en la última década evidenciaron frente a la población su conexión con la misma élite política que los ha decepcionado (Ciencia, 2012). Duterte ha alimentado esta narrativa al acusar públicamente a los jueces de corrupción y colusión con narcotraficantes (Corrales, 2016). Es sintomática la reacción de la presidente de la Suprema Corte en aquel momento, María Lourdes Sereno, ante las acusaciones de Duterte. En una carta abierta al presidente Sereno le advirtió que era función de la Suprema Corte castigar a los jueces que cometieran un delito y le solicitaba que, en aras de preservar la confianza en el poder judicial, evitara realizar acusaciones públicas de ese tipo. La respuesta de Duterte fue amenazarla públicamente, ordenándole no “(...) crear una crisis porque de lo contrario, ordenaré que nadie en el poder ejecutivo te respete” (Ramos, 2017). Este duro tratamiento evidenció la debilidad del poder judicial y la falta de apoyo del gobierno. Un año

después, Sereno fue destituida en un proceso muy politizado acusada de no haber declarado la totalidad de sus bienes personales.

Con el poder judicial neutralizado, Duterte ha abordado su guerra contra las drogas replicando las tácticas que utilizó en Davao City cuando era alcalde: desatar la violencia policial no solo contra los traficantes de drogas sino también contra los consumidores (Rauhala, 2016). Ha utilizado el lenguaje de la guerra contra las drogas y la criminalidad para explotar los temores y las ansiedades de la población. Pero el apoyo de la población no se basa meramente en el miedo sino, como sostiene Curato (2016), en la esperanza de que una desviación radical de la política del elitismo, tal como la que ofrece Duterte, mejore sus condiciones de vida. Curato ofrece un esclarecedor análisis al respecto: “El predecesor de Duterte, Benigno S. Aquino, priorizó programas que luchan contra los crímenes de una manera deliberada, programática y sostenida (...) [mientras que Duterte ha prometido] superar la burocracia corrupta en el sistema de justicia y alcanzar la paz y el orden de manera decisiva y rápida” (2016: 96—*traducción propia*). De esta forma, Duterte ha logrado asociar a los jueces con la burocracia elitista e ineficiente que gobernó Filipinas y neutralizar así toda posibilidad de crítica a sus políticas criminales.

El rol de jueces y fiscales en la “guerra contra las drogas”

Duterte al relegar a los jueces y fiscales ha permitido que la policía actúe sin la contención que la ley en el estado de derecho ofrece. Esto es preocupante porque la policía en Filipinas, en forma similar a la de la PBA, ha sido denunciada en múltiples casos por corrupción y abuso policial. Por lo tanto, el contralor de su actividad, a través de la evaluación de la evidencia presentada en los casos penales, era una función esencial de los jueces (Hapal y Jensen, 2017). Sin el contralor judicial y con el apoyo del poder ejecutivo las fuerzas policiales han operado sin la responsabilidad y transparencia requeridas por el estado de derecho, priorizando así el control del delito por sobre el

debido proceso provocando la muerte de casi 20.000 personas en la “guerra contra las drogas” (Gavilan, 2018).

Pero la “guerra contra las drogas” de Duterte se caracteriza no solo por las ejecuciones extrajudiciales sino también por las detenciones masivas. Mientras que el número de arrestos por delitos de drogas se mantuvo estable entre 2005 y 2015, variando desde un mínimo de 6.259 en 2010 a un máximo de 19.432 en 2015 (Philippine Statistics Authority, 2017), en el 2016 se detuvieron a 28.056 y a 75.008 en el 2017 (Leonen, 2018). Más aún, según el BJMP en mayo de 2018, un 70,88% de la población carcelaria se encontraba detenida por delitos de droga (BJMP, 2018). De esta forma, los jueces y fiscales se vieron inundados de nuevos casos en el contexto de ineficacia crónica que fue descrito previamente. Como sostuvo un juez entrevistado: “un juzgado puede tener más de 1000 casos (...). En razón del número de nuevos casos de drogas asignados, incluyendo casos de usuarios y poseedores de drogas, es mayor el número de casos nuevos al de concluidos” (juez filipino 1, comunicación personal, 5 de junio de 2018).

Esto ha impactado en la capacidad de los jueces y fiscales para controlar la legalidad de la actuación policial. Es importante entender la importancia de la función de control que ejercían jueces y fiscales. En 2014 del 20 al 30 por ciento de los casos por delitos de drogas fueron desestimados por los fiscales o jueces debido a falencias en el procedimiento (De Jesus, 2014). Dos años después, una jueza que se presentaba como candidata para la Suprema Corte, declaraba en una audiencia pública que “había absuelto a los acusados en 7 de cada 10 casos por delitos relacionados con drogas” porque “las órdenes de registro no se implementaban correctamente, la cadena de custodia había sido rota, o el caso era muy dudoso” (Francisco, 2016: x). La descripción fue corroborada en las entrevistas con los actores judiciales; así un fiscal explicaba que: “(...) el problema es realmente con el cumplimiento (de la ley) y la actuación de los oficiales de policía porque eso afecta el procesamiento del caso (...). Si los policías no

cumplieron con los requisitos de la ley, el abogado defensor se hará una panzada en el interrogatorio. Tristemente, el mayor problema se encuentra en la custodia de la evidencia y la forma del arresto (...) (fiscal filipino 2, comunicación personal, 23 de mayo de 2018). En forma similar un juez sostenía que: “hay muchos casos de drogas en los que hay tantas detenciones y la investigación (es tan compleja), que la policía a veces se olvida, o intencionalmente se olvida, las circunstancias de la investigación y de la detención. Por lo tanto, si hay un lapsus o un error en el testimonio de la policía, o una inconsistencia entre su testimonio escrito y el testimonio oral durante la audiencia de juicio, el acusado será absuelto” (juez filipino 2, comunicación personal, 5 de junio de 2018). Por su parte otro fiscal, reconocía esta situación, pero consideraba que el problema no era el accionar policial sino los requisitos de la ley: “la normativa es muy estricta, y los procedimientos no son seguidos por los oficiales de policía, aunque debemos admitir que no es su culpa porque las leyes son demasiado estrictas y difíciles de cumplir” (fiscal filipino 3, comunicación personal, 23 de mayo de 2018).

Junto con la entrada masiva de casos de drogas la función de contralor de jueces y fiscales se vio afectada por el temor a ser acusados públicamente por el gobierno si desestiman casos en los cuales la evidencia ofrecía dudas. Un fiscal explicaba su reticencia a archivar casos: “Si (el fiscal) desestima un caso se abre un expediente administrativo, cuestionándolo: ¿Por qué desestimó (el caso)? ¿Usted sabe que el primer objetivo del gobierno es erradicar los casos de drogas y los delitos de drogas? (...) Y si eres muy técnico al respecto, y descartas el caso, entonces las autoridades sospechan: “Puede que estés pagado por narcotraficantes” (...) Entonces, ¿Qué hacemos? Traslamos el problema a los jueces (para que ellos decidan)” (fiscal filipino 4 entrevistado, comunicación personal, 22 de mayo de 2018).

La situación para jueces, fiscales y abogados defensores era aún más difícil por la prohibición en la legislación penal de los mecanismos de negociación de culpabilidad (*plea bargaining*) en los

casos de drogas. De esta forma debían enfrentar la entrada masiva de casos sin poder desestimar ninguno de ellos por el peligro de ser acusados públicamente y forzados a llevarlos a juicio. Situación que se volvió inmanejable tanto para los juzgados como para los fiscales y los abogados defensores públicos, lo que nos llevó a cuestionar la prohibición de usar mecanismos de negociación.

En junio de 2016, a solo seis meses del inicio de la “guerra contra las drogas”, en un caso en el que el acusado, Salvador Estipona Jr., fue acusado de posesión de drogas peligrosas (Sección 11, Artículo II, RA No. 9165), el defensor público presentó una moción para celebrar un acuerdo de negociación de culpabilidad. El acusado ofrecía declararse culpable de un delito menor, la posesión de parafernalia de drogas (Sección 12, Artículo II, AR No. 9165) y solicitaba una pena de rehabilitación ya que no tenía antecedentes y la cantidad de drogas en su poder era mínima (Estipona, V. Juez Lobrigo, GR No. 226679). La fiscalía se opuso a la moción y el juez la rechazó en julio de 2016. Sin embargo, tanto la fiscalía como el juez reconocieron que había mérito en la solicitud especialmente considerando que la intención de la ley era rehabilitar a los acusados de delitos relacionados con las drogas. Sin embargo, sostuvieron su rechazo en la prohibición prescrita por la ley y las posibles consecuencias de declarar su inconstitucionalidad. Ante el rechazo del juez, Estipona presentó en septiembre de 2016 una apelación ante la Corte Suprema de Filipinas cuestionando la constitucionalidad de la Sección 23 de R.A. No. 9165 que prohíbe la negociación de culpabilidad en casos de drogas. La apelación argumentaba que la negociación de culpabilidad era un derecho constitucional del acusado y que su denegación no sólo era arbitraria, sino que violaba el debido proceso y la igualdad ante la ley. La Corte Suprema de Filipinas resolvió a favor de la petición en agosto de 2017 (Estipona, V. Juez Lobrigo, G.R. No. 226679) declarando inconstitucional la prohibición de negociación de culpabilidad (Sección 23 de R.A. No. 9165). Cuando la decisión se convirtió en definitiva y ejecutoria en noviembre de 2017 la

Asociación de Jueces de Filipinas presentó ante la Corte Suprema una propuesta de “Marco de negociación de culpabilidad sugerido en casos de drogas” que definía frente a cada delito los límites aceptables para la negociación de culpabilidad. Con modificaciones menores este marco fue adoptado por la Corte en abril de 2018.

Si bien no hay todavía estadísticas publicadas que den cuenta del impacto de permitir la negociación de culpabilidad en casos de drogas, en un artículo de un diario filipino se sostenía que en julio de 2018 a sólo meses de haber sido permitida 500 detenidos habían sido liberados en la región de Tagaytay gracias a este mecanismo (Punay, 2018). Esto fue confirmado en las entrevistas realizadas. Un efecto colateral de la decisión de permitir la negociación de culpabilidad en casos de drogas ha sido el cambio drástico en la severidad del castigo para consumidores de drogas. Gracias a la negociación de culpabilidad los consumidores que previamente enfrentaban penas de entre 12 a 20 años de prisión, ahora pueden recibir menos de 2 años de prisión e incluso ser favorecidos con la suspensión de la pena a prueba (*probation*). Este cambio es significativo dado que la retórica de la “guerra contra las drogas” no ha cambiado y puede ser leído como un primer paso en la recuperación del liderazgo ético por parte del Poder Judicial. No obstante, también debe tenerse en cuenta que si bien el gobierno a través de la Oficina del Procurador General se opuso en el caso Estipona a declarar inconstitucional la prohibición de la negociación de culpabilidad en casos relacionados con drogas, los fiscales, dependientes del Departamento de Justicia, y la policía, principal reclamante en casos relacionados con drogas, fue generalmente favorable a la negociación de culpabilidad, como lo demuestran las entrevistas presentadas anteriormente. De esta forma, también puede leerse la decisión como una forma del gobierno de adaptar su estrategia penal sin pagar el precio político de reconocer el exceso de política criminal.

En todo caso, si bien la negociación de culpabilidad en casos de drogas permitió a los jueces y a los fiscales resolver el problema que

les significaba la carga masiva de casos de drogas, evitar la exposición política que implicaba desestimar o absolver los casos en los que la evidencia fuera débil y al mismo tiempo reducir significativamente el desproporcionado castigo impuesto a los consumidores de drogas, también ha neutralizado el control que ejercían sobre la policía al evitar la realización de la audiencia de debate, fase en la cual a través del examen de la evidencia se ponía en cuestión la legalidad de la actuación policial. Los casos que previamente eran absueltos ahora reciben una pena, mínima en comparación a las penas que podría recibir en un juicio, y la actuación policial es legitimada por los jueces. Dada las numerosas denuncias en contra de la policía, la propia admisión de los entrevistados y las deficiencias en el accionar policial, esto es seriamente preocupante y genera dudas sobre el rol que cumplen los jueces filipinos en el marco de la “guerra contra las drogas”.

Conclusiones

El análisis comparativo del rol de los jueces y fiscales en la prevención y castigo del delito en el Sur global es importante para comprender las particularidades de las sociedades periféricas y semi-periféricas e identificar factores sociales y políticos comunes que pueden dar lugar al surgimiento de tendencias punitivas peligrosas. Es importante tener en cuenta que si bien elementos de las discusiones referidas a los sistemas del Norte global, como en este artículo se exploran los mecanismos de monitoreo judicial, pueden aportar ideas o sugerencias interesantes, el contexto socio-político e institucional es tan diverso que deben ser contrastadas con la investigación empírica del contexto local.

En las sociedades del Sur global, la actuación de los jueces y fiscales está constreñida por varios factores. Por una parte, deben operar en un contexto de sensación de inseguridad basado en un aumento real de los hechos delictivos pero, a su vez, notablemente amplificado por los discursos de los políticos y los medios de

comunicación. Por otra parte, los discursos tienden a responsabilizar a los jueces y fiscales de impedir con sus tecnicismos e ideologías progresistas el actuar a la policía. La desconfianza de la población frente a la actuación de los jueces y fiscales es alimentada por la inoperancia que ofrece una institución que sufre una demora crónica. La incapacidad de los tribunales le ha abierto el camino a una serie de reformas procesales que han buscado aumentar su eficiencia; sin embargo, lo han hecho a costa de reducir la capacidad de los jueces y fiscales para ejercer el necesario control de la actividad policial. Al mismo tiempo, el gobierno a través de la policía ha tomado el liderazgo en la prevención y castigo del delito con estrategias que suelen violentar las garantías que ofrece el estado de derecho.

Un proceso similar de debilitamiento del control policial por jueces y fiscales durante el proceso penal ha tenido lugar en el Norte global. Sin embargo, el nivel y tipo de criminalidad y la incapacidad de las burocracias judiciales para lidiar con el delito en el Sur global allana el camino para un tipo de punitivismo popular más peligroso. En sociedades con un legado autoritario el control de la policía y la protección del debido proceso debe ser prioritario. El caso de Filipinas muestra la violencia extrema que puede resultar de relegar a los jueces y fiscales en favor de la policía en la prevención y el castigo del delito. Es una señal de advertencia para otras sociedades en el Sur global que sufren de un contexto similar. Un ejemplo de este peligro son las recientes declaraciones del presidente de Indonesia Joko Widodo que, siguiendo las políticas de Duterte en un esfuerzo para erradicar el consumo de drogas en el país, ordenó a la policía disparar contra narcotraficantes que se resistieran al arresto (Agence France-Presse, 2017). Esto demuestra la necesidad de construir un poder judicial fuerte que pueda tomar el liderazgo político y moral para enfrentar las estrategias punitivas populares.

Por otro lado, el caso de Argentina demuestra que las reformas gerenciales también pueden debilitar la autoridad de fiscales y jueces, reduciendo su capacidad para controlar a la policía. La introducción

de mecanismos alternativos de resolución de casos que buscan mejorar la eficiencia de los tribunales a través de evitar el juicio, tales como la negociación de la declaración de culpabilidad, son problemáticos en sociedades con policías corruptas y autoritarias.

El análisis comparativo entre las sociedades del Sur global permite identificar problemas comunes que surgen de condiciones económicas y políticas similares. Todavía hoy en día los diagnósticos y soluciones a problemas de gobernanza y de criminalidad se siguen importando de las sociedades del Norte global. Reconociendo el fracaso de estas reformas, es hora abrir un diálogo Sur-Sur para compartir nuestras experiencias y aprender de ellas.

Referencias

Agence France-Presse: “Shoot Drug Traffickers if They Resist Arrest—Indonesia’s Widodo”, *Inquirer.net*, July 23, 2017.

Bergman, M.: “Crime and Citizen Security in Latin America”, *Latin American Research Review*, 41(2), 2006, 213-227.

Binder, A.: “Los oficios del jurista: La fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial”, *Sistemas judiciales*, 1, 2002, 34-53.

BJMP: *PDL with Drug Cases* (As of May 2018). Recuperado de <https://www.bjmp.gov.ph/datstat.html>

Carbonell, M.: “Presentación: La teoría garantista de Luigi Ferrajoli”, en: Ferrajoli, L.: *Garantismo penal*, México D.F.: UNAM, 2006, 3-9.

Carranza, E.: “Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, *Jueces para la Democracia*, 26, 1996, 81-88.

CEJA: *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento* (Volumen 1), Santiago de Chile: CEJA, 2005a.

CEJA: *Reformas procesales penales en América Latina: Discusiones locales* (Volumen 2), Santiago de Chile: CEJA, 2005b.

CEJA: *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento* (Volumen 4), Santiago de Chile: CEJA, 2008.

Choe, D. H.: “Prosecutors’ role and their relationship with the police in South Korea: In a comparative perspective”, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 55, 2018, 88-96.

Chua, M.: *TORTYUR: Human Rights Violations During the Marcos Regime*, 2012.

Ciocchini, P.: “La persistencia del expediente judicial: el caso de la administración de justicia penal bonaerense”, *Derecho y Ciencias Sociales*, 8, 2013a, 151-164.

Ciocchini, P.: “Moldeando el problema y sus soluciones: los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal”, *Crítica Jurídica*, 36, 2013b, 95-123.

Ciocchini, P.: “Campaigning to Eradicate Court Delay: Power Shifts and New Governance in Criminal Justice”, *Crime, Law and Social Change*, 61, 2014, 61-79.

Ciocchini, P.: “Reformers’ Unfulfilled Promises: Accountability Deficits in Argentinean Criminal Courts”, *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, 22-42.

CONADEP: *Nunca más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, CABA: Eudeba, 2010.

Corrales, N.: (2016). “Duterte’s New Drug List: 40 Judges, ‘1 page’ for Chinese Suspects”, *Inquirer.net*, September 21, 2016.

Curato, N.: “Politics of Anxiety, Politics of Hope: Penal Populism and Duterte’s Rise to Power”, *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, 35, 2016, 91-109.

De Jesus, J.: “High Conviction Rate of Drug Cases Seen with New Law”, *Inquirer.net*, August 04, 2014.

Duce, M. (ed.): *Reformas Procesales Penales en América Latina: Experiencias de innovación* (Volumen 3), Santiago de Chile: CEJA, 2005.

Duce, M.: “Reforma de la justicia penal en América Latina: Una perspectiva panorámica y comparada, examinando su desarrollo, contenidos y desafíos”, *UDP Public Policy Series—Working Papers*, 3, 2009, 1-39.

Duce, M., Mera, A. y Riego, C.: “La capacitación interinstitucional en la reforma a la justicia criminal en Chile”, *Sistemas Judiciales*, 1, 2002, 55-72.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 2001.

Field, S.: “Judicial Supervision and the Pre-Trial Process”, *Journal of Law and Society*, 21, 1994, 119-135.

Flom, H. y Post, A.: “Blame Avoidance and Policy Stability in Developing Democracies, The Politics of Public Security in Buenos Aires”, *Comparative Politics*, 49 (1), 2016, 23-42.

Fondevila, G., Langer, M., Bergman, M., Vialta, C. y Mejía, A.: *¿Cómo se Juzga en el Estado de México? Una Radiografía de la Operación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio*, México City: CIDE, 2016.

Francisco, K.: “Davao Judge Explains to JBC High Rate of Acquittal in Drug Cases”, *Rappler*, 2016.

Fundamentos Ley 11.922 (n.d.) Recuperado de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-11922.html>

Gavilan, J.: “Justice Remains Elusive 2 Years into Duterte’s Drug War”, *Rappler*, 2018.

Gutiérrez, M.: “Coyuntura y frentes de tormenta. La política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996–2014”, en: Kostenwein, E. (ed.): *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 261-303.

Hapal, K. y Jensen, S.: “The Morality of Corruption: A View from the Police in Philippines”, en: Jensen, S. y Andersen, M. K. (eds.): *Corruption and Torture: Violent Exchange and the Policing of the Urban Poor*, Aalborg: Aalborg University Press, 2017.

Hazán, L. y Riego, C.: “La oralidad en las etapas previas al juicio: La experiencia de Mar del Plata”, en: Riego, C. (ed.): *Reformas procesales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento* (Volumen 4), Santiago de Chile: CEJA, 2007, 255-294.

Hazán, L. e Iud, A.: “Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires—plan de flagrancia”, en: *Primer encuentro nacional Redex Argentina*, Córdoba: Advocatus, 2010, 161-235.

Hodgson, J.: “The Police, The Prosecutor and the Juge D’Instruction: Judicial Supervision in France, Theory and Practice”, *British Journal of Criminology*, 41 (2), 2001, 324-361.

Holmes, O.: “Philippines President Rodrigo Duterte Says He Personally Killed Criminals”, *The Guardian*, 14 de diciembre, 2016.

HRW: *No Justice Just Adds to the Pain” Killings, Disappearances, and Impunity in the Philippines*, Human Rights Watch, 2011.

Jackson, J.: “Two Methods of Proof in Criminal Procedure”, *Modern Law Review*, 51, 1988, 549-568.

Kostenwein, E.: *La cuestión cautelar: El uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires a partir de la ley 11.922, 1998-2013*, Buenos Aires: Ediar, 2016.

Kostenwein, E.: “Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades políticas”, *Revista Direito e Práxis*, 6, 2015, 54-79.

Langer, M.: “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, 55, 2007, 617-676.

Leonen, J.: “PDEA: 75,000 drug suspects arrested in 2017”, *Inquirer.net*, January 16, 2018.

Ministerio de Seguridad de la Nación: *Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC): Año 2016 – Informe*, 2017.

Montana, R.: “Paradigms of Judicial Supervision and Co-Ordination between Police and Prosecutors: The Italian Case in a Comparative Perspective”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 17, 2009, 309–333.

Oyanedel, J.: “Confianza en la justicia y la policía en América Latina: Análisis de los efectos de las reformas procesales penales (1995–2013)”, *Reforma y Democracia*, 64, 2016, 141-164.

Palmieri, G., Martínez, M. J., Litvachky, P., Aliverti, A. y Hazán, L.: *Informe sobre el sistema de justicia penal en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: CELS, 2004.

Pasará, L.: *Reforma Procesal y Reforma Judicial*, 2015 [documento digital].

Philippine Statistics Authority: *2017 Philippine Statistical Yearbook*, Quezon City: PSA, 2017.

Punay, E.: “Speedy Justice Set to Roll Out Nationwide”, *The Philippine Star*, 2017.

Punay, E. (2018). “Plea Bargain Eases Drug Case Backlog”, *Philstar Global*, July 9, 2018.

Ramos, M. (2017). “Days of Disquiet in Judiciary under Duterte”, *Inquirer.net*, July 24, 2017.

Ragragio, J.: “The Case of Metro Manila, Philippines”, en: *Understanding Slums, Case studies for the Global Report on Human Settlements*, 2003.

Rauhala, E.: “Before Duterte Was the Philippines’ President, He Was ‘the Death Squad Mayor’”, *The Washington Post*, September 28, 2016.

REDEX: “Presentación red de capacitadores en reforma judicial Redex Argentina”, en *Primer Encuentro Nacional Redex Argentina*, Córdoba: Advocatus, 2010, 11-14.

Riego, C. (ed.): *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento* (Volumen 4), Santiago de Chile: CEJA, 2007.

Suárez, A. L. y Palma Arce, C.: “Condiciones de vida en el conurbano bonaerense”, en: Rofma, A. (ed.): *Sociedad y territorio en el conurbano bonaerense: un estudio de las condiciones socioeconómicas y sociopolíticas de cuatro partidos: San Miguel, José C. Paz, Moreno y Morón*, Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2010, 25-102.

Tadiar, A.: “Some Role/Functions in the Administration of Criminal Justice”, *Philippine Law Journal*, 55, 1980, 32-50.

Taub, A.: “How Countries Like Philippines Fall into Vigilante Violence”, *The New York Times*, 11 de septiembre, 2016.

Timberman, D.: “Elite Democracy Disrupted?”, *Journal of Democracy*, 27, 2016, 135-44.

Torres-Tupas, T.: “Serenio Seeks for More Budget for Judiciary Reforms”, *Inquirer.net*, September 24, 2014.

Ugolini, A.: *Legítimos policías: Etnografía de lo ilegal entre policías de la Provincia de Buenos Aires*, CABA: Antropofagia, 2017.

Vogler, R.: *A World View of Criminal Justice*, Aldershot: Ashgate, 2005.

EL ROL DE LOS JUECES EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EN EL ENCARCELAMIENTO DE LA POBREZA

THE ROLE OF JUDGES IN THE CRIMINALIZATION OF
SOCIAL PROTEST AND THE IMPRISONMENT OF POVERTY

SILVIO CUNEO NASH
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

MARÍA FERNANDA OVALLE DONOSO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

RESUMEN

El presente trabajo aborda dos aspectos diferentes de la operatividad de los tribunales de justicia. Primeramente, y como una cuestión bien puntual, analiza el rol de los jueces en la criminalización de la protesta social y en la impunidad de los crímenes de Estado a propósito del estallido social chileno iniciado el 18 de octubre de 2019. Luego, como una cuestión normalizada y menos episódica, se refiere a la selectividad de clases con la que opera el encarcelamiento en Chile y la responsabilidad que le corresponde al poder judicial en esta tarea discriminatoria.

ABSTRACT

This paper will address two different aspects of the operation of courts of law. Firstly, as a very specific matter, it analyses the judges' role in the criminalisation of social protest and in the impunity of the of State crimes in relation to the Chilean social explosion that began on October 18, 2019. Then, as a nomalised and and less frequent matter, it refers to the class selectivity with which incarceration operates in Chile and the responsibility of the judiciary in this discriminatory task.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA DE CLASE / ESTALLIDO SOCIAL /
ENCARCELAMIENTO DE LA MISERIA

KEYWORDS

CLASS JUSTICE / SOCIAL OUTBURST /
IMPRISONMENT OF POVERTY

Cada día se extiende más la imputación de que en Chile se administra una justicia de clase. Esto significa atribuir a los jueces una concepción unilateral de la justicia—puesto que la concebirían únicamente como aquello que es útil para el sostenimiento del status social vigente—y a la vez coloca a los tribunales en abierto antagonismo con todos los sectores, cada vez más amplios, que creen indispensables profundos cambios sociales. En la práctica, esto conduciría, además, a sostener que la justicia actúa al servicio de la clase dominante y que interpreta y aplica la ley con miras a favorecer a los grupos sociales que disfrutan del régimen económico-social vigente, en desmedro de los trabajadores, que constituyen en el país la más amplia mayoría

—Eduardo Novoa, *Justicia de Clase*, 1970.

Introducción

El epígrafe de Eduardo Novoa, lejos de perder vigencia, parece más pertinente que nunca. Sus palabras, escritas hace medio siglo, denunciaban entonces la operatividad del poder judicial en la defensa del status social, económico y político, como también el repudio por quienes luchaban por los cambios sociales. Esta operatividad, de ayer y de hoy, es una cuestión compleja que tiene profundas raíces psicológicas y que, en el fondo, no es más que la defensa de una posición de poder, una tutela clasista de los sectores más poderosos de la sociedad.

En el presente trabajo abordaremos dos aspectos diferentes de la operatividad de los tribunales de justicia. Primeramente, y como una cuestión bien puntual, analizaremos el rol de los jueces en la criminalización de la protesta social y en la impunidad de los crímenes de Estado a propósito del estallido social chileno iniciado el 18 de octubre de 2019. Luego, como una cuestión normalizada y menos episódica, nos referiremos a la selectividad de clases con la que opera el encarcelamiento en Chile y la responsabilidad que le corresponde al poder judicial en esta tarea discriminatoria. Se trata, como se comprenderá, de dos cuestiones distintas y que pueden tratarse de manera separada. Sin embargo, hemos decidido analizarlas conjuntamente en este trabajo, toda vez que ambos fenómenos—la

criminalización de la protesta social y el encarcelamiento de la pobreza—son manifestaciones de un régimen imperante en el que los que tienen poder buscan la forma de mantenerlo. Así, el sistema de justicia penal, lejos de actuar como un órgano que desentona en el concierto de la injusticia, armoniza con un funcionalismo que opera en sintonía con los poderosos y que hará lo posible por mantener los privilegios.

Dentro de toda una estructura compleja, son varios los engranajes que hacen de la justicia penal un aparato al servicio de intereses de grupos minoritarios. Parlamentarios que votan leyes que criminalizan indirectamente la pobreza y que incluso son presentadas como leyes que buscan proteger a los sectores más vulnerados, refuerzan ideas y estereotipos sociales o, respaldando concepciones declaradamente belicistas¹, desconocen la dignidad humana de enemigos de turno del poder político. Luego, y en sintonía con esta criminalización primaria, una policía abusiva y con criterios selectivos bien precisos, detiene, controla y, en casos cada vez menos aislados, tortura a las personas que revisten las características del enemigo. El silogismo que emana del principio de legalidad, según el cual el delincuente se adecua al tipo penal descrito en la norma, se reemplaza por una mera adecuación estereotípica.

Normalmente se critica, con razón, el populismo punitivo de la clase política que, en forma más o menos homogénea y transversal, legisla para que fácilmente se encarcelen los crímenes que suelen cometer hombres que viven en sectores marginados. Disfrazada de una igualdad que busca ser especialmente dura con un tipo de violencia física, se trata con especial cuidado y pleitesía a la criminalidad de cuello blanco que no requiere del uso de una violencia sucia y fea según criterios estéticos y sensibilidades actuales. Tras una

¹ La misma utilización de la idea de "Guerra" a veces viene heredada de políticas criminales estadounidenses, como la conocida "Guerra contra las Drogas" iniciada por Nixon y Reagan y, en casos más particulares, con una reconocida intención política, como la funesta y recordada declaración del presidente Piñera que señaló estar en guerra contra un enemigo poderoso el día después del inicio del estallido social.

alimentación mediática, la percepción social y los prejuicios coinciden con esta apreciación legislativa que, como siempre, refuerza la distinción del mundo entre *nosotros* y *los otros*. Mientras se sataniza la imagen del criminal vulgar que usa violencia física, los grandes autores de delitos tributarios, al no responder al estereotipo repudiado, no parecen merecedores de castigos que impliquen el encierro. Sin importar el verdadero daño social, pensamos en los grandes desfalcos financieros o en enormes delitos medioambientales como errores de caballeros. La etiqueta de delincuente no alcanza a los autores de crímenes en los que no se usa un tipo determinado de violencia física, puesto que no son los efectos del delito los que determinan el castigo sino la forma de ser del autor del mismo. Los prejuicios lombrosianos, lejos de estar superados, nutren este sistema selectivo, racista, clasista e inhumano. Curiosamente, y como veremos más adelante, tampoco se sanciona, salvo poquísimas excepciones, la violencia criminal ejercida por policías en contra de las personas que se manifiestan.

Asimismo, la selectividad clasista del sistema penal se expresa aún más allá de la pura elaboración de la legislación en el ámbito de la interpretación y aplicación de las normas. La categórica pretensión de perseguir la violencia decae cuando un sujeto que ostenta una posición de poder actúa en defensa de los intereses de las clases dominantes sirviéndose de igual o mayor violencia física. La justicia, en este sentido, es clasista no ya indirectamente a través de la selección penal de ciertas conductas atribuidas a las clases bajas, sino que lo es directamente, en tanto se administra de una u otra manera según el tipo de persona de la que se trate. Así, lo determinante no es tanto el uso de medios violentos, sino quién los usa. Tratándose del pobre y del molesto, la violencia vulgar viene repudiada sin tapujos por el sistema judicial. Ahora, cuando son las capas dominantes, y su brazo armado, quienes utilizan la fuerza, el rigor de la ley transmuta en condescendencia. Lo anterior se muestra con claridad en el ámbito de los delitos cometidos por agentes estatales, a los que se hará referencia en el presente artículo, pero no sólo en tales casos. Puede recordarse

el caso de seis ciudadanos de la clase alta del país, simpatizantes de extrema derecha, vinculados al tráfico de un arma de guerra AK-47 durante el periodo estallido social, a quien se formalizó sin invocar legislación excepcional y en audiencia reservada, tras la cual sólo dos de ellos quedaron en prisión preventiva, sin haber condenas hasta ahora. Otro caso es el de un ciudadano formalizado por homicidio frustrado, tras disparar un arma de fuego contra los manifestantes, a quien en primera instancia se impuso prisión preventiva que fue posteriormente revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Asimismo, puede pensarse en las agresiones de pies, puños y bates de béisbol sufridas por un periodista adherente al movimiento social mientras cubría una péquela manifestación de los sectores conservadores. Ninguna persona que participó de dicha agresión estuvo en prisión preventiva ni ha sido condenada. En suma, aunque ciertas conductas se encuentren tipificadas con pretensión de objetividad, el sistema penal no se activa de la misma manera ni responde con igual vehemencia a la violencia física ejercida desde ciertas posiciones, pese a que aquellas violencias resultan particularmente graves.

Por otro lado, los operadores del sistema penal se inventan mecanismos e ideas que niegan lo evidente con argumentos tipo: *Para los presos, por su propio origen social y su costumbre, el hacinamiento y las insalubres condiciones de la cárcel no resultan esencialmente distintas a sus condiciones normales de vida.* Incluso, operadores judiciales sintiéndose progresistas, con explicaciones tan simplistas como mentirosas, limpian sus conciencias sosteniendo que la delincuencia, y en especial el narcotráfico, afecta duramente a los sectores pobres de la población. Por ende, el endurecimiento penal y el relajo de las garantías procesales puede incluso justificarse al resultar un mecanismo protector de los más desvalidos.

Los prejuicios señalados, queriendo ser más que una simple construcción mediática, se refuerzan a través de instituciones aparentemente científicas que, blindadas por miembros de la élite

política y con cuantiosos financiamientos, pretenden mostrarse como centros de estudios que, con un lenguaje lleno de tecnicismos, luciendo gráficos y estudios, respaldan “académicamente” dichos prejuicios, reproduciéndolos y alimentándolos. En Chile dicho espacio lo colma la Fundación *Paz Ciudadana* como ente pseudo-científico que se presenta como un centro de estudios de la delincuencia². Su presidente y fundador, Agustín Edwards, un especialista en el montaje de realidades, fue condenado por el Colegio de Periodistas por el montaje realizado por su diario durante el gobierno de Salvador Allende, que buscaba desestabilizar la democracia chilena y luego por negar las masivas violaciones a los derechos humanos perpetradas por la dictadura. Llegada la democracia, Edwards creó *Paz Ciudadana* para continuar con sus maquinaciones. Con un trabajo llevado a cabo más por publicistas que por criminólogos, y copiando fórmulas estadounidenses, creó una realidad sobre la delincuencia donde estigmatizaba al delincuente como un hombre pobre, rudo, vulgar, feo, sucio y malo. Entre los integrantes de dicha fundación se encuentran políticos de las dos coaliciones que detentan el poder y también autores de cuantiosos crímenes como Carlos Délano.³ Esta integración sirve también para explicar su predilección por una delincuencia callejera y “flaite”⁴ con total omisión a los delitos de cuello blanco. *Paz Ciudadana*, como ente impulsor de las alteraciones penales y procesal-penales que aumentan el punitivismo, no sólo cuenta entre sus filas a reconocidos partidarios de la dictadura y caricaturas del punitivismo, como el actual Ministro de Defensa, el pinochetista Alberto Espina. Dada la rentabilidad electoral del punitivismo, ex socialistas como Ricardo Lagos y Sergio Bitar también integran dicha fundación y no dudan en criminalizar la pobreza en Chile para así mantener sus cuotas de poder. De la mano

² Al respecto, véase Ramos y Guzmán (2000).

³ Carlos Délano es un empresario chileno, militante de la Unión Demócrata Independiente (partido político de derecha vinculado al ex dictador, Augusto Pinochet) y socio fundador del grupo Penta. En 2018 fue condenado por delitos tributarios.

⁴ Término chileno que se utiliza para mencionar a las personas pobres, con poca educación, de malas costumbres y socialmente inadaptadas.

de *Paz Ciudadana*, nuevas leyes, en la ruta progresiva al autoritarismo penal, han sido votadas mayoritariamente por el Congreso Nacional.

A la crítica que se le hace a la clase política por su utilización del derecho penal como instrumento selectivo y clasista de control político y social, se añade aquella referida al actuar de las policías, que acrecientan la selectividad en sintonía con las intenciones subrepticias que la clase política materializa en sus leyes punitivas. Por su parte, el Ministerio Público, en su rol de ente persecutor y muy en sintonía con la justicia de clase, divide la persecución penal, no tanto en base al daño social o en el atentado a un bien jurídico determinado, sino atendiendo, casi exclusivamente, a si el imputado responde o no al estereotipo de delincuente. Sólo entendiendo el clasismo y la selectividad del ente persecutor podemos explicar por qué tanta benevolencia con políticos, empresarios y agentes del Estado en delitos graves a quienes ofrece salidas que no suponen el encarcelamiento, llegando incluso a situaciones tan insoportables como ridículas como acordar penas para autores de millonarios delitos tributarios que suponen, entre otras cosas, la obligatoriedad de seguir clases de ética⁵. Por otra parte, tratándose de delincuentes que responden al estereotipo, no dudan en pedir el encarcelamiento, como pena directa o en su forma de prisión preventiva, incluso inventando antecedentes, para autores de delitos menos graves⁶.

⁵ El ya mencionado Carlos Délano, junto a Carlos Eugenio Lavín, ambos controladores del grupo Penta, fueron condenados por multimillonarios delitos tributarios a penas no privativas de libertad que incluyen la obligatoriedad de asistir a clases de ética.

⁶ Tristemente ejemplar es el caso de un abogado del Ministerio Público de Valparaíso quien, solicitando la mantención de la prisión preventiva de un ladrón callejero de teléfonos celulares, inventó ante la Corte de Apelaciones que el imputado habría sido formalizado por un nuevo delito de robo por sorpresa. Con este nuevo antecedente el abogado asesor del Ministerio Público hizo ver a los ministros de la Corte que el imputado seguía robando y que su libertad, en tiempos de pandemia, podía constituir un peligro para la sociedad libre. Con este nuevo antecedente, que no corresponde a la realidad y que es sólo un invento del abogado del Ministerio Público, la Corte mantuvo la prisión preventiva sin considerar que se vivían tiempos de pandemia y que el imputado presentó certificados médicos que daban cuenta de que padecía asma, lo que lo hacía muy vulnerable en caso de contraer el virus. La situación, aunque normalizada, evidencia la falta de empatía hacia el imputado pobre. Un hecho que no es baladí, y que puede explicar el porqué del actuar del abogado del Ministerio Público, es que este imputado ya tenía historial desde su adolescencia y había sido sancionado anteriormente por robos. En términos coloquiales podríamos sostener que este imputado fue hace no pocos años un niño SENAME, para quienes la cárcel se presenta como el futuro natural, tal como lo es la Universidad para los hijos de profesionales. Por su parte, los problemas de salud del imputado y una posible muerte por COVID puede ser percibida por muchos,

Todo lo que hemos señalado no necesariamente se explica como el resultado de una política perversa ejercida conscientemente por parte de quienes ejercen el poder. Cuestiones inconscientes e irracionales también cumplen un rol fundamental a la hora de implementarse políticas criminales, las que muchas veces son el resultado de improvisaciones simplonas de la clase política ante una distorsión mediática de la real relevancia de un tipo de delincuencia.

Como suele suceder en los complicados fenómenos sociales, las causas son complejas y la división de las mismas, aunque ofrezca muchísima utilidad pedagógica, resulta siempre un poco falsa porque divide una maraña de interrelaciones que operan en bloque como un todo. De esta manera, tanto en el encarcelamiento masivo como en la criminalización de la protesta social influyen múltiples factores y actores. Así, la televisión y la prensa—generalmente tendenciosas—las percepciones distorsionadas mediáticamente, los políticos populistas, policías, fiscales, jueces y gendarmes, son algunos de los múltiples engranajes de un sistema funcional a los grupos de poder.

Este trabajo, más que centrarse en las críticas a la clase política o al actuar de las policías en la selectividad y el elitismo penal, analizará el rol que le cabe al poder judicial en la utilización del derecho penal como instrumento defensor de intereses políticos y de clase y que, so pretexto de condenar un tipo específico de violencia, extiende la utilización del encarcelamiento incluso para personas que no han sido condenadas, a través del encarcelamiento de imputados en la conocida forma de prisión preventiva. Primeramente, nos detendremos en el rol del poder judicial en el estallido social, tanto en la criminalización de la protesta como en la impunidad de los agentes del Estado que han violado sistemáticamente los derechos humanos. Luego, saliendo del contexto específico más reciente, intentaremos

incluido el abogado de fiscalía, como un mal necesario, o incluso como una forma material de poner fin a la vida de quien sólo representa una lacra social. Los antecedentes fueron denunciados a la Fiscal Regional de Valparaíso, pero hasta ahora no hemos recibido respuesta de dicha denuncia. (Causa Rol ICA de Valparaíso número 1179-2020, los antecedentes falsos fueron presentados en alegato de 4 de junio de 2020).

mostrar cómo los jueces utilizan la prisión, cual mecanismo de gestión de la pobreza, con los mismos criterios clasistas denunciados por Eduardo Novoa hace medio siglo. Por último, y como parte del análisis del encarcelamiento masivo en Chile, haremos mención a la situación de las mujeres privadas de libertad y las nefastas consecuencias que eso supone para sus hijos e hijas.

El estallido social

Se denomina *estallido social* al periodo de protestas llevadas a cabo en Chile desde el 14 de octubre de 2019 desencadenadas por el aumento en 30 pesos chilenos sobre el pasaje del metro. Fueron los estudiantes quienes activaron el movimiento llamando a evadir masivamente el pago del transporte como muestra clara de solidaridad de clase con sus familias y los trabajadores. A partir de este detonante, el *estallido* alcanzó sus dimensiones como expresión del descontento de un pueblo, acumulado durante décadas de abusos sistemáticos por parte de la clase política y del poder económico tras la “vuelta a la democracia”, en el contexto de un sistema fuertemente desigual y excluyente. De allí, el eslogan surgido del movimiento social fue “no son 30 pesos, son 30 años”, demostrando un cuestionamiento claro al régimen económico y político en su conjunto.

El 18 de octubre se realizó una jornada de evasión masiva en el metro de Santiago, dejando decenas de estudiantes heridos por perdigones. Cerca de veinte estaciones de metro se vieron afectadas o quemadas esa noche, anunciándose por el gobierno la presentación de querellas en invocación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.⁷ Si bien hasta hoy se desconocen los partícipes de estos hechos e

⁷ La Ley de Seguridad Interior del Estado fue dictada en 1958, bajo la presidencia de Carlos Ibáñez del Campo, un año después de la gran insurrección popular de abril de 1957 en Valparaíso, Concepción y Santiago: masiva, espontánea y gatillada también por un aumento en los precios del transporte público. La dictadura encabezada por Pinochet la reformó y reforzó considerablemente y subsiste en el ordenamiento jurídico chileno junto a la Ley Antiterrorista de 1984, más como una trinchera que como una Ley. Cortés Morales, J., “Los presos políticos de la revuelta y la prisión política”, en *Rebellion*, 2020.

incluso la forma misma en que se desarrollaron⁸, lo cierto es que dichos incendios fueron un símbolo potente para que el gobierno apelara a un estado de excepción y sustentara el discurso de guerra al que recurriría posteriormente.

Al día siguiente, Sebastián Piñera decretó inmediatamente estado de excepción constitucional (estado de emergencia) y, el General Iturriaga, toque de queda en diferentes ciudades, el cual extendió a nuevas regiones y ciudades el día 20 de octubre. Nótese que la constitucionalidad de tales actuaciones fue duramente cuestionada por varios constitucionalistas,⁹ por cuanto el presidente no habría delegado las facultades que le confiere la Constitución, de modo que todas las decisiones tomadas por el General Iturriaga, incluyendo el toque de queda, habrían sido *de facto*.

El día 20 de octubre, Piñera anunció al país que “*estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite*”.¹⁰ Lejos de constituir una frase desafortunada, estas palabras explicitan el posicionamiento bélico adoptado por el gobierno frente a un conflicto de carácter social: en un escenario de guerra, al enemigo no se le conversa, se le destruye. En efecto, el poder ejecutivo no se dispuso al diálogo sino a demostrar que utilizaría toda la violencia de la que el Estado es capaz para reprimir a quienes se manifestaban en contra del régimen económico y político imperante. Así, los sujetos molestos, a partir del discurso belicista, fueron identificados

⁸ Hasta ahora, llama la atención la escasa cantidad de personas vinculadas a estos hechos, sobre todo considerando que se desarrollaron en un lugar público altamente vigilado con cámaras de seguridad, así como también resulta confusa la información respecto a la forma en que se desarrollaron los hechos, pues indagaciones sobre el origen del fuego indicaron que ciertos focos se originaron desde lugares de acceso restringido. Ver *El Mostrador*, 27/10/2019. “Fiscal revela que quema a estaciones de Metro se iniciaron en lugares de acceso restringido”, *El Mostrador*.

⁹ Sobre el particular, véase Televisión del Senado [TV Senado Chile]. 23/10/2019. Comisión de Derechos Humanos—23 de octubre 2019 [Archivo de video]. Recuperado de <http://bcn.cl/2bxkp> (Minuto 20:10); y Álvez, A., Bassa, J., Charney, J., Coddou, A., Contesse, J., Contreras, P., Guilloff, M., Irrarrázaval, P., Lorca, R., Lovera, D., Muñoz, F., Sferrazza, P., Soto, P., Valdivia, J. M., Viera, C. Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional, 2019.

¹⁰ *BBC Mundo*, 22/10/2019. Protestas en Chile: “Estamos en guerra”, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones.

claramente como “enemigos”, caracterizándolos a partir de conocidas categorías utilizadas en los discursos de guerra: el extranjero, el narcotraficante, el anarquista.¹¹ Incluso se buscó la criminalización de adolescentes por las evasiones masivas del metro, a veces acompañadas de ciertos daños a las instalaciones, las cuales fueron calificadas por el Subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla como “delincuencia pura y dura”¹².

En cambio, el poder demostró repetidas veces su intención de favorecer la impunidad de los agentes estatales. En noviembre, se filtró un audio en el cual el General Director de Carabineros aseguraba a los funcionarios de su institución: “*a nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer*”¹³. Durante el mismo mes, Piñera envió al congreso una iniciativa legislativa que permitiría al presidente otorgar facultades a las Fuerzas Armadas de custodiar el orden público aún sin necesidad de declararse un estado de excepción constitucional, iniciativa que contemplaba una polémica cláusula que relativizaría los requisitos exigidos para la configuración de la legítima defensa a favor de los funcionarios.

Al mismo tiempo, el gobierno desatendió y relativizó las vulneraciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos. Así lo muestran las reacciones ante los resultados presentados por diversos organismos internacionales en informes sobre violaciones a derechos humanos desarrollados durante sus visitas a Chile. Amnistía Internacional observa, entre otras cosas, la violenta represión desplegada por parte de Carabineros y concluye que, al respecto, habría responsabilidades al más alto nivel. Al día siguiente, tanto el

¹¹ En entrevista a *CNN* en español, a través del programa “Oppenheimer Presenta”, en diciembre Piñera acusa intervención de gobiernos extranjeros, de narcotraficantes y de anarquistas en el escenario nacional, además de producción de una campaña de desinformación, noticias falsas y montajes contra su gobierno. Oppenheimer Presenta [oppenheimerpresenta]. 25/12/2020. “La ola de protestas sociales” – Oppenheimer Presenta #1945.

¹² Esto, siendo que la evasión resulta ser a lo sumo una falta cuando es cometida por adultos y, tratándose de menores, amerita como mucho una sanción leve por parte de un Tribunal de Familia. Cortés Morales, *op. cit.*

¹³ *EMOL*. “Filtran audio de general Rozas: “A nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer”, 13/11/2020.

gobierno como el Ejército de Chile rechazan sin más, pero categóricamente, los hallazgos de dicho informe. *Human Rights Watch* condena especialmente el armamento utilizado por Carabineros en la represión, instando a la utilización de medios menos lesivos, pero, dos días después, Piñera anuncia el mencionado proyecto que habilitaría a las Fuerzas Armadas custodiar el orden público, con armas de guerra. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reprobó el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas, la política represiva y la criminalización de las demandas sociales. Sin embargo, el mismo día, el Congreso discutió y aprobó la denominada ley “antisaqueos” y “antibarricadas”, patrocinada por el ejecutivo, con lo que se criminaliza la protesta y la organización social. El informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU fue, inesperadamente, el más lapidario de todos. Además de reconocer, como los anteriores, el uso excesivo e innecesario de la fuerza que resultaron en la privación arbitraria de la vida, en lesiones, torturas, malos tratos, violencia sexual y detenciones arbitrarias, da cuenta de ejecuciones extrajudiciales y de que existe una inmensa cantidad de niños, niñas y adolescentes afectados por las violaciones a derechos humanos¹⁴. El gobierno recibió el documento, pero no sin antes cuestionar la información de base utilizada por los funcionarios del Alto Comisionado.

Estos escuetos antecedentes permiten ilustrar cómo el poder político actuó reclamando mayores espacios y menores limitaciones, enfrentando abiertamente, con violencia desnuda y desprovista de cualquier piso de legitimidad, a todo aquel que osare posicionarse en su contra, justificándose el uso de la fuerza y la invocación de legislación excepcional mediante un discurso belicista y, a la par, menospreciando las graves violaciones a derechos humanos cometidas.

¹⁴ Nash, C.: “Informe ONU: inesperadamente, el más completo y lapidario para el gobierno”, en *CIPER-Chile*, 2019.

Considerando lo anterior, una revisión de la actividad judicial en este contexto permite cuestionar la independencia del poder judicial e identificar la clara utilización del derecho penal y el encarcelamiento en contra de enemigos políticos. En efecto, la judicatura no se posicionó precisamente como garante de la legalidad, sino que se puso, en los hechos, al servicio de intereses políticos: según el tipo de imputado al que enfrenta, el poder judicial ha exagerado o bien atenuado el rigor punitivo respecto del que jurídicamente correspondería aplicar, por lo que sostenemos que éste no ha velado tanto por la salvaguarda del ordenamiento jurídico, sino más bien por el mantenimiento a toda costa del sacralizado orden *político*, que, como tal, enfrenta enemigos *políticos* y no a meros infractores de ley. Administrando una justicia clasista, se olvidó—en el mejor de los casos—de que, sobre todo en periodos de anormalidad, la labor judicial es el último eslabón de contención frente a los abusos del poder y, en definitiva, el garante final de las condiciones que permiten considerar a un orden como democrático. Así, se perfiló como mano ejecutora de las políticas de guerra contra el “enemigo poderoso” y de las promesas de impunidad vertidas por las máximas autoridades. Tal imputación no se realiza de forma antojadiza, sino que resulta de la revisión de ciertos aspectos objetivos que permiten razonablemente formularla. A continuación, se revisarán algunas cifras que dan cuenta de la utilización de la prisión preventiva con fines políticos (a), de la impunidad con que se favorecen, en cambio, los crímenes de Estado (b) y de la aquiescencia que mostró el poder judicial respecto de actuaciones ilegales y/o arbitrarias del gobierno y otros funcionarios estatales (c).

a) Utilización de la prisión preventiva con fines políticos

Según datos del poder judicial,¹⁵ entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de enero de 2020, se solicitó la prisión preventiva de 6.347

¹⁵ DECS, (2020), “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”. Dirección de Estudios Corte Suprema.

imputados (aproximadamente el 7% del total), de las cuales un 84,6% fue concedida y un 15,4% rechazada. Nótese que en varios casos las prisiones preventivas concedidas lo fueron sin haber sido solicitadas por el órgano encargado de la persecución penal (Fiscalía) sino por el gobierno, mediante sus querellantes¹⁶. Los mismos datos publicados muestran que, en comparación con el periodo anterior (año 2018), los delitos que presentaron mayor aumento son aquellos que pudieron haberse motivado y producido en contexto de *estallido social*, generalmente con penas asociadas de baja gravedad, como robo en lugar no habitado a propósito de los “saqueos” (+113,6%), desórdenes públicos (+4.433,9%), maltrato de obra a Carabineros (+28%), daños simples (+8,1%) y receptación del artículo 456 bis A (+1,3%). En cambio, disminuyeron ostensiblemente el hurto falta (-49%), el robo por sorpresa (-40%), el microtráfico (-39%) y el robo con intimidación (-33%).

La cantidad de solicitudes de prisión preventiva acogidas por los tribunales para los hechos que pudieron haberse motivado y cometido en el contexto de *estallido* fue altísima: robo en lugar no habitado (85,85%); desórdenes y alteración al orden público (83,82%); receptación (87,25%); faltas y delitos de daños (86,86%)¹⁷. Debe considerarse que estos hechos, en sí mismos, no tienen penas asociadas de alta intensidad, sino de carácter pecuniario o penas “cortas” privativas de la libertad, sustituibles por sanciones menos

¹⁶ Hasta el 7 de julio de 2020, el gobierno habría presentado acciones judiciales contra a 3.274 personas incluidas en 1.914 querellas y, de ellas, un 55% (1.054) se basan en la Ley de Seguridad Interior del Estado. Ver, Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en *CIPER*, 15/07/2020.

Quizá la situación más evidente de la intromisión del ejecutivo en las decisiones de los tribunales de justicia la constituye la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que, enmendando la decisión del juez de garantía que no había decretado la prisión preventiva de los miembros de la “primera línea” en las protestas del estallido social, encarceló en masa a diversos participantes de protestas en Santiago sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley. En efecto, apartándose de principios básicos de proporcionalidad y racionalidad, el ejecutivo, a través de sus abogados querellantes, consiguió que un tribunal de segunda instancia impusiera la prisión de los manifestantes. Al respecto, señala el académico Claudio Nash, que la Corte no podía invocar que los detenidos eran un peligro para la sociedad, sin fundamentar caso a caso. Asimismo, Nash considera que el gobierno presionó para conseguir ese fallo, el cual constituye una muy mala señal sobre el rol de la Justicia en tiempos en que Chile vive una grave crisis de derechos humanos.

¹⁷ Datos obtenidos mediante respuesta N°4940/2020 del Poder Judicial, originada en solicitud de acceso a la información N° NR001T0004940, en virtud de Ley N° 20.285 (Ley de Transparencia).

gravosas. Los “saqueos” a establecimientos comerciales (robo en lugar no habitado, del art. 442 del Código penal) representan una de las figuras protagonistas con mayor penalidad, la cual va de 541 días a 5 años. Por su parte, los desórdenes públicos (art. 269) son castigados con 61 a 540 días. La penalidad asociada a la receptación (art. 456 bis A) va de 61 días a 5 años y multa de cinco a cien UTM¹⁸. Los daños, dependiendo de su cuantía, pueden implicar desde una falta castigada con pena de multa, hasta un delito de daños calificados, cuando éstos sean superiores a 40 UTM y además concurren ciertas circunstancias especiales (art. 485), caso para el cual la pena prevista se extiende desde los 541 días a los 3 años y multa de once a veinte UTM. En cualquier caso, estas penas son sustituibles, ya sea por trabajos en beneficio de la comunidad, remisión condicional de la pena, reclusión domiciliaria, libertad vigilada o libertad vigilada especial y no es posible a partir de la sola consideración de su gravedad justificar la procedencia de la prisión preventiva. O, al menos, no sin incorporar, consciente o inconscientemente, consideraciones políticas.

Señal de lo anterior es que, con el objeto de entregar un contundente mensaje a la población, el gobierno ha pretendido aumentar la gravedad de tales hechos mediante la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado, la cual sólo se puede explicar en referencia a consideraciones netamente políticas. Un ejemplo de ello es el caso de un profesor que estuvo encarcelado casi dos meses por haber pateado un torniquete de una estación de metro en Santiago, lo que eventualmente podría constituir un delito de daños simples que, no siendo crimen, no acarrea en principio la posibilidad de aplicar penas privativas de la libertad y, con ello, tampoco debiesen ser aplicables medidas cautelares de tal naturaleza. Menos aun considerando que podrían asistirle las circunstancias atenuantes de irreprochable conducta anterior, reparación celosa del mal causado

¹⁸ UTM (Unidades Tributarias Mensuales). A la fecha, 1 UTM = 50.372 pesos chilenos = 64,23 dólares estadounidenses.

y/o colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (circunstancias contempladas en el artículo 11, números 6, 7 y 11 del Código penal, respectivamente), lo que lo posicionaba como excelente candidato a cumplir una pena en libertad, por lo que la prisión preventiva por más de dos meses resulta absurdamente desproporcionada. Otro ejemplo es el de tres jóvenes acusados de hacer una “barricada” sobre la línea del metro—lo que constituiría un delito tipificado en el artículo 105 de la Ley de Ferrocarriles, cuya pena va de 61 días a 3 años—que quedaron en prisión preventiva incluso sin tener antecedentes penales, en atención a su carácter de “lautarinos”, es decir, a su condición de militantes de la organización política Movimiento Juvenil Lautaro. La Corte de Apelaciones de San Miguel avaló la decisión más de una vez y actualmente han sido reformatizados por los mismos hechos, pero en aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

En suma, se reaccionó contra personas consideradas como una amenaza para el poder político y económico, a quienes, sin embargo, sólo correspondería imputar delitos de consecuencias más bien leves. Lo importante fue activar todo el aparato punitivo contra peligrosos saqueadores de supermercados, bárbaros antisociales que alteraban el orden público y jóvenes extremistas que dieron fuertes puntapiés a instalaciones de metro indefensas. En verdad, la prioridad fue reprimir y perseguir a las clases populares y a los enemigos políticos que se manifestaban y generaban molestias o daños exiguos en contexto de protesta social.

b) La impunidad con que se favorecen los crímenes de Estado

Desde el inicio de las manifestaciones sociales en el país y hasta el 30 de noviembre pasado¹⁹, las víctimas por violaciones a derechos humanos que conoció el Ministerio Público ascendieron a 5.558 (entre ellas, 834 niños, niñas y adolescentes). Entre los delitos

¹⁹ Ministerio Público. Informe Estadístico Anual 2019. División de Estudios, Fiscalía Nacional.

cometidos por agentes del Estado, 4.158 denuncias se relacionan al delito de apremios ilegítimos, 1.038 corresponden a abusos contra particulares, 134 son casos de torturas. Del total de víctimas, 4.170 personas denunciaron a Carabineros como los responsables de la violencia institucional y 294 funcionarios de la institución habían sido individualizados. Se registra el fallecimiento de 31 personas en el contexto de estas protestas, todas actualmente con investigación abierta a cargo de la Fiscalía de Chile. En cuatro de estos casos, la muerte se atribuye a agentes del Estado, mientras que al menos otras dos personas fallecieron mientras se encontraban bajo custodia del Estado. Para el 15 de junio de 2020, según cifras aportadas por CIPER, las denuncias por violaciones a derechos humanos ascendieron a 8.510, incluyendo denuncias originadas en las protestas por pérdida de ingresos y ausencia de ayuda estatal en medio del confinamiento por la pandemia.

Según estadísticas del poder judicial²⁰, entre el 18 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, sólo se habían judicializado 1.549 casos de delitos “contra derechos humanos” (apremios ilegítimos, torturas, detenciones ilegales, crímenes de lesa humanidad y genocidio). El delito imputado más frecuente fue el de apremios ilegítimos cometidos por empleados públicos del artículo 150 D del Código penal (69%), seguido por los delitos de torturas del art. 150 A (23,7%), detenciones ilegales del art. 148 (2,8%), apremios ilegítimos con abuso sexual o violación u otros del art. 150 E N° 2 (1,7%) y torturas con violación, abuso sexual agravado y otros del art. 150 B N° 2 (0,7%). A pesar de lo anterior, al 30 de noviembre sólo 38 funcionarios habían sido formalizados²¹. Al día de hoy, según datos obtenidos por CIPER, sólo el 9,4% del total (800 denuncias) se han concretado en querellas²². Cabe notar que el número de casos judicializados y de funcionarios formalizados, en relación con el número de denuncias

²⁰ DECS (2020), “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”. Dirección de Estudios Corte Suprema.

²¹ Ministerio Público. Informe Estadístico Anual 2019. División de Estudios, Fiscalía Nacional.

²² Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en CIPER, 15/07/2020.

efectuadas, evidencian la lentitud con la que ha operado el Instituto Nacional de Derechos Humanos respecto de la presentación de querellas y activación de procesos judiciales y la insatisfactoria actuación desplegada por el Ministerio Público en la persecución de los crímenes más graves para una democracia.

No fue posible acceder, mediante solicitud de información en virtud de la “Ley de Transparencia”, a información acerca del número de prisiones preventivas solicitadas, concedidas y rechazadas para funcionarios del Estado por delitos vinculados a violencia institucional²³. Sin embargo, a partir de los datos que el poder judicial sí aportó es posible extraer información referente a los delitos de apremios ilegítimos y torturas, que sugieren la cualificación del sujeto activo. Al respecto, se concedieron 20 prisiones preventivas entre octubre y diciembre de 2019, mas, en el mismo periodo, en 10 oportunidades los tribunales superiores revocaron prisiones preventivas concedidas a agentes del Estado por tales delitos²⁴. Conviene hacer presente que las medidas de prisión preventiva para uniformados se realizan en condiciones absolutamente distintas que la de los demás presos, en establecimientos especialmente preparados al efecto y no en recintos penitenciarios.

La actitud punitivista adoptada por jueces y juezas contra ciudadanos que son considerados una amenaza para el orden institucional contrasta fuertemente con la impunidad con que se ha visto beneficiado el actuar represivo de las Fuerzas de Orden y Seguridad y las Fuerzas Armadas, sobre todo considerando que los delitos vinculados con vulneraciones a derechos humanos son quizás

²³ Se solicitó información al Ministerio Público y al Poder Judicial, más ninguna institución “pudo” entregarla. El Ministerio Público se negó arguyendo que los datos no se encontraban disponibles o desagregados en su sistema y que sistematizarlos implicaría distraer indebidamente a los funcionarios de sus tareas. El poder judicial, por su parte, informó que no existe forma de identificar si los imputados en prisión preventiva por delitos vinculados a violencia institucional son funcionarios o no.

²⁴ Datos obtenidos mediante respuesta N°4940/2020 del Poder Judicial, originada en solicitud de acceso a la información N° NR001T0004940, en virtud de Ley N° 20.285 (Ley de Transparencia).

los más graves en una comunidad democrática y que su penalidad es notablemente superior²⁵.

La presión del gobierno y las autoridades pertenecientes al poder ejecutivo fue evidente: la máxima autoridad de Carabineros señala que no removerá a ningún funcionario, aunque lo obliguen; el gobierno incorpora un guiño a la impunidad para las Fuerzas Armadas mediante proyecto de ley de infraestructura crítica; el ejecutivo respalda una y otra vez el actuar de los uniformados en respuesta a las gravísimas denuncias vertidas por organismos internacionales en sus informes. La tendencia pro-impunidad del gobierno, en definitiva, es clara y la clase judicial no se quedó atrás, actuando rápidamente en la misma dirección. Con ello, han decidido que en los casos objetivamente más graves que dejaba la revuelta, vinculados a violaciones de derechos humanos, no resultaba tan clara la necesidad de decretar prisiones preventivas que, en cambio, fueron “estrictamente necesarias” para enfrentar delitos contra el orden público y contra la propiedad. Antes que velar por una apropiada atribución de consecuencias jurídicas para quienes hubieren cometido algún delito, pareciera que el órgano juzgador actuó en armonía con el contexto belicista fabricado por el gobierno, pretendiendo salvaguardar, ante todo, el orden político y, por tanto, administrando una justicia que trata diferenciadamente a los enemigos políticos.

c) La aquiescencia frente a actuaciones ilegales del Estado

Según datos del poder judicial²⁶, existió un número importante de recursos de amparo constitucional (*habeas corpus*) que, si bien fueron admitidos para su tramitación en las Cortes de Apelaciones,

²⁵ El delito de apremios ilegítimos (art. 150 D del Código penal) tiene una pena asociada de 541 días a 5 años; cuando éstos aparecen agravados por la comisión de delitos contra la libertad sexual (art. 150 E N°2), la pena comienza en 10 años y 1 día y llega a los 15 años; el delito de tortura (art. 150 A) tiene asociada una penalidad que va de 5 años y un día a 10 años; cuando éstas aparecen agravadas por la comisión de delitos contra la libertad sexual (art. 150 B) la pena comienza en 15 años y 1 día y se extiende hasta el presidio perpetuo.

²⁶ DECS: “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2020.

finalmente fueron rechazados. De 392 amparos constitucionales ingresados entre el 18 de octubre y 31 de diciembre de 2019, se admitió a trámite el 79,3% de ellos y el 15,3% fue declarado inadmisibles²⁷.

De las acciones interpuestas contra Carabineros (42,9%) concluidas al 31 de enero de 2020 (89,9%), sólo el 16,4% fue acogido, rechazándose en el 64,9% de los casos²⁸, pese a que los hechos que les dieron origen resultaban ser particularmente graves²⁹. Llama la atención el alto número de recursos de amparo que, habiendo sido admitidos a tramitación, fueron rechazados por las Cortes de Apelaciones, generalmente en atención a que no resultaban *suficientemente* probados los hechos (como si se tratara de un proceso penal) o bien a que los antecedentes ya habrían sido remitidos al Ministerio Público, de manera que el recurso de amparo no sería la vía idónea para ventilar estas cuestiones (confundiendo la función del proceso penal y la de acciones constitucionales como las de amparo, como si este último pretendiera perseguir responsabilidades penales y no poner fin a amenazas o vulneraciones a derechos fundamentales), o bien disponiendo que las perturbaciones a la libertad y seguridad individuales habrían “perdido oportunidad” dado que ya habían ocurrido, obviando con ello la posibilidad jurídica de emitir pronunciamientos cuyo contenido declarativo hubiere tenido importantísimas consecuencias para la prevención de nuevas situaciones de amenaza generalizada a la libertad y seguridad individual de las personas.

De las acciones interpuestas contra las Fuerzas Armadas (39,5%), el 81,3 % fue considerada admisible. El 80,2% de las acciones admitidas se encontraban concluidas al 31 de enero de 2020 y, de ellas,

²⁷ Un 5,4% de los recursos no presentó tal información.

²⁸ El porcentaje restante está constituido por desistimientos (6,0%), declaraciones de incompetencia de la Corte (4,5%), omisión de pronunciamiento sobre el fondo (2,2%), archivo de la causa (1,5%) y una resolución que acogió la acción respecto de algunas personas y la rechazó respecto de otras (0,7%).

²⁹ Entre los principales motivos se cuentan el hostigamiento, vigilancia y/o seguimiento (14,9%), el uso desmedido de la fuerza y/o mal uso de armamento (14,3%), la detención (14,3%), la detención en conjunto con agresión física, psicológica y/o sexual (12,5%) y la desaparición producto de una detención (11,3%).

el 77,2% fue rechazada, acogándose sólo el 6,9%³⁰. Es interesante notar que la mayoría de los recursos (61,7%) tuvo como principal motivo vulneraciones a la libertad personal y seguridad individual originadas en el decreto de estado de excepción constitucional de emergencia y toque de queda, actuaciones de cuestionada constitucionalidad, según se apuntó. Ninguno de estos recursos admitidos a tramitación fue acogido. Los tribunales argumentaron que las acciones habrían perdido oportunidad al haberse levantado el toque de queda durante la tramitación del recurso: “(...) el ‘toque de queda’ que se cuestiona en autos ha sido levantado o dejado sin efecto por el recurrido (...) circunstancia que pone de manifiesto que no existe una orden de privación al ejercicio de la libertad ambulatoria que perturbe o amenace al recurrente en su derecho a la libertad persona y seguridad individual (...)” (Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 522-2019); “(...) no existe a la fecha toque de queda y, el estado de emergencia ha quedado sin efecto por Decreto N° 533 de 27 de octubre de 2019 (...)” (Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 513-2019). Lo anterior es otra muestra de la poca disposición de los tribunales para contener el ejercicio irracional e ilegítimo de la violencia estatal, pudiendo y debiendo hacerlo.

Por otra parte, en el contexto de mutilaciones masivas, pese a constatarse por informes periciales que los proyectiles “de goma” utilizados por Carabineros contenían alto porcentaje de plomo y otros metales, las Cortes de Apelaciones rechazaron los recursos que solicitaban se decretara la prohibición de utilizarlos en la disuasión de las manifestaciones, dejando a criterio de la institución el mayor o menor apego al protocolo sobre el uso de la fuerza al cual deben someterse (normativa que, en todo caso, fue dictada y resulta siempre modificable por ella misma). Esto, salvo algunas resoluciones excepcionales que, sin embargo, fueron rápidamente contrarrestadas

³⁰ El porcentaje restante lo constituyen declaraciones de incompetencia de la Corte (6,9%), desistimiento (5,9%), y omisión de pronunciamiento (3,0%).

por resoluciones de otras salas de la misma Corte dictadas en el sentido mencionado.

En suma, no es difícil observar cómo el órgano juzgador adapta sus criterios de aplicación de las normas frente a la clase de individuo sometido al sistema penal, tanto en periodos de excepcionalidad como de normalidad, como se observará. El posicionamiento del poder judicial como administrador de justicia clasista y como órgano garante del *statu quo* es bien conocido, pero se manifestó de manera grosera en el contexto de *estallido social*. Si bien existen importantes diferencias entre este contexto y la dictadura de Augusto Pinochet, hay un triste parecido en el rol que cumplieron—o dejaron de cumplir—los tribunales frente a violaciones generalizadas de derechos humanos, similitud cuya explicación no puede obviarse, puesto que, tras la dictadura, esta institución jamás se ocupó de elaborar una memoria crítica que permitiera depurar sus estructuras³¹. Por otro lado, el discurso belicista instalado desde la clase política fue fácilmente asimilado por quienes juzgan, quizás sin siquiera percatarse de la potencia de sus vínculos de clase. Especialmente lúcida aparece entonces la caracterización que Novoa Monreal hiciere de los jueces como “individuos de formación conservadora, temerosos de cualquier avance social, custodios celosos de un orden tradicional y cancerberos fieles de los intereses de la clase dominante”, que se encuentran internamente inficionados por la mitología jurídica burguesa y conscientes de que su real papel es la preservación del *status* en el que viven (Novoa Monreal, 2007: 220)³². Así, parece natural su tendencia a identificar a un sector social al que se imputa el uso de una violencia de baja intensidad, pero no institucional, como *enemigos*; y, por otro, a tratar con delicadeza a quienes abusaron sistemática y generalizadamente de una violencia amparada por el Estado, aunque excediese los ya amplios límites permitidos por el

³¹ Al respecto, véase Bergalli (1984).

³² El autor seguidamente añade: “Para ello han sido formados en escuelas de Derecho cuya tarea fundamental parecería ser la de ocultar la verdadera ciencia jurídica con el fin de que el Derecho siga siendo el más eficiente instrumento de reproducción y perduración de la organización social establecida” (221).

orden jurídico, dado que no representan un peligro para la estabilidad del orden social, sino que, por el contrario, representa su defensa más brutal. Respecto del viejo debate en torno a lo que significa la administración de justicia en un Estado democrático, los hechos parecen responder categóricamente en el sentido de que ésta es la satisfacción de una función concreta a cargo del Estado en la realización del poder político³³.

Encarcelamiento masivo en Chile

El aumento de los índices de encarcelamiento en Chile tiene diversas causas y son también distintos los actores que hacen posible esta situación. Posiblemente la principal responsabilidad es de la clase política que legisla en pro de un mayor punitivismo aumentando de esta manera las posibilidades de la persecución penal en desmedro de los derechos de las personas. También, en sintonía con la clase política, son los policías, los y las fiscales del Ministerio Público y, finalmente, los jueces y juezas, quienes cumpliendo sus roles fomentan las injusticias, el clasismo y múltiples vulneraciones de los derechos humanos que supone el encarcelamiento masivo. Si bien los jueces y juezas parecen ser sólo parte de un último eslabón de la cadena, su rol no es menos importante ya que en sus manos está muchas veces la decisión de aplicar derechamente penas distintas al encierro y, en todo caso, pueden, sin incumplir las leyes, sancionar respetando las garantías individuales y evitando seguir criminalizando la pobreza, aunque esto pueda traerles altos costos políticos³⁴.

³³ Cf. Bergalli, R.: "La construcción del delito y de los problemas sociales", en: *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 25-82. (cfr. p. 52).

³⁴ Dichos costos políticos vendrían dados por la fuerte presión que ejerce la clase política en el actuar de jueces y juezas. Un ejemplo claro de esto lo evidencian las declaraciones de la ex candidata presidencial, ex senadora y actual alcaldesa de la comuna de Providencia, la pinochetista Evelyn Matthei, quien, ante formalizaciones o sanciones de políticos de su coalición, ha acusado a los jueces de persecución política. De la misma manera, ante un fallo absolutorio de personas que ella considera sus "enemigos", desconociendo la independencia del poder judicial, cuestiona y pone en tela de juicio el actuar de dichos jueces o juezas. Así, en noviembre de 2013, a propósito de la absolución de varios imputados de actos calificados de terroristas, indignada con la resolución judicial, señaló: "La mayoría de los magistrados son espectaculares. Pero se nos han 'colado' algunos extremadamente garantistas y muy de ideologías de

Más allá de las presiones que existen y que no podemos negar, jueces y juezas, facultados por normas internacionales y de rango constitucional, podrían, con argumentos de jerarquía normativa, aplicar el derecho en favor de las personas y no contra ellas. No obstante, no queriendo contradecir al poder político, usualmente deciden en favor de la utilización del derecho como un aparato de terror en contra de los sectores más vulnerables de la sociedad o de quienes puedan poner en peligro el régimen imperante.

En este apartado, sin desconocer la complejidad del tema, centraremos nuestra atención en la responsabilidad que le cabe a los jueces y juezas en el encarcelamiento masivo. Sin embargo, para poder explicar el contexto, analizaremos el proceso político que opera antes de que los jueces manden masivamente a personas pobres a las prisiones. Asimismo, para comprender la situación chilena, veremos el nexo que existe con los Estados Unidos por el rol de laboratorio experimental que desempeñó Chile en materia económica durante la dictadura de Pinochet. Así, las respuestas al alto nivel de encarcelamiento en Chile pueden encontrarse también en el puente que une verticalmente a estos dos países.

Los Estados Unidos, como paradigma, ha tenido una enorme influencia en América Latina. Son sus políticas las que se implementan e imponen en Chile, aunque con presupuestos mucho más reducidos. Por su parte, el régimen económico chileno ayuda a identificar al delincuente, a quien se encarcela atendiendo a criterios de selección principalmente sociales, pero también raciales (el preso es moreno, con rasgos indígenas, pelo tieso, etc.). Con todo, no es sólo la estructura económica chilena (neoliberal y desigual) la que ayuda a la implementación del Estado penal. La democracia trajo consigo también un mayor autoritarismo penal alimentado por discursos de populismo penal transversales a la clase política. Precisamente, si nos detenemos en el Chile reciente (últimos 30 años)

izquierda, que quieren cambiar el sistema judicial. Dichos profesionales fueron puestos en los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet y hoy están con la puerta giratoria". En: *El Mostrador*, 13/11/2013.

y analizamos el ambiente en el que se votan las leyes que más relevancia tienen en el aumento del encarcelamiento, veremos que el proceso electoral y el lenguaje punitivo de las campañas políticas constituye un factor importante del encarcelamiento masivo. Dentro de las causas inmediatas del aumento del encarcelamiento en Chile se encuentran diversas leyes sustantivas que aumentan las penas privativas de libertad. Especialmente punitiva resulta la ley 20.000 que, imitando la *Guerra contra las Drogas* implementada en los Estados Unidos, rompe toda proporción y, contrariando principios básicos, otorga una batería de medidas intrusivas en contra de las personas, presume la responsabilidad penal, permitiendo sancionar masivamente a pequeños vendedores de drogas, a drogo-dependientes e incluso a meros consumidores esporádicos.

Así las cosas, podemos afirmar que a la clase política le cabe la mayor cuota de responsabilidad en el aumento de los índices de encarcelamiento. Su afán punitivista, que es también populista, permite que se puedan aprobar y promulgar leyes incluso en contra de principios constitucionales básicos como la ya mencionada ley 20.000, promulgada en 2005 durante el gobierno de Ricardo Lagos, que presume la responsabilidad penal, contrariando normas superiores, tanto constitucionales como emanadas del derecho internacional que consagran la presunción de inocencia. Frente a un conflicto de jerarquía, en el que por una parte hay normas de rango superior que presumen la inocencia y, por otra, una ley ordinaria que presume la responsabilidad penal, bien podrían los tribunales de justicia fallar en derecho aplicando las normas de jerarquía superior, esto es, las contempladas en la constitución y en la legislación internacional. Sin embargo, no sabemos si por sumisión a la clase política o encantados con el sistema, jueces y juezas aplican la norma inconstitucional y, en consecuencia, disparan los índices de condena y de encarcelamiento.

La reforma procesal penal es también una importante causa inmediata del encarcelamiento masivo en Chile. Si bien esta reforma

reemplazó un procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, aparentemente más liberal, los hechos demuestran que detrás de este ropaje garantista el nuevo proceso penal escondía un autoritarismo que permitió que, con una velocidad y facilidad sin precedentes, se encarcelara masivamente³⁵. La justicia negociada, a través de procedimientos abreviados y simplificados con sus incentivos de admisión de culpa, contribuye al aumento del encarcelamiento al hacer muy fácil y rápido condenar y encarcelar. Por otra parte, las modificaciones que aumentan los poderes del Ministerio Público y de la policía nacen primeramente como excepcionales para delitos graves (terrorismo, tráfico de drogas, etc.) y gradualmente pasan a ser una práctica estándar, amenazando expandirse a otras áreas del proceso penal³⁶.

Al igual que en otras latitudes, vemos cómo se consolida un Estado penal que crece en un contexto de desigualdad, segregación y neutralización de enemigos. Curiosamente, la crítica a dicha reforma procesal penal resulta prácticamente inexistente por parte del mundo académico. Mientras las cátedras universitarias loan el espíritu liberal de dicha reforma, poco se habla sobre sus efectos y del vínculo que tiene con el aumento del encarcelamiento.

Ante este aumento de personas privadas de libertad, que generó problemas de hacinamiento, la respuesta de los gobiernos socialdemócratas fue la construcción de nuevas cárceles, las que velozmente se fueron llenando, sin resolver los problemas de sobrepoblación. Conviene recordar que, aunque parezca evidente que más prisiones pueden significar menos hacinamiento, la experiencia internacional enseña que esto no es así, y que a medida que se

³⁵ La reforma procesal penal entró en vigencia en todo el país el año 2000. En dicho año había 215 presos por cada 100.000 habitantes, cifra que ascendió a 320 pasados diez años desde la implementación de la reforma (www.prisonstudies.org).

³⁶ Sobre el real impacto de la justicia negociada en los índices de encarcelamiento, véase: Provoste, A.: "El endurecimiento de la respuesta penal en los delitos de robo con violencia e intimidación. Efectos de la Ley 20.931", tesis de Magister en Criminología y Justicia Penal en la Universidad Central de Chile que obtuvo la más alta calificación. En dicha tesis, el magistrado Provoste, además de analizar la reforma referida, dedica gran parte de su análisis a demostrar cuantitativamente el impacto en los índices de encarcelamiento como consecuencia del aumento de posibilidades de la justicia negociada.

construyen nuevas cárceles es el nivel de encarcelamiento el que aumenta, sin afectar la sobrepoblación³⁷. Analizando las tasas de hacinamiento y su relación con el aumento del encarcelamiento, podemos concluir que, para los jueces y juezas de los tribunales de justicia, la inhumanidad en la que se vive en las prisiones no supone ningún impedimento a la hora de enviar a más personas a prisión. Las condiciones en que deben padecer la pena, parecen no ser relevantes para jueces y juezas, toda vez que las personas que cumplen penas privativas de libertad pertenecen a grupos sociales diametralmente distintos al de los miembros del poder judicial. Nuevamente, ante un posible conflicto axiológico entre normas que obligan a respetar la dignidad humana y la aplicación de leyes que suponen el desconocimiento de las primeras, jueces y juezas fallan conforme a las últimas, sin cuestionarse siquiera los efectos de esta aplicación mecánica que hace posible que la administración de justicia constituya un eslabón fundamental en la vulneración masiva y sistemática de los derechos humanos de miles de personas.

La responsabilidad del poder judicial, como ya hemos anunciado, actúa en sintonía con otros engranajes que desde el proceso legislativo van dando forma a un sistema clasista e inhumano. Así, los diversos grupos que detentan el poder, actúan de manera conjunta y coordinada. Por lo mismo, en materia penal se vislumbran muchas coincidencias entre las coaliciones que detentan el poder político en

³⁷ El aumento del número de presos ha sido posible debido a la construcción de nuevas cárceles. Se argumenta, por parte de los impulsores de esta verdadera industria, que la finalidad de estas nuevas edificaciones es la de poner fin al hacinamiento y a las malas condiciones en la que viven los presos. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que las nuevas prisiones al poco tiempo reproducen el hacinamiento y la sobrepoblación sin solucionar los problemas que justifican su construcción. En Inglaterra y Gales, entre 1987 y 1997 los gobiernos conservadores patrocinaron el programa más grande de edificación de prisiones que haya existido desde el siglo XIX en respuesta al hacinamiento carcelario (Matthews, 2003: 186). La crítica a dichas medidas llegó de varios sectores. Por una parte, Blumstein y Cohen (1973) señalaron que en la medida en que se incrementa la capacidad de las prisiones, éstas se van llenando rápidamente, puesto que al aumentar los espacios carcelarios los jueces recurren con mayor frecuencia al encarcelamiento. En sentido semejante Mathiesen (1974) plantea que la construcción de prisiones promueve el expansionismo del encarcelamiento, y propone la reducción de los períodos de penas como herramienta eficaz para la reducción de la población carcelaria y del hacinamiento en las prisiones. Confirma esta línea teórica lo acaecido en Holanda que a mediados de la década de 1970 se embarcó en un programa de construcción de nuevas cárceles y la población reclusa aumentó de 2500 en 1975 a más de 12.000 a mediados de la década de 1990 (Matthews, 2003: 200).

Chile, lo que hace pensar que defienden y representan intereses similares. Curioso resulta que casi nadie se pregunte por el nexo entre encarcelamiento masivo y las estructuras sociales siempre más desiguales en el Chile de hoy. Tampoco existe un serio cuestionamiento a la selectividad del sistema penal que termina encarcelando casi exclusivamente a miembros de los sectores más pobres de nuestras ciudades. ¿No será la respuesta penal veloz y eficaz el único modo de control de las masas pobres, desempleadas y sobrantes de una sociedad post-capitalista basada en la explotación y la exclusión?, ¿será que el derecho penal es el complemento necesario de la falta de Estado social?

Sin querer responder a las preguntas antes planteadas, quisiéramos plantear que si el sistema penal se basara en principios de justicia y la determinación de las penas se fundara en la real culpabilidad de los autores de delitos, la estructura económica desigual de Chile³⁸ debiera traducirse en una distinción de tratamiento que compense, basado en juicios de reproche, los delitos de los grupos más carenciados, toda vez que el Estado no puede exigir lo mismo a quienes gozan de buen vivir que a los excluidos, a quienes nunca prestó protección. Sin embargo, por la propia formación en las escuelas de Derecho, donde no se estudia la pobreza y poco y nada se habla de las cárceles, los jueces y juezas parecen desconocer los nexos entre marginalidad y delincuencia y parece acomodarles dicho desconocimiento. Así, sin reconocer ni hacer mención a un contexto social, aplican la ley en forma tal que perpetúan y acrecientan desigualdades, sintiéndose más seguros en un mundo que no quieren cambiar, sino mantener.

En gran medida, lo que jueces y juezas hacen es impartir una justicia de clase en sintonía con todo el constructo del sistema penal que parte con una distorsión mediática de los fenómenos delictuosos, seguida de alteraciones penales y procesal-penales que con forma de

³⁸ Según los datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Chile sería uno de los tres países más desiguales en América Latina junto a México y Colombia. Ver: *El Mostrador*, 03/09/2020.

leyes aprueban las castas políticas, para luego dejar en manos de una policía sin criterio y cada vez con más facultades las detenciones de un grupo bien definido de personas, para que luego los funcionarios del Ministerio Público, con prejuicios y actuaciones que sustancialmente coinciden con las de los policías, centren sus esfuerzos en el encarcelamiento de la pobreza, incluso aportando antecedentes falsos si resulta necesario, para que finalmente los jueces y juezas, como sumos sacerdotes en el teatro de la justicia, concluyan la obra enjaulando a seres humanas en condiciones indignas para cualquier especie viva.

El aspecto teatral del sistema de justicia penal, caracterizado por la oralidad y publicidad, centrado en el espectáculo del proceso, desvió la atención sobre su significado social. Así, mientras se diseñaba la Reforma Procesal Penal, los grupos más conservadores criticaron el nuevo modelo por considerarlo muy garantista. Se decía que el equilibrio entre garantía y persecución penal estaba desequilibrado favoreciendo extremadamente al primero. Tras 20 años desde su implementación, conocidos los niveles actuales de encarcelamiento, resulta difícil considerar garantista a un sistema penal que los números muestran como más punitivista. No obstante, si analizamos, por una parte, el tipo de condenados y sus características sociales y económicas, y, por otra, quiénes son perfectos candidatos para salidas no punitivas, podemos concluir que este nuevo sistema puede ser punitivo o garantista dependiendo de las características económicas y sociales del imputado. Antes de entrar en vigencia la reforma, muchos se preguntaban si ésta favorecería o perjudicaría a los delincuentes (imputados o condenados). La práctica nos ha demostrado que la pregunta estaría mal formulada, toda vez que los favorece o perjudica según su clase social³⁹.

³⁹ En el mismo sentido Hernández Molina (2002-2005: 2) para quien "es equivocado plantearse la pregunta si el sistema (...) respalda o protege más a la víctima o al victimario. Y es que el nuevo sistema protege, ordenadamente, al que tiene billetera e influencias, cualquiera sea el rol que ocupe en la relación procesal". Luego Hernández Molina ilustra sus afirmaciones comentando dos casos de 2004. "Una pareja de ancianos es atropellada en cruce de peatones, en Reñaca, Viña del Mar. El vehículo causante, propiedad de Andrés Celis, concejal de Viña, huye del lugar, y es encontrado días después abandonado.

Más que entrar en estudios cuantitativos que pueden reafirmar ideas obvias, como que el perfil de las personas privadas de libertad es de mayor vulnerabilidad al de quienes no estamos presos, a través de un par de casos judiciales concretos esperamos ejemplificar de qué manera la justicia trata con burda diferencia, esto es de manera desigual, atendiendo a la posición social del imputado o imputada.

Al respecto, la periodista Monica Rincón, criticó duramente nuestro sistema de justicia. “Cárcel para los pobres, clases de ética para los ricos” sostuvo la periodista al comparar la sanción que recibieron Carlos Délano (Paz Ciudadana) y Carlos Lavín, condenados por defraudar al fisco en 1.700 millones de pesos y financiar ilegalmente la política, a una pena de 4 años *en libertad* y la obligatoriedad de acudir a clases de ética. Por su parte—insiste la periodista—un comerciante en Puerto Montt fue condenado a 4 años de cárcel por presentar dos facturas falsas por un total de 2 millones de pesos⁴⁰.

Otro caso judicial que sirve para evidenciar el vergonzoso funcionamiento de nuestro sistema penal lo constituye el impune homicidio perpetrado por Martín Larraín Hurtado, hijo de Carlos Larraín, ex senador y presidente de Renovación Nacional, partido político cercano a la figura de Augusto Pinochet. La noche del 18 de septiembre de 2013, Martín Larraín atropelló y abandonó, sin prestar auxilio y dejándolo morir, a Hernán Canales. En un primer juicio Martín Larraín fue condenado como autor de cuasidelito de homicidio. Sin embargo, y en virtud de un recurso de nulidad *presentado por el Ministerio Público*, el juicio fue anulado y se realizó un

El concejal jamás necesitó acreditar que no lo conducía; jamás presentó una denuncia por robo; testigos señalan que él conducía el móvil, pero, en la audiencia de control llega a un acuerdo (6.000.000 de pesos) con los lesionados, personas modestas. Se da fin al proceso, término ratificado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Y, en Arica (...) los padres de un menor, paraplégico a causa de balas de un detective, llegan a acuerdo procesal con el funcionario policial, evitándole el castigo penal, a cambio de 36 cuotas mensuales de 150.000 pesos, dinero que, según reconoció el mismo padre, es esencial para atender debidamente al niño. Ese fue su motivo para ceder. Allí terminó el proceso”. Por otra parte, la celeridad del nuevo proceso penal a quién más favorece es a los autores de complejos delitos económicos, toda vez que la prueba de éstos resulta más complicada que la mayoría de los delitos.

⁴⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=HvyOZsn79ZI> [Última consulta: 03/08/2020].

nuevo juicio donde se absolvió al hijo de Carlos Larraín, no obstante, sus acompañantes fueron condenados por obstrucción a la justicia.

Asimismo, el médico que realizó la autopsia de Cubillos también fue condenado por falsificación de instrumento público al haber adulterado la autopsia. Es decir, acompañantes y médico condenados, pero el autor del homicidio, hijo de un político poderoso, fue absuelto.

Por otra parte, Brian Arriagada, condenado a la pena de 61 días de cárcel efectiva por vender discos no originales en la calle, murió junto a otras 80 personas, en el incendio de la cárcel de San Miguel.

Otro caso ilustrativo del funcionamiento del sistema de justicia penal lo constituye el caso de Lawrence Golborne, ex ministro del primer gobierno de Sebastián Piñera, quien en 2016 fue formalizado por delitos tributarios acusado de facilitar boletas “ideológicamente falsas” al grupo Penta por más de 378 millones de pesos chilenos. El Ministerio Público, que en un comienzo había solicitado una pena de cuatro años y el pago de 40 UTA (22,8 millones de pesos) no tuvo ningún impedimento en “negociar” una salida alternativa y así evitar juicio y sanción del ex ministro. Finalmente, en virtud de dicha negociación, Golborne pagó 20 unidades tributarias mensuales (11.4 millones de pesos), es decir, cerca del 3% de lo defraudado, suspendiendo así el procedimiento penal. Dicho acuerdo, fruto de la negociación entre el Ministerio Público y los abogados del ex ministro, sólo fue posible al ser aprobado por un tribunal.

No quisiéramos cerrar este apartado sin antes hacer una breve mención a un importante problema de género, producto de las políticas criminales imperantes y el aumento en los índices de encarcelamiento femenino y los nefastos efectos que esto puede significar para los hijos e hijas de las mujeres encarceladas y la consecuente perpetuación de la exclusión, la violencia y la pobreza.

Como mencionamos anteriormente, fue la Ley 20.000, que sanciona diversos delitos de tráfico de estupefacientes, una de las principales causas del aumento de los índices de encarcelamiento. El resultado de la Guerra contra las Drogas, en los países que

implementaron las políticas y los principios legislativos promovidos en su momento por los Estados Unidos, se ha concretado en el encarcelamiento masivo de personas, incrementando particularmente, el encarcelamiento femenino (Chesney y Lind, 2003)⁴¹.

Esta situación del encarcelamiento femenino reviste especial gravedad, toda vez que la cárcel, desde sus inicios, ha sido “una herramienta dirigida fundamentalmente al control de la población masculina” (Rivera, 2009: 264). Sin embargo, la Guerra contra las Drogas entendió que el “enemigo” podía ser también una mujer. La selectividad en las mujeres reclusas opera al encerrar muy especialmente a un grupo vulnerable que en su mayoría comparte tres características: son mujeres sin poder ni influencias, generalmente encarceladas por delitos vinculados al tráfico de drogas; han vivido en la pobreza; y en una elevada proporción pertenecen a grupos étnicos minoritarios (Carlen, citado en Rivera, 2009: 264).

La principal razón del porqué las mujeres cometen delitos vinculados al tráfico más que otros, se relaciona con un rol histórico que han debido cumplir. La mujer, que muchas veces es madre, difícilmente se puede desentender de su maternidad (cuestión muy distinta al hombre con la paternidad), y la actividad de tráfico de drogas, a diferencia de otros delitos, puede perpetrarse desde el hogar. Así, la mujer cumpliendo su rol de madre y de dueña de casa, con actividades vinculadas al tráfico de drogas, puede generar ingresos sin tener que salir a buscar trabajo y desatender la casa y el cuidado de los hijos e hijas. En este mismo sentido, sostiene Anthony García, (2002:

⁴¹ En Chile en 2015, según datos otorgados por Gendarmería de Chile, el 45% de las mujeres encarceladas lo estaba por la ley 20.000. De las encarceladas, el 61% tiene entre 24 y 45 años de edad, el 85% de los casos tiene entre 2 y 3 hijos y el 12% más de cuatro. El 8% es analfabeta y aproximadamente el 75% no ha concluido su educación formal. El 40,7% son reincidentes y el 40% está cumpliendo condenas superiores a los 5 años. El 86% fue clasificada como de mediano o bajo compromiso delictivo por Gendarmería de Chile. El 50% declara haber tenido una vida sexual y afectiva regular, mala o muy mala y el 37% dice haber tenido una pareja que le perjudicó (siempre o a veces). El 53,4% declara haber presenciado en su infancia algún tipo de violencia en contra de sus familiares o de alguien cercano y el 65% declara haber sido ella objeto de violencia en alguna etapa de sus vidas. En el 53% de esos casos la violencia fue ejercida por sus ex parejas y el 51% no recibió ningún tipo de apoyo tras esas experiencias traumáticas vividas.

512) que “las limitaciones que acarrea la maternidad que las impide conseguir o conservar sus trabajos (...) explica el por qué eligieron actividades [de tráfico de drogas]”. Además, por la propia condición desfavorecida que sufren las mujeres, lo normal es que su actividad en el tráfico corresponda a tareas subalternas y de gran visibilidad (Maqueda Abreu, 2014: 247), lo que las hace sustituibles y fácilmente apresables.

Dada esta dinámica, el encarcelamiento de un significativo grupo de mujeres puede resultar más lesivo para las condenadas que para los hombres, puesto que el encierro de las mujeres que son madres significa, o bien el encarcelamiento de su hijo o hija, o bien la separación de los mismos de su madre. Incluso algunas veces los hijos e hijas deben sufrir ambas situaciones, esto es, el encierro hasta que cumplan una edad determinada, que varía de legislación en legislación (2 años, por ejemplo), y luego la separación de su madre, con los efectos traumáticos que esto puede generar tanto para el hijo o hija, para la madre y para los demás miembros de la familia.

Por último, ante un mayor crecimiento del encarcelamiento femenino que masculino⁴² y constatando que la mayoría de las mujeres privadas de libertad cumplen condena por delitos de tráfico de drogas, y que más del 80% de las reclusas son madres, surge otra pregunta cuyas posibles respuestas pueden ayudarnos a entender cuestiones mucho más complejas y profundas que escapan a las pretensiones de este trabajo: ¿Dónde van a parar los hijos de las mujeres presas?

Con esta interrogante cerramos este apartado y, sin responder la pregunta, sólo quisiéramos recordar algo obvio. La esta situación descrita, la mantención de estructuras injustas que perpetúan la exclusión y la pobreza, no es fruto de una fatalidad natural. Más bien,

⁴² Si bien el porcentaje varía de país en país y en América Latina las mujeres privadas de libertad no representan el 10% de la población reclusa, el aumento del encarcelamiento femenino es superior al masculino, lo que genera especial preocupación al constatar los efectos sociales nocivos que supone el encierro de las mujeres que además son madres. Sobre el particular, las cifras en: <https://www.prisonstudies.org/map/south-america> y sobre los efectos: Liebling y Maruna (2005).

se trata de decisiones políticas, inhumanas y discriminatorias, que se pueden y se deben modificar.

Conclusiones

La utilización del encarcelamiento, esto es, la separación de personas de la vida en comunidad, más que presentarse como una política pública de control de la delincuencia, responde a criterios clasistas y de poder. Así, entre los muchos crímenes y criminales, el encierro en una cárcel se reserva para algunos delitos y para tipos de delincuentes. Específicamente para aquellos que no coinciden con la clase de quienes participan en la elaboración de la norma o para los enemigos políticos del régimen imperante.

Sin considerar las críticas de la prisión y las múltiples recomendaciones en la disminución de su utilización, en Chile las penas privativas de libertad se siguen implementando como sistema de gestión de pobreza y de enemigos políticos. Lamentablemente, poco y nada han dicho los juristas nacionales sobre el encarcelamiento chileno. La responsabilidad que le cabe a la clase política, al Ministerio Público y a los tribunales de justicia en el encarcelamiento masivo, que supone una sistemática violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, ha sido un tema desatendido por los juristas.

Necesario resulta indagar en las causas del aumento de los índices de encarcelamiento, toda vez que las leyes que lo generan (causas inmediatas) nacen en un ambiente (causas mediatas) que hace posible su promulgación y en la obsecuencia de los tribunales de justicia que utilizan el derecho penal en contra de las personas, incluso por sobre normas internacionales que obligan a respetar la dignidad humana. Asimismo, resulta aún más imperioso atender a sus nefastos efectos que supone el incumplimiento de diversas normas internacionales como la Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre tratamiento de los reclusos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.

Nuestra memoria tiene, o debiera tener, muy frescos los recuerdos de las brutales violaciones a los derechos humanos, perpetradas por una dictadura cuyas consecuencias aún perviven, como para cerrar los ojos ante las actuales vulneraciones que supone el encierro masivo y ante la actuación criminal de los agentes de Estado a propósito del estallido social. Ante las indignantes situaciones de violaciones actuales de derechos humanos, tanto en el contexto del estallido social como en el encarcelamiento masivo de la pobreza, el silencio es cómplice y es deber de los juristas la denuncia, la protesta y la búsqueda de responsables.

Asimismo, no debemos desatender que es el Estado el que ejerce violencia en dos frentes en contra de sus enemigos, esto es, pobres y disidentes políticos. Por una parte, a través de una represión directa y brutal, pero negada o minimizada, por parte de los agentes del estado y, por otra, a través del encarcelamiento, en forma de condena de cárcel o como prisión preventiva, de pobres y disidentes sociales. Dicho encierro, entre otros múltiples factores, se debe también a que jueces y juezas no tienen conciencia de que sus decisiones están afectando a personas, ya sea porque éstas simplemente no son iguales a ellos, o bien porque son derechamente enemigos políticos y pareciera ser que importa mucho menos encarcelar al delincuente estereotípico o al rebelde que al caballero de su misma clase, como si el sufrimiento del diferente mereciera menor consideración y no se tratara de sufrimiento humano.

Al analizar la complejidad del problema del encarcelamiento, bien sea en contextos “normales” o propósito del “estallido social”, no se debe perder de vista, a modo de estrella polar, el concepto de persona. Ver hasta qué punto nuestras sociedades lo tienen en consideración, si conciben a la persona como fin o como medio y si su esencia resulta inviolable o no. No olvidemos que la existencia de un concepto de persona mundialmente reconocido, fijado en pactos

internacionales—sobre el tema penal, procesal penal y penitenciario, y especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos—plantea límites a la intromisión o trato estatal y obliga a no instrumentalizar a nuestros semejantes. Estos pactos integran los ordenamientos jurídicos en un lugar prioritario. Por ende, la legislación, la reglamentación y las prácticas funcionarias deben ajustarse a ellos, y todo ordenamiento jurídico debe ser congruente consigo mismo, lógica y axiológicamente.

Concebir la prisión es también concebir la pena, y concebir la pena es concebir al ser humano. Tomando como objetivo principal de consideración normativa los comportamientos personales, debe ser consecuente consigo mismo conforme a los postulados básicos de intervención mínima de la legalidad penal. Episodios fatales como las muertes de internos en incendios en las cárceles o a manos de otros presos, las prácticas de tortura, legislaciones xenófobas y que criminalizan la disidencia política disfrazadas de leyes antiterroristas, entre otras, evidencian que no resulta primordial el respeto por los derechos humanos en el Chile de hoy.

Claramente sería injusto responsabilizar solo al poder judicial por las sistemáticas violaciones de derechos esenciales que supone el hacinamiento carcelario y por la complicidad con los agentes de Estado que, en el contexto del “estallido”, violaron sistemáticamente los derechos humanos. Sin embargo, jueces y juezas, con más o menos conciencia de clase, sumisos o convencidos, ignorantes o aporofóbicos, componen un elemento esencial en la máquina del encarcelamiento y represión de la pobreza. La justificación técnica y cómoda, amparada en que son meros aplicadores de la ley, resulta comparable con la autodefensa de Adolf Eichmann que, so pretexto de brindar sólo un apoyo técnico y profesional, contribuyó al exterminio masivo de diversos grupos humanos enemigos del nazismo.

Bibliografía

Álvez, A., Bassa, J., Charney, J., Coddou, A., Contesse, J., Contreras, P., Guilloff, M., Irrarrázaval, P., Lorca, R., Lovera, D., Muñoz, F., Sferrazza, P., Soto, P., Valdivia, J. M., Viera, C.: *Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional*, 2019.

Anthony Garcia, C.: “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas”, en: Facio, A. y Fries, L. (eds.): *Género y Derecho*, Santiago de Chile: LOM, 2002, 511-516.

BBC Mundo: “Protestas en Chile: ‘Estamos en guerra’, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones”, *BBC*, 22/10/2019.

Bergalli, R.: *Estado democrático y cuestión judicial: vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Buenos Aires: Depalma, 1984.

Blumstein, A. y Cohen, J.: “A Theory of Stability of Punishment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 64, 1973, 198-207.

Chesney-Lind, M.: *The Female Offender: Girls, Women and Crime*, New York: Sage Publications, 2003.

Cortés Morales, J.: “Los presos de la revuelta y la prisión política”, *Diario U Chile*, 03/02/2020.

DECS: “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2020.

El Mostrador: “Fiscal revela que quema a estaciones de Metro se iniciaron en lugares de acceso restringido”, *El Mostrador*, 27/10/2019.

Hernández, A.: *El nuevo régimen procesal penal chileno ¿Justicia para todos?*, texto inédito, Valparaíso, 2002/2005.

Liebling, A. y Maruna, S. (eds.): *The effects of imprisonment*, Devon: Willan Publishing, 2005.

Maqueda Abreu, M.: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid: Dykinson, 2014.

Mathiesen, T.: *The Politics of Abolition*, London: Martin Roberston, 1974.

Matthews, R.: *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Barcelona: Bellaterra, 2003.

Nash Rojas, C.: “La prisión preventiva como prisión política. El caso de la Primera Línea”, en *CIPER*, 17/03/2020.

Novoa Monreal, E.: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México: Siglo XXI, 2007.

Oppenheimer Presenta [Oppenheimerpresenta]. 25/12/2020. “La ola de protestas sociales” – Oppenheimer Presenta #1945.

Provoste, A.: “El endurecimiento de la respuesta penal en los delitos de robo con violencia e intimidación. Efectos de la Ley 20.931”, tesis de Magister en Criminología y Justicia Penal en la Universidad Central, 2019.

Ramos, M. y J. Guzmán: *La guerra y la paz ciudadana*, Santiago de Chile: LOM, 2000.

Rivera, I.: *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Volumen I*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en *CIPER*, 15/07/2020.

EL JUICIO POR JURADOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: APUNTES ETNOGRÁFICOS DE UN CAMPO RECIENTE

THE TRIAL BY JUDGES IN BUENOS AIRES PROVINCE:
ETHNOGRAPHIC NOTES OF A RECENT FIELD

MARÍA JOSEFINA MARTÍNEZ
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RESUMEN

La modalidad de juicio por jurados figura en la Constitución Nacional Argentina desde 1853, pero en la práctica se implementó recién en los albores del Siglo XXI. El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires prevé la participación popular en algunos juicios penales y ello supone una serie de adecuaciones en el seno de las burocracias judiciales, y también un espacio de participación en el juicio de personas que no son profesionales del derecho y que en su mayoría nunca antes han tenido contacto con la burocracia judicial penal. Este trabajo hace foco en el análisis de este mecanismo novedoso, en tanto pone en contacto dos esferas diferenciadas (las burocracias penales, de un lado, y representantes del pueblo, del otro) en un tiempo y un espacio acotados, situación que permite observar etnográficamente el complejo juego de extrañamiento y proximidad que allí se genera, por un lado, y avanzar en el conocimiento empírico acerca de la relación entre estas formas de participación popular en los juicios y el desarrollo de los mismos.

ABSTRACT

The modality of the trial by juries appears in Argentine National Constitution since 1853, but in practice it was implemented recently, at the dawn of the 21st century. The trial by juries in Buenos Aires province foresees the popular participation in some penal trials and that supposes a series of adequations within the judicial bureaucracies, and also a space of participation in the trial of persons who aren't legal professionals and who, mostly, never had contact with the penal judicial bureaucracy before. This work makes focus in the analysis of these novel mechanisms, as it puts in contact two differentiated spheres (the penal bureaucracies, on the one hand, and the representatives of the people, on the other) in a limited time and a place. This situation allows us to observe ethnographically the complex game of estrangement and proximity that is generated there, on the one hand, and advance in the empirical knowledge about the relationship between these forms of popular participation in the trials and their development.

PALABRAS CLAVES

JUICIO POR JURADOS / ETNOGRAFÍA / BUROCRACIAS

KEYWORDS

JURY TRIAL / ETHNOGRAPHY / BUROCRACIES

El juicio por jurados es una forma particular de los juicios orales, y en el contexto de la justicia penal de la provincia de Buenos Aires puede ser estudiado como un paso más en el complejo proceso de oralización que se inició en septiembre de 1998, del cual he analizado algunos aspectos particulares en mi trabajo de investigación desde la antropología (Martínez, 2005, 2007).

Los juicios por jurados comenzaron a realizarse en la provincia de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2015, y su implementación supuso no tanto un cambio estructural en la justicia bonaerense sino la adecuación de ciertas herramientas y pautas de trabajo a la nueva modalidad.

En el plano personal, el tema entonces apareció en el contexto de mi trabajo de campo etnográfico como un elemento nuevo, importante y sumamente atractivo, sobre el cual empecé a trabajar en forma sistemática en el año 2017, y en este artículo me propongo abordar.

Antes de avanzar en la presentación y el análisis de los resultados, necesito hacer dos aclaraciones. Por un lado, en mi carácter de ciudadana del distrito que constituye el recorte espacial de esta investigación (nací en el partido de Tres Arroyos, vivo en el partido de Vicente López), me he ocupado de conversar sobre este tema en la amplia red de relaciones sociales más o menos próximas de la que formo parte, y no deja de llamarme la atención el absoluto desconocimiento de esas personas sobre la existencia del juicio por jurados. Por el otro, como persona interesada en el tema, en el contexto de conversaciones con colegas, abogadxs, funcionarixs, la mayor parte de las veces un tema central ha sido si el sistema de juicio por jurados es “bueno” o “malo”.

La mención de estas dos cuestiones me sirve para establecer un punto de partida que considero importante: mi trabajo de investigación no está orientado a responder esa pregunta.

Simplemente, considero que el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires existe, fue aprobado siguiendo los procedimientos legislativos correspondientes, y ha sido implementado de acuerdo a las pautas políticas e institucionales vigentes. El objetivo central de mi trabajo de investigación, en síntesis, es recabar datos sobre distintos aspectos de su implementación y funcionamiento, construir hipótesis y aportar al análisis del funcionamiento de la justicia penal provincial, y quiero presentar aquí algunos aspectos que me parecen relevantes.

El largo debate y la corta historia

Este trabajo ha sido pensado, entonces, para bucear en las posibilidades de análisis que ofrece la antropología sobre un tipo de juicio penal novedoso en Argentina, aunque con una larga historia legislativa: el juicio por jurados. En el siglo XIX, los redactores de la primera Constitución Nacional de la República Argentina del año 1853 incluyeron allí esta modalidad de juicio, tomando la figura de la constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, tal vez por la complejidad que representaba implantar una modalidad de juicio proveniente del derecho anglosajón, fundamentalmente oral, en una organización burocrática heredera del sistema colonial del imperio español y de larga tradición escriturista, este tipo de juicio no se implementó en ningún lugar del territorio nacional hasta el siglo XXI¹. En 2005, una variante de este tipo de juicio empezó a funcionar en la provincia de Córdoba, en una serie que se continuó una década después con su implementación en la provincia de Neuquén (2014), en la provincia de Buenos Aires (2015), en la provincia de Chaco (2019), en la provincia de Río Negro (2020) y en la provincia de Mendoza. Actualmente, varios estados provinciales ya tienen leyes de juicio por jurado aprobadas y están avanzando en su implementación (provincia de San Juan), mientras que en otras se están debatiendo

¹ Las fuentes históricas registran una breve experiencia de juicio por jurados en la colonia galesa de Gaiman, provincia de Chubut, entre 1873 y 1879 (Bergoglio, 2010; Zampini, 2002), vinculada al funcionamiento local de las instituciones traídas por los migrantes galeses y no a una política estatal.

diferentes proyectos de ley en el mismo sentido (la provincia de Santa Fe ha dado media sanción a la ley), incluida la justicia federal². El proceso está en curso, y probablemente esta lista se desactualizará en breve, pero de todos modos sirve para mostrar el dinamismo que la cuestión tiene en la actualidad.

A lo largo del siglo XX, esta situación particular representada por la existencia de una institución legislada pero no implementada dio lugar a una serie de debates jurídicos reflejados en algunos trabajos que condensan los principales núcleos en discusión en torno al juicio por jurados, su carácter constitucional y sus implicancias jurídicas (Caravajal Palacios, 1953; Cavallero y Hendler, 1988; Maier, 2000). En el siglo XXI, el inicio del proceso de implementación de este tipo de juicios en varias jurisdicciones y el debate en curso en las restantes, ha producido una serie de trabajos más recientes realizados desde el campo del derecho y de las ciencias sociales; los primeros abordan los múltiples aspectos legislativos y procesales de su implementación (Benavídez, 2015; Binder y Harfuch, 2016; Harfuch, 2016; Zayat, *s/d*), mientras que los segundos analizan este tipo de juicios tomando como tópico, entre otros, la democratización de la justicia y poniendo el foco en la vinculación entre los ciudadanos y el sistema judicial (Bergoglio, 2010, 2012; Giaquinta, 2012; Jalil, 2011; Porterie, Romano y Hans, 2017).

Todos estos aportes nos brindan un panorama muy rico en información y análisis sobre las diferentes dimensiones de la legislación y de las burocracias judiciales con relación a esta nueva figura. Sin perjuicio de ello, es importante señalar también que, en el contexto descripto, algunos de los debates mencionados se han desarrollado en abstracto, sin la posibilidad de confrontar con experiencias locales, y por esa razón muchos de ellos transcurren en el plano del deber ser. La información empírica sobre las experiencias concretas de funcionamiento de los juicios por jurados, en cambio, es

² Los datos han sido tomados de la página web de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados <http://www.juicioporjurados.org/>

todavía incipiente dado lo reciente y novedoso de su implementación (Bergoglio, 2010).

La revisión de los tópicos centrales que aparecen en la producción académica sobre el juicio por jurados nos permite identificar dos núcleos fuertes, que están en el centro del debate. Por un lado, aparece muy visible una visión positiva acerca de la democratización de la justicia que significa la experiencia de juicios realizados a través de jurados populares y el avance que ello implica en términos de participación ciudadana. Por el otro, se detecta también una visión negativa, signada por la desconfianza que genera la participación de los jurados en los juicios, dado que se presume que éstos van a tender a tomar posturas proclives a un uso extremo del castigo penal y a un menor respeto por las garantías constitucionales. En lo que sigue, y a través de la información recabada en el trabajo de campo que se encuentra en curso actualmente, vamos a tratar de confrontar estas dos visiones con las prácticas concretas que las burocracias judiciales tienen con relación a las personas que integran los jurados, así como con algunos aspectos de la actuación de los jurados que hemos podido observar en el campo.

Etnografías de las formas ritualizadas de juzgar

El trabajo que aquí presentamos hace foco, precisamente, sobre el juicio por jurados realmente existente, a partir de la observación iniciada sobre algunos juicios que lentamente han empezado a realizarse en los diferentes departamentos judiciales del Gran Buenos Aires. Sin embargo, es importante aclarar que esta investigación no comienza con este análisis del juicio por jurados, sino que se inscribe en un interés previo y más amplio, orientado a comprender el funcionamiento de las burocracias judiciales penales en general y el papel que cumplen en nuestra sociedad.

Ese interés me ha llevado, por ejemplo, a leer algunas etnografías clásicas en una clave particular, tratando de encontrar en forma

recurrente algunas referencias explícitas o implícitas a instituciones o sujetos que sugieran el ejercicio de alguna función burocrática entendida en los términos que nuestra sociedad le atribuye a la misma: procedimientos, protocolos, reglamentos, rutinas, etc. En lo personal, siempre me interesó mucho conocer cómo funcionan esas cuestiones.

En un breve e incompleto recorrido, y solo como un juego de la referencia y la memoria, podemos mencionar aquí algunas etnografías en las que sus autores identifican y describen algún tipo formalizado o establecido de institución legal o judicial. Para empezar, siempre llamó mucho mi atención la minuciosidad y el detalle con el cual Malinowski describe las diferentes actividades en las cuales detecta regulaciones, reglamentaciones y normatividad; sin embargo, es mucho más difícil encontrar en su etnografía sobre los trobriandeses alguna referencia a las formas prácticas en que esas reglamentaciones, o mejor dicho, las violaciones a las mismas y los conflictos por ello desatados, son intervenidos por los integrantes de la sociedad trobriandesa (Malinowski, 1973). Algo parecido ocurre al leer la etnografía de Evans-Pritchard sobre los nuer del sur del Sudán (1977), aunque en este caso encontramos varias referencias a personas concretas que despliegan algún tipo de intervención sobre los conflictos de reglas suscitados (por ejemplo, el jefe piel de leopardo). Esta ausencia de referencia a instituciones específicas para intervenir sobre los conflictos está vinculada, a mi entender, a una doble situación: por un lado, a la forma histórica que la dominación colonial tomó en los territorios de ultramar de la corona inglesa, y por el otro a la tradición jurídica del derecho anglosajón, basado en el precedente y con una fuerte impronta de la oralidad (Poole, 2006).

Una perspectiva un poco diferente percibimos en los estudios referidos a pueblos originarios de América Latina, entre los cuales los trabajos de Laura Nader (1998) sobre los zapotecos, por ejemplo, nos acercan una descripción etnográfica muy rica sobre la compleja trama de gobierno local, en la cual una serie de agentes institucionales que reflejan en sus nombres toda la tradición burocrática de la colonia

española (alcalde, presidente, juez de paz, corregidor) son quienes intervienen para dar curso a los conflictos cotidianos de los pobladores de la zona. Más allá de las diferencias señaladas, ambas tradiciones etnográficas han dejado su impronta en la forma en que hoy entendemos la antropología jurídica (Sierra y Chenaut, 2002) y nutren e inspiran las perspectivas actuales que profundizan los estudios etnográficos sobre el estado y sus burocracias.

A nuestro entender, la originalidad del aporte de los estudios etnográficos sobre las burocracias judiciales radica en que permiten dar cuenta en forma simultánea de dos cuestiones que a los fines analíticos conviene distinguir. Por un lado, aporta al conocimiento en profundidad de las lógicas burocráticas que organizan y dan forma a la investigación penal, las relaciones entre sus diferentes oficinas y funcionarios, y las particularidades de sus intervenciones sobre los conflictos sociales. Los estudios etnográficos del sistema judicial brasileiro en perspectiva comparada desarrollados por Roberto Kant de Lima (2005, 2010) y Lucía Eilbaum (2008), entre otros, son un antecedente fundamental.

Por el otro, permite abordar el estudio de la trama de relaciones sociales que subyace a la actividad de las burocracias judiciales, así como de los diversos intercambios que se producen entre las burocracias judiciales y la sociedad, a nivel local. En relación con el tema específico de nuestro trabajo, una referencia importante en este punto son las investigaciones sobre los juicios por jurados de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (2001), quien plantea que “el conjunto de las expresiones más corrientes en la sesiones del juicio por jurados, a pesar de todo el aparato técnico-jurídico implicado, se base en un *vocabulario del sentimiento* (Geertz, 1978: 317), lo que no quiere decir que, como situación social que pone en relación al menos dos sistemas de clasificación—el de las leyes y reglas procesales y el de las interpretaciones de esas leyes, reglas y acontecimientos de la vida social—el juicio por jurados sea la mera expresión del choque entre la rigidez de los códigos legales y la flexibilidad de las interpretaciones

hechas por operadores del derecho y legos. Entiendo que, en los plenarios, los códigos, interpretaciones y actuaciones se componen haciendo sentido como un nuevo conjunto formado en una dimensión específica de intercambios e interacciones. Los juicios, así, constituyen y son constituidos por esa dimensión productora de significados. Los hechos, dramas de la vida social, en la situación que se genera en los juicios por jurados, están tan lejos de sus contextos de origen como de un encaje perfecto en los presupuestos legales. Ellos se tornan algo de otra naturaleza, cuyo sentido solo se alcanza haciendo foco en el dominio ritualizado, lúdico y poético en que se expresan, en el cual el tiempo y el espacio, ya vividos, pasan a ser imaginados e interpretados. Cuando mayor es la heterogeneidad de los significados envueltos en ese dominio, pienso que más rico él se torna para cada uno de los implicados y, especialmente para los observadores de la vida social” (Pastore Schritzmeyer, 2007: 124-125—*traducción propia*).

Los trabajos mencionados son ejemplo del potencial descriptivo y explicativo de la perspectiva etnográfica cuando se despliega sobre las temáticas vinculadas a los sistemas judiciales, como intentaremos mostrar en los apartados que siguen.

El lugar de los jurados en el juicio, en tres momentos diferentes

El juicio por jurados es una escenificación ciertamente impactante, con actores profesionalizados y representantes populares interactuando en un tiempo acotado (en el caso de la provincia de Buenos Aires se extienden entre tres y cinco días, como máximo), que condensa una serie de cuestiones de sumo interés para la investigación social. Este tipo específico de juicio, al igual que todo juicio oral y público, es ciertamente una escenificación de un momento crucial de los procesos penales, que puede ser analizado como un hecho social en sí mismo, con un principio y un final, como un drama que condensa múltiples sentidos. Una perspectiva tal ha dado lugar a

interesantes trabajos que abordan diferentes aspectos de ese ritual (Kaufman, 1991; Garapon, 1999; Pastore Schritzmeyer, 2001 y 2007). Sin embargo, esta particularidad no debe opacar el hecho de que este tipo de juicio es una forma específica dentro de un espectro más amplio de instancias de investigación y juicios orales, en el contexto del funcionamiento de las burocracias judiciales.

En años anteriores, diferentes trabajos de investigación me permitieron hacer observación prolongada del funcionamiento de distintas oficinas de las burocracias judiciales penales de la provincia de Buenos Aires (fiscalías, juzgados de garantías, tribunales orales). Mi llegada a la observación específica de los juicios por jurados se vio precedida, en consecuencia, por un conocimiento del funcionamiento del sistema judicial de la provincia, producto de dos periodos de observación intensiva de los procesos de investigación judicial (1998-2000) y los juicios orales (2004-2005) en dos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires. En el contexto de esos trabajos, los juicios orales se constituyeron en un espacio privilegiado de observación de diferentes aspectos de la vida tribunalicia: las formas locales de la investigación, la relación entre fiscales y policías, las relaciones jerárquicas y los conflictos entre jueces y fiscales, la centralidad del expediente escrito en el contexto de los juicios orales, entre otros tópicos (Martínez, 2002, 2005, 2007*a*, 2007*b*). El trabajo actual recupera esa experiencia etnográfica en el mundo de los tribunales del Gran Buenos Aires e inscribe en él la descripción y el análisis de los juicios por jurados.

En la etapa actual, el regreso a ese campo se ha producido a través de la concurrencia a juicios por jurados específicos, en los cuales la observación se ha realizado tanto en el interior de la sala de juicio como público asistente, como en la calle, la mesa de entradas, los pasillos y otros espacios tribunalicios en los cuales se dan escenas o interacciones vinculadas al desarrollo del juicio.

Ello me ha colocado en un punto de observación particular, que es necesario precisar: producto del conocimiento previo, en este

trabajo no abordo el análisis del juicio como una escena aislada, sino como el emergente de una dimensión burocrática que de alguna manera lo sostiene y le da sentido. Y ello porque entiendo que las burocracias judiciales son un modo de producción de juicios, los cuales no serían posibles sin todo el trabajo de producción de prueba, sin las relaciones jerárquicas entre las distintas oficinas judiciales que intervienen y sin la planificación y organización de una serie de dimensiones materiales que subyacen a todo juicio.

Partiendo de ello, en lo que sigue vamos a presentar tres situaciones específicas en tres momentos diferentes del desarrollo del juicio que nos permiten analizar las formas empíricas de incorporación y participación del jurado en la dinámica burocrática, las marcas que ésta le imprime al proceso y, particularmente, los puntos de proximidad y extrañamiento que se perciben en las relaciones entre los distintos actores.

La audiencia de selección de los jurados

La designación de los jurados que van a participar en un juicio en particular supone un proceso complejo y reglamentado, que se apoya sobre algunas cuestiones que rebasan la escena. Para empezar, cada año la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires realiza un sorteo mediante el cual selecciona a un 10% del total del padrón electoral de la provincia, con los cuales conforma un listado general. Las personas que han resultado sorteadas y quedan incluidas en ese listado para todo el año, son notificadas de que en algún momento pueden ser convocadas para cumplir con la obligación de ser jurado de juicio. No todos serán convocados. Luego, en cada departamento judicial y ante cada juicio, el tribunal sorteará de ese padrón general a un grupo de personas (entre 40 y 60) que tengan domicilio electoral en esa zona, y los convocará a todos ellos para que se presenten el primer día del juicio.

El primer paso del juicio es, entonces, la audiencia de selección de los jurados. En primer lugar, el tribunal les hace entrega de una ficha con una serie de preguntas, las cuales han sido previamente acordadas por la fiscalía y la defensa de la persona imputada. Una vez que completaron la ficha, deben entregarla al tribunal. Esas fichas son revisadas por la fiscalía y la defensa antes de dar comienzo a la audiencia de selección. Una vez que todos los jurados han ingresado a la sala, cada uno con su número escrito en un cartón que lleva colgado al cuello, comienza la audiencia. El objetivo es seleccionar a los 12 jurados titulares (6 mujeres y 6 hombres) y los 6 jurados suplentes (3 mujeres y 3 hombres). Esas 18 personas presenciarán todas las instancias del juicio, pero llegado el momento del veredicto, solo los 12 titulares entrarán a deliberar en tanto que los otros quedarán en ese momento eximidos de su obligación.

En la audiencia, tanto la fiscalía como la defensa hacen preguntas, por lo general tendientes a clarificar, ampliar las respuestas dadas por escrito, y completar omisiones. Para quien observa la escena, a través de las preguntas empezará a aparecer la información central del hecho que se está juzgando. Pero, sobre todo, esta audiencia va a permitir excluir (o “recusar”, para utilizar el término técnico) a todas aquellas personas que, a través de sus respuestas, den indicios de tener algún tipo de postura o experiencia que afecte su capacidad de evaluar los hechos de una forma más o menos objetiva. Cada parte podrá recusar a 4 jurados sin explicitar el motivo,

En un caso observado recientemente, al llegar sólo sabíamos que la carátula del expediente era “abuso de arma de fuego”... o al menos eso era lo que nos había informado por teléfono un empleado del tribunal. No teníamos ningún otro dato. La audiencia comenzó, y las preguntas se centraban, insistentemente, en la opinión de los jurados sobre el uso de armas, la llamada “justicia por mano propia” y la edad adecuada para la imputabilidad de los menores. Una y otra vez, las partes, pero sobre todo la abogada defensora del imputado (que era una abogada particular), volvía sobre el punto. Los jurados, al igual

que quien escribe, no tenían ninguna información sobre el caso que iban a juzgar: sus respuestas eran en abstracto. Algunas de ellas ilustran el amplio espectro de puntos de vista que se despliega en esa escena:

Jurado N° 7 (ama de casa): *no está de acuerdo con tener armas, no le parece bien; no está de acuerdo con hacer justicia por mano propia, “hay que llevarlo a la justicia”.*

Jurado N° 23 (sin datos, mujer): *no está de acuerdo con la justicia por mano propia, porque si mata ella va presa y el ladrón, libre.*

Jurado N° 24 (ama de casa): *le dan miedo las armas, no le gustan; si tiene que defenderse, prefiere esconderse; “no quiero saber nada con las armas”.*

Jurado N° 45 (empleado de un frigorífico): *está de acuerdo con tener armas de fuego, por seguridad; no tiene, pero está pensando en tener.*

Jurado N° 91 (hombre): *“a las armas las carga el diablo, no hay que tener armas”.*

La variedad de respuestas que se produce en esta instancia de un juicio por jurados ofrece la posibilidad de desplegar análisis puntuales, en la medida en que son muestras al azar de una porción representativa de la población local que, a través de las respuestas, ofrecen un panorama general sobre las opiniones de la población sobre determinados tópicos. No es ese el objetivo de este trabajo, de todos modos.

Este momento inicial de la audiencia de selección, entonces, permite conocer la opinión general de los potenciales jurados sobre los que van a resultar los ejes centrales del juicio que está por empezar. Y aunque ese grupo de personas no tenía hasta ese momento ninguna información sobre el caso (excepto en los casos en que llegan a juicio por jurados que han tenido difusión a nivel de los medios de comunicación), terminan la audiencia habiendo conocido en términos

generales qué cosas se van a discutir en el juicio. No conocen, en cambio, cómo fueron los hechos. Eso se va a desarrollar en el transcurso de la audiencia de juicio.

El momento de la deliberación y el veredicto

A lo largo del juicio, los jurados verán desfilar ante sus ojos una serie de testigos y peritos que van a relatar los hechos. Claro que este relato no se va a dar en forma sistematizada y fluida, sino a través de diferentes fragmentos de relatos segmentados, en el que cada uno expondrá lo que sabe pero, sobre todo, será interpelado por la fiscalía y la defensa acerca de los puntos que en cada caso le interesa remarcar. Una vez terminada esa escena intensa, conmovedora, donde por lo general están obligados a ver una y otra vez muchas fotos que muestran el lugar del hecho, cadáveres, cuerpos salidos del trámite de la autopsia, armas, etc.³, el jurado escucha una larga serie de instrucciones que le son leídas por el juez y también entregadas por escrito, y luego se retira a deliberar.

El momento de la deliberación se lleva a cabo en una sala especial, en la que solo entran los 12 integrantes del jurado y el empleado de tribunal que los asiste en todo momento. Es, en alguna medida, una “caja negra” en la cual han ingresado con todos los datos que pudieron registrar a lo largo de las audiencias del juicio durante los 2, 3 o 4 días que éste dura por lo general, y de la cual deben salir con un veredicto.

Esa deliberación ha resultado, en los juicios observados hasta el momento, bastante corta para lo que nuestra imaginación preveía: entre 60 y 90 minutos, no más. Luego de ello, los jurados vuelven a la sala y leen el veredicto.

³ En la provincia de Buenos Aires, lugar donde se está realizando la observación de juicios por jurados para nuestra investigación, la opción de llegar a un juicio de este tipo la tiene el acusado, que puede elegir ir a un juicio oral común, o un juicio por jurados. Y ello solo en los casos en que se trate de delitos contra la vida (homicidio, tentativa de homicidio, femicidio, lesiones, delitos sexuales).

El momento de la salida de los jurados de la sala

En los juicios observados, este ha sido tal vez el momento de mayor tensión en la sala del tribunal. Por lo general, la lectura del veredicto se realiza después de un breve cuarto intermedio, que separa este momento de todas las audiencias previas. Eso significa que puede realizarse el mismo día que el último tramo del juicio, o bien al día siguiente. En los juicios observados, ha llamado nuestra atención el despliegue de fuerzas de seguridad que se produce el día de la lectura del veredicto, y que es visiblemente mayor que en los días anteriores. En general se siente la tensión en la sala.

Entre el extrañamiento y la proximidad

Estos tres momentos nos permiten enfocar en otras tantas situaciones que merecen destacarse, en la medida en que suponen sendos puntos de contacto que se dan en el breve espacio de tiempo del juicio entre la burocracia tribunalicia y el jurado, y que marcan distintos puntos de proximidad y extrañamiento dentro de un hecho que de ninguna manera puede pensarse como homogéneo.

En primer lugar, el proceso de selección puede ser analizado como el único momento en que las personas que integran el jurado van a tener oportunidad de manifestar sus ideas en público y de que las mismas sean conocidas por el tribunal, la fiscalía y la defensa, los imputados y las víctimas, y el público en general. El resto de su trabajo de deliberación, en el que expondrán y pondrán en juego sus argumentos y conclusiones, se hará en privado con el solo objetivo de llegar a un veredicto, y nunca será expuesto públicamente. De hecho, está prohibido a los jurados comentar sus posturas respecto del hecho por fuera de la reunión de deliberación, inclusive una vez concluido el juicio. Esto es algo que el juez les recordará antes de que el presidente del jurado lea el veredicto.

Esta situación nos muestra una fuerte delimitación de la burocracia sobre el trabajo de deliberación del jurado, al reglamentar

el espacio, el tiempo y la forma en que la misma será realizada, la cual está atravesada por una fuerte sensación de extrañamiento recíproco entre las personas integrantes del jurado y los representantes de la justicia.

Por un lado, se percibe un fuerte extrañamiento desde las personas del jurado hacia una institución que en la mayoría de los casos desconocen por completo. La integrante de un jurado que tuvimos ocasión de entrevistar, lo manifestaba de esta manera: "La experiencia de participar en un juicio como jurado me hizo conocer un funcionamiento de la justicia que yo no conocía. Se habla tan mal de la justicia, y con razón. Pero yo quedé impactada por esa gente tan preparada, con tanto conocimiento [se refiere a los peritos médicos], no sabía que eso también era parte de la justicia". Hay en esta mirada una reflexión muy interesante sobre la distancia entre los ciudadanos y el sistema judicial, que se ve en este caso acortada por la experiencia de la participación como jurado.

Pero también pudimos observar la distancia que existe entre los agentes profesionalizados del tribunal, sobre todo la fiscalía y la defensa. Al momento de formular las preguntas, y luego también al momento de fundamentar las razones para pedir la exclusión de algún posible jurado, se percibían ciertos preconceptos acerca de la forma en que la sociedad ve a la justicia, basados en la línea divisoria entre la mirada popular y la mirada técnica sobre la justicia penal.

En segundo lugar, el momento de la deliberación sea tal vez aquél en el que los integrantes del jurado pueden expresar cabalmente los alcances y los límites de su experiencia, y se dan allí una serie de situaciones que exceden bastante los límites que las formalidades burocráticas establecen. Si bien no es posible realizar observación directa de ese momento, las entrevistas a algunos integrantes del jurado nos han permitido reconstruir una dinámica en donde las formalidades de la burocracia quedan un poco al margen, para involucrar a todas y todos los integrantes en un debate complejo en el que se juegan elementos legales, morales y emocionales diversos. Y

más allá de las particularidades de cada caso, lo que interesa resaltar aquí es la relación de proximidad que en muchos casos se establece entre esos vecinos del lugar que, convocados por la burocracia tribunalicia, se ven involucrados de forma inesperada en una situación en la que tienen que discutir una serie de puntos establecidos por las preguntas del tribunal, pero en la cual deben además desplegar argumentos y sentimientos muchas veces encontrados con respecto a la situación planteada. Una integrante de un jurado nos relataba que el momento de tomar la decisión la había conmovido mucho, ya que debían decidir si se trataba de un caso de homicidio simple u homicidio agravado por alevosía. Y si bien reconocía que el caso reflejaba una tragedia terrible (un hombre que había entrado a la casa familiar de su ex pareja, en la cual había vivido por 10 años, y había matado con un cuchillo a su ex suegra y a la madre de ella), ella se había sentido en la obligación de pensar y discutir cada una de las cuestiones implicadas en la figura de alevosía, porque sentía una gran responsabilidad dado que de su decisión dependía que ese muchacho pasara solamente 12 o bien 20 años encerrado en la cárcel. Tanto la había conmovido el caso, que unas semanas después de finalizado el juicio todavía evaluaba la posibilidad de ir a visitar al acusado (y en ese momento ya condenado) a la cárcel, para intentar saber por qué lo había hecho.

Por último, en el tercer momento, vemos al sistema judicial recurrir al uso de las fuerzas de seguridad como herramienta de control del orden, lo que da nuestro entender denota una intención de marcar un fuerte límite material y simbólico que incluye a los jurados: su participación en el juicio, y particularmente el veredicto que ellos dictan, son parte central de un dispositivo que los incluye como representantes del pueblo, pero que a la vez excluye y controla particularmente a los familiares de las partes involucradas en el conflicto penal que allí se está debatiendo.

En este breve trabajo, el objetivo ha sido presentar algunos datos obtenidos a partir de un trabajo de campo etnográfico sobre los juicios por jurados en la provincia de Buenos Aires, producto de una investigación que se encuentra actualmente en curso, para aportar elementos para construir una perspectiva de observación y análisis desde la antropología.

Los datos relevados hasta el momento nos permiten identificar ciertos momentos clave en la situación de los juicios, que nos revelan la compleja trama de relaciones sociales y burocráticas que allí se ponen en juego. Esa trama, lejos de ser homogénea, presenta múltiples tensiones que en algunos momentos aproximan y en otros alejan a los distintos protagonistas, lo que nos permite ahondar en los puntos de proximidad y de extrañamiento que emergen en los juicios por jurados.

En ese proceso, desde nuestra perspectiva surgen además algunos elementos interesantes para poner en discusión algunas aristas complejas de lo que se denomina “democratización de la justicia”. Personalmente, no tengo una respuesta acabada para concluir que la participación de los jurados populares en los juicios penales definitivamente democratice la justicia, una cuestión que sin duda conlleva proceso que exceden mucho a la escena del juicio penal. En cambio, sí he podido observar que la participación popular introduce en los juicios orales penales una serie de cuestiones que sin duda impactan en las lógicas y las rutinas burocráticas y la llevan a superar cierta sorpresa y extrañamiento iniciales frente a la presencia activa de los representantes de la sociedad, y también a salir de las formas más crípticas de exponer y discutir hechos y leyes, para volverse accesibles a toda la sociedad, o por lo menos intentarlo. Ello representa un cambio de estilo judicial (Nader, 1998), cuestión que constituye uno de los ejes de trabajo de nuestra investigación.

Bibliografía

Benavídez, S.: “Juicio por jurados en Argentina. Análisis de la legislación vigente en las distintas provincias de la República Argentina”, Colegio de Abogados y Procuradores de Salta, 2015.

Bergoglio, M. I. (comp.): *Subiendo al Estrado. La experiencia cordobesa de juicios por jurado*, Córdoba: Advocatus, 2010.

Bergoglio, M. I.: “Participación popular y legitimidad judicial: a propósito del juicio por jurados”, Ponencia en el XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2012.

Binder, A. y Harfuch, A.: *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

Carvajal P.: *El juicio por jurado*, Buenos Aires: Editorial Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo, 1953.

Cavallero, R. y Hendler, E.: *Justicia y participación. El Juicio por Jurados en materia penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1988.

Douglas, M.: *Cómo piensan las instituciones*, Madrid: Alianza, 1996.

Eilbaum, L.: *Los “casos de policía” en la Justicia Federal en Buenos Aires. El pez por la boca muere*, Buenos Aires: Antropofagia, 2008.

Evans-Pritchard, E. E.: *Los nuer*, Madrid: Anagrama, 1977.

Garapon, A.: *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*, Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1999.

Giaquinta, M. L.: “El juicio por jurado en Córdoba. El desafío de democratizar la justicia frente a las prácticas y expectativas de eficiencia judicial”, ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2012.

Goody, J.: *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*, Madrid: Alianza, 1990.

Harfuch, A.: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

Jalil, J. E.: “Acerca de la implementación del juicio por jurados en la provincia de Chubut”, *Justicia e Historia de la Patagonia de Cara al Siglo XXI*, Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia. Río Negro, 2011.

Kant de Lima, R.: “Policía, justicia y sociedad en el Brasil: un abordaje comparativo de los modelos de administración de conflictos en el espacio público”, en: Tiscornia, S. y Pita, M. V. (eds.): *Derechos Humanos, tribunales y policía en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires: Antropofagia, 2005, 87-114.

Kant de Lima, R.: “Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada”, *Anuário Antropológico*, 35 (2), 2010, 25-51.

Kaufman, E.: “El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes. La desnaturalización de lo cotidiano”, en: Guber, R.: *El salvaje metropolitano*, Buenos Aires: Legasa, 1991.

Maier, J.: *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

Malinowski, B.: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Ariel, 1973.

Martínez, M. J.: “Las burocracias penales y su violencia naturalizada”, en: Gayol, S. y Kessler, K. (comp.): *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*, Buenos Aires: Manantial, 2002, 259-274.

Martínez, M. J.: “Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiación de los espacios tribunales”, en: Tiscornia, S. y Pita, M. V. (eds.): *Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires: Antropofagia, 2005, 167-183.

Martínez, M. J.: “Violencia institucional y sensibilidades judiciales. El largo camino de los hechos a los casos”, *Antropolítica*, 22, 2007a.

Martínez, M. J.: “La guerra de las fotocopias. Escritura y poder en las prácticas judiciales”, Palacio, J. M. y Candiotti, M. (eds.): *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires: Prometeo, 2007b, 203-218.

Nader, L.: “Estilos judiciales: Más vale un mal arreglo que una buena pelea”, en: *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, México: CIESAS, 1998, 151-178.

Pastore Schritzmeyer, A. L.: *Controlando o poder de matar. Uma leitura antropológica do Tribunal do Júri—ritual lúdico e teatralizado*, Tesis doctoral. San Pablo, Brasil. Inédita, 2001.

Pastore Schritzmeyer, A. L.: “Etnografía dissonante dos tribunais do júri”, *Tempo Social*, 19 (2), 2007, 111-129.

Poole, D.: “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, *Alteridades*, 16 (31), 2006, 9-21.

Porterie, M. S.; Romano, A. y Hans, V.: “Proyecto de investigación empírica sobre el juicio por jurados en Neuquén”, *Informe Preliminar*, INECIP y Cornell Law School, 2017.

Sierra, M. T. y Chenaut, V.: “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anlosajonas”, en: Krotz, E. (ed.): *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Madrid: Anthropos, 2002.

Zampini, V.: “Chubut siglo XIX: Una década de juicio por jurados”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 14, 2002.

Zayat, D.: “¿Jueces o Jurados? Un hecho similar resuelto de diverso modo por jueces profesionales y jurados populares”, Mimeo [s/d].

LA MEDIACIÓN COMO UNA INSTANCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: SENTIDOS, INTERPRETACIONES Y VALORACIONES

MEDIATION AS AN INSTANCE OF RESTORATIVE JUSTICE: MEANINGS, INTERPRETATIONS AND ASSESSMENTS

MARÍA FLORENCIA GRAZIANO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RESUMEN

Este texto es un registro parcial de la construcción de un objeto de investigación: la mediación como forma específica de administración de conflictos. Se trata de una técnica que pretende desplazarse del sentido de justicia tradicional y se enmarca en las experiencias promovidas por la denominada justicia restaurativa.

La propuesta es realizar un análisis sobre las valoraciones, interpretaciones y resignificaciones de la justicia restaurativa y de la mediación en tanto estrategia restaurativa, a partir de la observación del despliegue discursivo de algunos actores estatales y no estatales, nacionales e internacionales, que promueven y motorizan la adopción de estas estrategias en diversas acciones de sensibilización, capacitación y discusión.

Para ello me basaré en el material de diferentes cursos de mediación que yo misma he tomado; me detendré en la descripción y análisis de la técnica de la mediación y en la identificación de los sentidos y valores asociados a esta técnica. Luego, me centraré en las discusiones y debates surgidos en una mesa temática sobre medios alternativos de resolución de conflictos en la que he participado como expositora y comentarista en el marco de una jornada sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos. Por último, traeré algunas cuestiones que me llamaron la atención surgidas en un taller sobre Justicia Restaurativa orientado a la justicia penal para adolescentes y finalizaré con un apartado de síntesis en el que intentaré poner en relación estas tres microescenas interconectadas.

ABSTRACT

This text is a partial record of the construction of an object of research: mediation as a specific form of conflict management. It is a technique that departs from the understanding of traditional justice and builds on the experiences provided by what is known as restorative justice.

The aim is to conduct an analysis of the values, interpretations, and resignifications of restorative justice and of mediation as a restorative strategy, based on an observation of the discursive unfolding of some state and non-state actors, both national and international, that fuel and promote the adoption of these strategies in various instances of awareness, training, and discussion.

To this end, I will base my analysis on different materials extracted from mediation courses that I myself have attended, placing special emphasis on the description and analysis of the technique of mediation and the identification of the meanings and values associated with this technique.

Next, I will focus on the discussions and debates that emerged in a discussion panel on alternative means of conflict resolution, in which I participated as a speaker and commentator in the context of a conference on Justice and Human Rights Access. Finally, I will address some issues that attracted my attention from a workshop on Restorative Justice oriented toward juvenile criminal justice and will conclude with a synthesis in which I will try to connect these interconnected micro-scenes.

PALABRAS CLAVES

MEDIACIÓN / JUSTICIA RESTAURATIVA / JUSTICIA PENAL

KEYWORDS

MEDIATION / RESTORATIVE JUSTICE / PENAL JUSTICE

Introducción

Responsabilización, reflexión, subjetividad, interioridad, reparación, comunicación, diálogo, conflicto, empoderar, humanizar. Un núcleo común de conceptos y preocupaciones que desde hace unos años ha hecho su aparición en el ámbito penal juvenil de la mano de la mediación como instancia de la justicia restaurativa.

Al considerar los propósitos y expectativas de los agentes judiciales y administrativos que hacen uso de procedimientos como la mediación en el ámbito penal juvenil argentino, surgen estas nociones.

Las propuestas se encuentran asociadas a la responsabilización individual, no solo por el hecho sino también por las consecuencias de ese hecho. El énfasis está puesto en trabajar subjetivamente, en que los jóvenes realicen un proceso interno, “sobre sí mismos”. En la importancia de que puedan expresar sus sentimientos a través de la palabra, en el valor del diálogo y en la reparación de las relaciones con la familia y con la comunidad. Una reparación en la que se incorpora a la víctima que, se entiende, la justicia criminal tradicional deja de lado. Se habla de empoderar, de alentar, “vos podés”, de construir un proyecto de futuro. También hay objetivos más instrumentales como evitar la reincidencia. Y un gran objetivo que gira en torno a la humanización del sistema de justicia.

Conflicto es otro concepto muy usado, entendido en el marco de relaciones interpersonales. El delito incluso es definido y tratado como un conflicto interpersonal. Una concepción

diferente a la de la justicia retributiva tradicional en la que el delito es considerado como una infracción a la norma, una desobediencia a la ley que debe ser castigada y que no tiene el significado de un conflicto.

Así, el modelo restaurativo propone prácticas que reúnan en ámbitos comunes, cara a cara, a las diferentes personas afectadas por

un conflicto, que pongan en diálogo a los ofensores, a las víctimas y a los demás miembros de la comunidad y que motiven la participación de esas personas en la solución de sus conflictos. De eso precisamente se trata la mediación como una instancia de la justicia restaurativa.

En efecto, como han documentado distintos autores (Nader, 1994; Sierra y Chenaut, 2002; Poole, 2006; Merry, 2007; Schuch, 2008; Medan, 2017; entre otros), a partir de la emergencia de este tipo de enfoques, la justicia tradicional se ha ido transformando y durante las últimas décadas hemos asistido a un desplazamiento en las formas de administración judicial¹.

En el ámbito de las burocracias judiciales argentinas, particularmente en los últimos años, diferentes organismos, agencias y activistas han comenzado a proponer e implementar estos modos de resolución de conflictos, distinguiéndose de la lógica del reproche penal clásico (Villalta y Graziano, 2020).

Mi interés por la mediación como una instancia de la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil resulta de una continuidad con mis investigaciones previas sobre las formas de administración judicial de conflictos que tienen como protagonistas a jóvenes acusados de delitos (Graziano, 2017). He estudiado las diversas prácticas cotidianas de la “justicia de menores” centrándome en las distintas clasificaciones institucionales, interpretaciones y juicios morales desarrollados por esta particular burocracia compuesta por agentes que en sus interacciones puntuales y contextuales con los jóvenes y sus familias, movilizan distintas nociones en torno a ellos, a los derechos que les corresponden, al delito, a la protección y a la autoridad del Estado.

¹ Tanto en la Argentina como en la región la justicia restaurativa forma parte de las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para que los países desarrollen sistemas alternativos a la justicia estatal tradicional (Schuch, 2008) y ha habido, a su vez, influencias europeas y estadounidenses en las reformas de justicia que implicaron la importación de alternativas de resolución de conflictos como la mediación (Dezalay y Garth, 2003). Sobre las transformaciones e innovaciones inspiradas en la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil argentino ver también: Medan y Graziano (2019) y Villalta y Graziano (2020).

Me interesa problematizar, y con esto me refiero a cuestionar, a quitarle las certezas para poder analizar, los sentidos y valores de los que son dotados estos procedimientos que se postulan como innovadores y que son interpretados e implementados por profesionales, en general provenientes del campo del derecho.

Para avanzar en este objetivo, en este artículo describiré y analizaré diferentes “situaciones de campo”. Se trata de experiencias que si bien no sucedieron estrictamente en el “trabajo de campo” pueden ser producidas como situaciones a extrañar y convertidas así en objeto de indagación.

La primera microescena está compuesta por los cursos de mediación que yo misma he tomado. Me detengo allí en el análisis de los sentidos y valores asociados a la mediación como una técnica y como una ideología. La segunda situación etnográfica que describo tuvo lugar en una jornada sobre acceso a la justicia y derechos humanos en la que participé como expositora y como comentarista en una mesa temática sobre medios alternativos de resolución de conflictos. Allí me centro en las discusiones y debates surgidos en ese marco ya que entiendo me permiten explorar algunos sentidos sobre los saberes movilizados en el hacer justicia y sobre sus jerarquías. La última escena se basa en la observación de un taller sobre justicia restaurativa orientado a la justicia penal para adolescentes organizado por una experta en el tema. Los lineamientos del taller, así como las intervenciones de los participantes se revelan como una fructífera vía de análisis para comprender algunos de los sentidos que rodean estas prácticas.

A partir del siguiente apartado comenzaré a movilizar estas microescenas con el objetivo de identificar y analizar los sentidos, interpretaciones y valoraciones asociados a la mediación como una instancia de la justicia restaurativa, por parte de los diversos agentes que la elaboran en tanto técnica, que la militan como ideología, que la hacen circular como noción y que hacen uso de ella como práctica.

Cursos de mediación

Comenzaré por los cursos que yo misma he tomado. Se trata de cursos de posgrado impartidos por abogados mediadores, dirigidos a profesionales de distintas disciplinas. Los alumnos provienen mayormente del campo del derecho. Se dictan en colegios de abogados o en facultades de derecho. El que yo cursé se dio en una universidad pública nacional y la gran mayoría eran abogadas mujeres, aunque también había algunos varones, más una historiadora, una psicóloga, una comunicadora social y yo que era “la socióloga”. Hay que decir que tanto en la ciudad de Buenos Aires como en la provincia la mediación es una práctica exclusiva de los abogados (no así en otras provincias del país en las que se permite la interdisciplina)², y que la formación y actualización permanente de los mediadores a través de cursos de capacitación reconocidos por el Ministerio de Justicia de la Nación es una exigencia para desarrollar la práctica.

La técnica de la mediación

El proceso de mediación—tal como se presenta y enseña en cursos y libros especializados—está regido por un conjunto de “principios”: “voluntariedad” (ambas partes deben estar dispuestas a participar, tienen la libertad de concurrir o no, de permanecer o no, de alcanzar o no un acuerdo), “confidencialidad” (el compromiso de mantener reserva de lo que se hable en ese ámbito, así como de la documentación de la que allí se tome conocimiento), “informalidad” (se refiere al clima distendido, relajado), “cooperación” (se propicia que las partes actúen de manera colaborativa), “acento puesto en el futuro” (no centrarse tanto en lo que pasó, las pruebas ya no son tan relevantes—a diferencia del juicio que mira hacia atrás e intenta buscar un responsable—sino el buscar una resolución del conflicto), “autocomposición” (las personas deben resolver sus situaciones, el

² Las disciplinas sociales se insertan de algún modo en el campo jurídico, en el sentido bourdiano, sin embargo, “el monopolio de decir el derecho” (Bourdieu, 2001) queda reservado a los profesionales del derecho.

mediador solo conduce el proceso) y “neutralidad del mediador” (sin tomar partido, sin juzgar, otorgándole igual valor al relato de ambos, absteniéndose de preferencias y prejuicios y de proponer soluciones) (Caram *et al.*, 2014).

Todos estos principios o nociones encarnan los valores, de matiz moral, de la mediación, a los que se suma la férrea indicación de deconstruir los “intereses” de las personas y prestar atención en cambio a sus “necesidades”. Esto se suele representar con la metáfora de un *iceberg*, en la que lo que se ve, lo que está por encima de la superficie (lo superficial), la punta del iceberg, serían los intereses y las posiciones, en cambio lo que está por debajo, oculto, lo que no se ve y hay que descubrir, son las necesidades, que son vistas como lo esencial, lo humano, y de lo que el derecho no se ocupa. Esas necesidades no atendidas no son materiales, sino psicológicas o emocionales.

A su vez, según la bibliografía especializada y los postulados prescriptivos al respecto, el mediador no debería perseguir un objetivo propio, ni ser el portavoz de objetivos institucionales (Risolía, 2005; Caram, 2005). “No se juzga, ni se condena, ni se absuelve en la sala de mediación, no se intenta reforzar el sistema de control social. Desde el punto de vista de la justicia restaurativa, se trata de una modalidad que enfatiza el impacto humano del crimen, provee una oportunidad para responsabilizarse de las acciones enfrentando a la víctima, permite una participación más activa de la víctima en el proceso y compromete a ambas partes en la búsqueda de la justicia. No se pretende aumentar el grado de responsabilización en un sentido más amplio que la ley, tampoco se busca la verdad. El mediador en materia penal debe desarrollar el proceso sin juzgar, sin etiquetar, sin permitir que se victimice y sin victimizar, sin buscar la verdad más allá de las partes, sin castigar. Debe buscar que las partes

encuentren una perspectiva nueva que atienda a sus necesidades reales y actuales” (Caram, 2005: 178- 180)³.

Además de estar guiada por este conjunto de principios, la mediación posee una estructura, un método que se enseña, que se aprende y que debe seguirse. Según estos principios, la mediación debe comenzar con unas “palabras de apertura” a cargo del mediador. En ese “discurso inicial” el mediador se presenta a sí mismo y a “las partes”, explica qué es la mediación, cuáles son sus características, sus normas de procedimiento y sus pautas de comportamiento.

A su vez, en el material que se estudia en los cursos de mediación está establecido el modo en que estas palabras deben ser enunciadas: “con buen contacto visual y auditivo, con claridad” y tienen también un propósito: “comenzar a generar una buena comunicación, generar un clima de confianza, recabar la voluntariedad y lograr consenso y un primer acuerdo”.

Este método está compuesto por determinadas etapas que deben sucederse unas a otras, en el que primero se le da la palabra a uno y luego al otro (en general primero a quien realizó la denuncia y luego a la persona denunciada), luego el mediador realiza un “parafraseo”, cuyo objetivo es “salir de la narrativa del conflicto”.

También debe desarrollarse en un ambiente con determinadas características. Un ambiente “neutral”, sin símbolos, en el que todas las sillas deben ser iguales y con una distribución del espacio que favorezca la comunicación (alrededor de una mesa, preferentemente redonda, ya que sugiere la idea de reunión de trabajo o sin mesa y ubicando las sillas en círculo, sugiere un clima más informal e íntimo).

En la mediación hay palabras que el o la mediadora/a no debe pronunciar a las que le llaman “malas palabras” y otras que idealmente debe pronunciar, que son las llamadas “frases preferidas”. La palabra “posición”, se considera dura y rápida, en cambio se prefiere la

³ María Elena Caram es una mediadora muy reconocida. Docente, capacitadora, entrenadora y asesora en mediación en el país y en el extranjero. Autora de numerosas publicaciones y del libro “Mediación, diseño de una práctica”, de referencia para todos los mediadores. Marily es parte de nuestra “aldea afín”.

palabra “perspectiva”, que resulta más dinámica y permite cambios más fácilmente. La palabra “compromiso” significa ceder, se prefiere hablar de “satisfacer necesidades o intereses”, no hablar por ejemplo de “abuso” o “acoso”, sino de una “conducta inapropiada o rechazada”, tampoco hablar de “víctima y victimario” sino de “perjudicado y responsable”. A través de estas estrategias lingüísticas se procura construir otros sentidos en torno al conflicto, resaltar lo que las personas tienen en común y atenuar lo que las separa, con una expectativa y una creencia puesta en la performatividad de las palabras.

En suma, la mediación es una “técnica” que intenta distinguirse punto por punto del derecho penal convencional y de la denominada justicia retributiva. En tanto técnica de gestión de conflictos, se aprende, puede replicarse y requiere de habilidades y destrezas que pueden ser aprendidas. Así, para que pueda ser “efectiva y eficaz”, según esta perspectiva, sólo bastaría aprender y respetar el vocabulario, los pasos indicados, y el mediador debe ser una persona entrenada y reflexiva. De allí que, en los cursos de mediación, así como en la bibliografía especializada pocas referencias hay al contexto y/o a las condiciones sociales en las que se desarrolla el conflicto y la mediación. Pareciera así que, al ser una técnica, es pasible de ser aplicada de manera universal y poco variará según las situaciones, personas o contextos implicados.

La ideología de la mediación

La mediación es, por un lado, presentada como una técnica, con sus procedimientos, su lenguaje, su organización del espacio, pero es también una ideología y hasta incluso es objeto de una militancia.

Al ser presentada por sus actores y promotores como una técnica, se está pretendiendo dejar de lado que la mediación está atravesada por moralidades. Sin embargo, como antropólogos sabemos, y sobre todo como antropólogos del derecho y de las burocracias judiciales, que ni el derecho ni la mediación consisten tan

solo en la aplicación automática de una norma, sino que forman parte de procesos que se encuentran atravesados por moralidades, valores, sensibilidades, emociones, afectos que juegan un rol central a la hora de decidir, de administrar los conflictos, de conducir las mediaciones.

En la mediación se enfatiza, particularmente, la importancia dada a la “palabra”, a la charla, a la escucha, a generar un espacio, todas cuestiones teñidas de una impronta particular que en principio se distancia de la justicia tradicional, de las intervenciones más coactivas, y que al contrario intentan generar procesos reflexivos y revalorizar a las personas. Surge en las conversaciones con los agentes que la implementan menciones al esfuerzo que realizan para auto limitarse en juzgar lo que sucede. Ni juzgar, ni aconsejar, sino escuchar y comprender, ese es su lema. Un modo en buena medida “antropológico”, que busca comprender la perspectiva de las personas, “el punto de vista del nativo” (Geertz, 1999), evitando caer en valoraciones. Más allá de las grandes diferencias relativas a su finalidad, en las acciones específicas para conducir una entrevista etnográfica también podemos encontrar similitudes metodológicas entre la mediación y la antropología: realizar una entrevista informal, con preguntas abiertas, descriptivas, no evaluativas, escuchar, mirar a los ojos.

El mediador regula las relaciones, encauza el conflicto, pero realza el protagonismo de las personas. Principal novedad respecto de la justicia tradicional. Además de la formación técnica, se requieren atributos personales y, a su vez, esos atributos personales son requeridos para mejorar la técnica. Formarse como mediador implica desaprender lo aprendido en la formación como abogado, ya no se trata de litigar (de enfrentarse, de pelear, de disputar), tampoco de buscar pruebas, ni de que uno gane y el otro pierda. Se deben desmontar esas prácticas profesionales en tanto lo que se busca en la mediación es que las personas logren acuerdos de mutuo beneficio, qué fue lo que pasó y cuáles son las pruebas ya no es tan relevante, lo que importa es cómo las personas quieren seguir de aquí hacia

adelante, y dado que la mayoría de los mediadores son abogados, el proceso de aprendizaje sería un proceso de des aprendizaje; una transformación en mediador.

La habilidad del mediador consiste, en gran parte, en un juego sutil de cambiar una palabra por otra, en una traducción de los términos. Cambiar palabras para corregir sentidos. Resignificar lo que dicen, de modo tal de apaciguar el conflicto, pero al mismo tiempo, satisfacer la expectativa de las personas de ser escuchadas. Esa confirmación intersubjetiva se materializará en la mirada, en la afirmación con la cabeza, en la expresividad de la cara de haber comprendido. Así, estos encuentros que se presentan como descontracturados son sumamente reglados. Hay una retórica que resalta el lema de expresar las emociones, pero en la práctica esto no se hace de manera espontánea. En la semántica de la mediación no hay asimetrías, hasta el mediador se presenta como una figura despojada de poder. Sin embargo, él, o ella, impone o transmite un modo particular de resolver un conflicto, un método para ello (De Leonardis y Pitch, 2010).

Hay además especificidades que se proponen para la mediación con un público joven. Aparece, por un lado, el desafío de construir una mirada diferente con relación a los jóvenes, que se aparte de las estigmatizaciones, y de las visiones que solo los reconocen como sujetos peligrosos para ponderar otras cuestiones. Por otro lado, en las concepciones sobre los jóvenes, se observa también un cierto paternalismo. El joven es visto como alguien que no tiene las competencias necesarias, o que no está en igualdad de condiciones (por eso suele decirse que no es bueno que asista solo a una mediación, sino que es mejor que vaya acompañado por algún referente adulto). Que tiene que responsabilizarse, tomar conciencia, cambiar de opinión, aprender, y toda una serie de ideas en torno a estos “sujetos en formación”, que están en un “período de transición”, que son “maleables” (Chaves, 2005; Elizalde, 2006).

En síntesis, se resalta la idea de la mediación como técnica no violenta de resolución de conflictos que está basada en competencias específicas de comunicación, para lo que se necesita un dispositivo encarnado en una persona que posibilite el despliegue de esas competencias. Esas competencias tienen que ser también de los sujetos que se encuentran en la mediación, por ser un proceso “voluntario”. A su vez, el mediador es un facilitador que ayuda a las personas a reformular y a adquirir esas competencias. Hay una idea de protagonismo, de decisión de los sujetos, de “empoderamiento”. ¿Cuáles son los valores que la mediación proclama? la libertad, la autonomía, la decisión. Parece como un espíritu de época: las personas tienen la posibilidad de prefigurar sus propias acciones, sus proyectos, asumiendo sus responsabilidades individuales. El gran énfasis del “házlo tu mismo”, la ética de la elección, el imperativo hacia la actividad (Rose, 2000; Schuch, 2008).

A través de esas prácticas discursivas que proponen una narrativa para “salir del conflicto” se produce un desplazamiento hacia aspectos que simplifican el escenario social del conflicto, en los que se ve menguada su politicidad. Así, los problemas de las personas son reformulados como problemas éticos y morales, es decir, como problemas en la forma en la que estos individuos conducen su vida (Rose, 2000). Tal como sostienen Ota de Leonardis y Tamar Pitch (2010), parecería que las desigualdades sociales y de poder, de recursos económicos y culturales, no son tenidas en cuenta. Desequilibrios que pueden ser relevantes, por ejemplo, en la comisión misma de un delito, poniendo de manifiesto desigualdades.

Jornada sobre medios alternativos de resolución de conflictos

En el mes de noviembre del año 2018 me invitaron a participar como comentarista de la mesa temática sobre medios alternativos de resolución de conflictos en el marco de una jornada sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en el noroeste argentino. Allí, la mayoría de las participantes eran abogadas mediadoras (mujeres, una

particularidad del campo) y “operadoras del sistema” como suele decirse.

Las exposiciones referían a cuestiones vinculadas a sus prácticas profesionales, a los tipos de conflictos que atendían, a las personas que los protagonizaban, a sus aprendizajes y limitaciones en los desafíos que el trabajo les planteaba. Y también a lo que yo interpretaba, disciplinada por mis lecturas socio antropológicas sobre el tema, como disputas al interior del campo estatal de administración de conflictos (Sinhoretto, 2010). Esas disputas estructuradas, como dice Jaqueline Sinhoretto (2010), por una jerarquía de tipos de conflictos y una jerarquía de personas; esa lógica jerárquica que atraviesa el campo y establece posiciones diferenciales en su interior.

A partir de esta interpretación, la autora elabora una tipología de lógicas de administración estatal de conflictos con intensidades de interacción y niveles jerárquicos diferentes a los que les corresponden jerarquías de rituales, de personas y tipos de conflictos. Así, la escala de más alta intensidad lidia con los conflictos considerados más complejos, protagonizados por personas de alto prestigio social, que consiguen transformar sus conflictos en grandes casos de justicia. La segunda escala de intensidad corresponde a los rituales de administración de conflictos de la justicia común y es utilizada por personas “comunes”, en ella, la capacidad de movilización de los recursos del derecho es limitada por las barreras de acceso a la justicia y por la excesiva burocratización de los procedimientos. La tercera escala, de baja intensidad, es una creación reciente, introducida como innovación para ofrecer respuestas a los “defectos” del sistema judicial clásico. Se trata de iniciativas de reforma que proponen simplificación procesal o informalización. Aquí los rituales de administración de conflictos apelan a la informalidad de los procedimientos, a la oralidad, a la celeridad y se suelen justificar socialmente con el argumento de la facilitación del acceso a los pequeños conflictos. Claramente, la mediación se ubicaría en este lugar dentro de la escala construida por Sinhoretto. Por último, la

cuarta escala, de más baja intensidad, corresponde al tratamiento dispensado a los conflictos considerados no solo pequeños, sino irrelevantes y a los litigantes que no cuentan ni social ni jurídicamente, a ellos les corresponden procedimientos en que los agentes más subalternos del campo dan soluciones a los conflictos de forma extremadamente rápida, sin respaldo en leyes y derechos, es decir, fuera del sistema legal y sin ninguna forma de oficialización⁴.

A lo largo de las exposiciones y de los debates surgidos en el desarrollo de la Mesa yo había oído, y reparado, en comentarios de un marcado tono prescriptivo que alertaban que no hay que hablar de medios “alternativos” de resolución de conflictos sino de medios “adecuados”. Tampoco de “acceso a la justicia” ya que remitía a una resolución dada por un tercero, sino que lo correcto es hablar de “acceso a justicia” ya que da cuenta de la posibilidad de resolver un conflicto.

Otros comentarios tales como “nosotras creemos en este nuevo paradigma”⁵, hacían referencia al nivel de la creencia asociada a la esperanza y por ende desde una interpretación weberiana a la legitimidad. Y también cuestiones asociadas a los criterios de aplicación, o no, de la mediación que estas agentes elaboraban: “dejar a los jueces para los temas más conflictivos”, “no derivar violencia de género a mediación”. Todo ello iba formando parte de mis notas y había decidido recuperarlo al momento de realizar mi intervención como comentarista.

Llegado ese momento, comencé a plantear que parecería que la mediación representaba una instancia de encuentro mucho más

⁴ En este “cuarto nivel de justicia” podemos ubicar, como hace Federico Medina (2019) en su tesis de doctorado sobre la trama de relaciones en las que se inscriben las trayectorias delictivas de jóvenes, los conflictos que se procesan a través de los rituales informales ejecutados por agentes policiales inferiores por fuera de todo sistema legal. Me refiero a esas dinámicas cotidianas que suceden en las intervenciones policiales, los diversos modos de hostigamiento, control abusivo y violencias, casi siempre protagonizados por policías del más bajo rango, sobre jóvenes de barrios populares, que nunca llegan a materializarse en un sumario policial y no queda ningún registro escrito de ellos.

⁵ Sobre este tema de la creencia en la efectividad de la mediación, Mariana Godoy y Juan Pablo Matta (2018) han trabajado recuperando algunas conceptualizaciones desarrolladas por la antropología clásica para pensar la magia. A partir de esas nociones problematizan las relaciones entre profesión, eficacia y creencia en el campo de la mediación de conflictos en la Argentina.

cercana para las personas que la que estas experimentan con “la justicia” y, al mismo tiempo o quizá por esa misma cercanía, ocupaba un lugar “marginal” en términos de reconocimiento, prestigio y distinción dentro de la estructura judicial. Ante mi comentario hubo un rotundo “¡No!” muy enfático y compartido por todas las mediadoras participantes de la Mesa y por gestos de desacuerdo y desaprobación respecto de la interpretación que estaba esbozando.

¿Por qué esa reacción? ¿Se debía a una dificultad de comprensión bastante habitual por cierto cuando antropólogos/as y abogados/as conversamos? Mi intervención y lo que señalé se había experimentado como ofensa o como subestimación, y esa claramente no había sido mi intención. Las había oído exponer que el sistema judicial común se reservaba a otros conflictos, a otros litigantes y yo pretendía aportar una reflexión que apuntara a intentar comprender ese estatus “menor” de la mediación dentro de la agencia judicial. Sin embargo, eso no fue aceptado.

La reacción del público me llevó a pensar la mediación como un campo en permanente emergencia, que transita por constantes procesos de autoafirmación y legitimación y que se encuentra de manera persistente obligada a probar su eficacia con relación a la justicia tradicional.

Ese transitar por constantes procesos de autoafirmación y legitimación hace que sus intervenciones se presenten con cierta “sofisticación”, y con esto me refiero a una manera de distinguirse⁶, que se manifiesta en ese esfuerzo por narrar los conflictos de otro modo, en la práctica de capacitación permanente creando una experticia especial, en los intentos discursivos por alterar la semántica de ciertas categorizaciones institucionales como la de “acceso a la justicia” por “acceso a justicia”, o “medios alternativos” por “medios

⁶ Juan Pablo Matta y Mariana Godoy (2016) en su trabajo sobre lo que llaman el “movimiento” de la mediación en la Argentina sostienen que en nuestro país la mediación en tanto campo se afirma a partir de los esfuerzos de actores institucionales (provenientes tanto del campo judicial como del activismo de ONGs ligadas a lo judicial, actores de promoción del crédito y del gobierno internacional) por oponerse y diferenciarse de otras concepciones y universos institucionales.

adecuados", etc. Una retórica que aspira a establecer una noción distinta de justicia, que no debería ser alternativa, y que también busca problematizar la posición ¿periférica? (probablemente el término marginal utilizado por mí no fue el más oportuno, considerando también que yo era allí una no nativa, de Buenos Aires y además antropóloga, no abogada) que aun ocupa la mediación dentro de los modos institucionalizados de resolución de conflictos, y que se esfuerza por lograr esa institucionalización.

En estas acciones de autoafirmación de la mediación dentro de un "campo jurídico" consolidado, se pone en disputa un tipo de capital específico, un modo diferenciado de "decir el derecho" reservado a un tipo particular de conflictos e inspirado en una tradición teórica diferente a la del campo jurídico. Una perspectiva bourdiana a partir de la cual podemos entender ese proceso de diferenciación y sofisticación de un particular modo de hacer. Y quizá sea posible también ensayar una apropiación del concepto de "división del trabajo jurídico" planteado por Bourdieu para pensar en una nueva subdivisión del trabajo práctico de resolución de conflictos que se sostendría aquí a partir del tipo de conflictos a abordar. Así, entre rivalidades, tensiones y supuesta complementariedad profesional, se construyen y se distribuyen los conflictos, quedando algunos reservados al trabajo judicial convencional y otros a la mediación.

Taller sobre justicia restaurativa para adolescentes

El taller al que me voy a referir aquí estuvo impartido por especialistas internacionales en justicia restaurativa, organizado por el poder judicial de una provincia argentina, dirigido a operadores penales juveniles, tanto judiciales como del sistema de protección de derechos y se realizó en un hotel muy lujoso de una ciudad turística de la Patagonia.

Era el primer día de este taller sobre justicia restaurativa que iba a realizarse durante dos jornadas. Junto a una colega habíamos sido

invitadas a participar como panelistas. Ya habíamos hecho nuestra intervención dando un marco teórico conceptual de la justicia restaurativa; explicando sus principales características y sobre todo las diferencias que la justicia restaurativa porta con relación al enfoque de la justicia tradicional.

Luego de nuestra exposición, tuvo lugar el taller impartido por las especialistas. Comenzaron así su exposición en un tono bastante intimista y a la par que presentaban los objetivos del taller, en una diapositiva de power point mostraron una suerte de cuadro de doble entrada denominado “ventana de la disciplina social”.

(+) Control	Punitivo	Restaurativo
(-) Control	Negligente	Permisivo
	(-) Apoyo	(+) Apoyo

El esquema se explica de la siguiente manera: menos control y menos apoyo, igual: negligente; más control y menos apoyo: punitivo; menos control y más apoyo: permisivo; más control y más apoyo: restaurativo.

A esta explicación le siguió *La historia de Pedro*: Las talleristas cuentan la historia de un niño, llamado Pedro, vecino de una de ellas en la infancia, cuya mamá era “muy permisiva: lo apoyaba, pero no le ponía límites”. Y su papá “estaba ausente a causa del alcohol”. Por lo que este niño se metía en problemas. Así fue como, “los límites se los pusieron en el instituto⁷ a los 16 años” y “ahora tiene un hijo hermoso, trabaja”. La historia terminó con una pregunta que llamó a la reflexión del auditorio: “¿Qué hubiera pasado si sus padres hubiesen sido restaurativos?”. A mí me llamó mucho la atención ese desplazamiento de una idea de justicia a un atributo de la parentalidad. “Paternidad restaurativa”, me parecía un concepto novedoso y sorprendente. En la construcción de la historia se puede observar, por un lado, el énfasis

⁷ Se refiere a un instituto penal. Una institución para personas menores de edad acusadas de un delito.

puesto en la responsabilización familiar por la gestión de la infancia, como una fase importante del desarrollo humano; en el papel de los padres en la vida de los hijos y en la influencia ejercida sobre los hijos y, en el caso narrado, la consecuente culpabilización familiar por la situación del hijo (Schuch, 2009; Graziano, 2017).

Las especialistas en justicia restaurativa manifiestan que el destino de este niño hubiese sido mejor si los padres le hubiesen preguntado “¿por qué hiciste determinada cosa? ¿Qué es lo que vas a hacer para solucionarla?” y enseñan “sin tratarlo mal, mostrarle el daño causado. Sin ningunearlo, ni castigarlo, sin decirle que es malo, sino que lo que hizo tiene efectos”. De este modo, a partir de la reflexión sobre el comportamiento de los padres, se introduce un modelo pedagógico específico que incluye ciertas pautas sobre el ejercicio de la función paterna y materna: “límites y disciplina”, pero también “estímulo y enseñanza”. A su vez, esta pedagogía que se propone, con un discurso moralizante y psicologizante (Lugones, 2012; Graziano, 2017) se basa en un diagnóstico sobre las familias de los adolescentes infractores provisto de una serie de estereotipos de clase que no son revisados ni puestos en cuestión, sino que actúan reproduciendo el sentido común. Un diagnóstico basado en una matriz de significación y de interpretación de la carencia afectiva y moral de las familias que no es desarmada. Y así, a esta (re) producción del diagnóstico de falta moral: “el padre ausente”, “bebiendo”, “la madre permisiva”, le corresponde—y se legitima—un tipo de intervención: “el instituto”, “que ponga límites”.

Se trata, en definitiva, de procesos de clasificación de sujetos y conflictos en los que se generan determinados registros de inteligibilidad asociados a determinadas claves interpretativas y explicativas: la parentalidad, la familia. Una clave interpretativa muy potente para explicar las conductas y comportamientos de los niños: la familia y el lugar asignado a las madres, a los padres, a los límites y entonces gestionar la crianza por lo que va a suceder en el futuro. Incluso en estos enfoque más novedosos e innovadores la clave

explicativa continúa estando en la familia, no se logran traspasar esos límites conceptuales y la conflictividad se vuelve a pensar generada por la falta de límites de la familia, o por el exceso de ellos (Villalta, 2013). No se logra pensar el delito adolescente de manera diferente a determinadas ecuaciones. Ecuaciones que ayudan a la práctica diaria de los operadores en el manejo de las incertezas a partir de rutinizar explicaciones que generan alivio, que estabilizan, que protocolizan (Medan, Villalta y Llobet, 2018).

Luego de la exposición prosiguió una instancia de trabajo en grupo. Los participantes del taller eran mayormente funcionarios y profesionales del poder judicial y algunos del órgano administrativo de protección de derechos.

La primera consigna fue la siguiente: “¿Cómo podrían haber actuado de modo restaurativo en un caso en el que no lo hicieron?”. Y la segunda: “¿desde su rol como funcionarios públicos, ¿qué podría hacer cada uno para tener una intervención restaurativa?”.

Las repuestas llamaron mi atención. Respecto a la primera consigna, en el grupo en el que me tocó participar, se refirieron al caso de un adolescente acusado de un delito que había llegado a la fiscalía. La reflexión fue que lo que deberían haber hecho era “imponerle reglas de conducta”: “que vaya al colegio por la noche, que trabaje en la recolección de residuos por la madrugada, a la mañana tratamiento de adicciones y a la tarde actividades deportivas”. “Así le hubiésemos salvado la vida” porque “tendría el tiempo ocupado”.

Ocupar el tiempo, no dejar lugar para el ocio, una cuestión que conlleva un juicio de valor: el tiempo libre para estos jóvenes es visto como peligroso, como la puerta de entrada al delito, la droga, las “malas compañías”. Su tiempo debe estar pautado por normas: escuela, trabajo, terapia, deporte, actividades para “encauzarlos” y, sobre todo, mantenerlos “ocupados” (Graziano, 2017), como una forma de control social para estos jóvenes que pertenecen a sectores pobres de la población y a los que por su “vulnerabilidad” se los

considera en situación de “riesgo social”, y también con probabilidades de colocar “en riesgo” al orden social (Guedes, 2009).

Con relación a la segunda consigna la interpretación que pretendía imponerse era la de que “esto” [la justicia restaurativa] “es lo que ya se hace en la justicia de menores”. “Eso lo hacemos desde siempre”.

¿Cómo es ese proceso de interpretación y reapropiación institucional por el cual todo eso “nuevo” es “lo que ya hacíamos”? Llamativamente las formas en que esta “estrategia innovadora” para el tratamiento de la infracción juvenil es interpretada y reapropiada por los diferentes agentes judiciales y administrativos, se inscribe en tradiciones y valores locales, e incluso en algunos casos lejos de permitir cuestionar, revisar o al menos ver desde otra perspectiva lo que se realiza habitualmente en el fuero penal juvenil, es antes bien asimilada y reconducida a la normalidad institucional, de manera que no colisione con las rutinas burocráticas existentes. A partir de esta microescena es posible observar y comprender cómo la noción de justicia restaurativa se materializa singularmente en cada contexto, ya que su realización se produce en escenarios marcados por culturas institucionales, con sus matrices interpretativas y con sus singulares lógicas burocráticas, y es receptada por diferentes tipos de agentes que le imprimen particulares sentidos.

Conclusiones

La mediación como una instancia de la justicia restaurativa ciertamente se distancia de la justicia tradicional fundamentalmente en su intento por generar procesos reflexivos, y por realzar el protagonismo de las personas implementando mecanismos para que se reapropien de sus conflictos y así se las revaloriza para no dejarlas en el lugar de convidados de piedra ni para expropiarles su conflicto. Practicas afines a una nueva sensibilidad (Garland, 2010) respecto al modo de entender los conflictos y a la forma de administrarlos. En ese esfuerzo por alejarse de la lógica propiamente penal del reproche

legal, por promover una menor punitivización, la mediación en tanto campo (Bourdieu, 2001) se esmera en probar su eficacia, legitimarse e institucionalizarse dentro del campo jurídico. Y también se esfuerza por utilizar una narrativa “armónica” (Nader, 1994).

Es presentada por sus actores y promotores como una práctica que tiene su técnica específica. La noción de técnica tiene una connotación, por un lado, de universalidad, esto es, que puede ser aplicada a cualquier caso, más allá del contexto y de las condiciones sociales en las que el conflicto se desarrolle; y más allá también de las desigualdades sociales, económicas y de poder que puedan existir en el propio transcurso de la mediación. Y, por otro lado, la idea de técnica remite a neutralidad, es decir, carente de moralidades que la atraviesen.

Incluso en estos enfoques que se presentan como innovadores, sobre todo cuando se trata de procesos que incluyen a jóvenes acusados de delitos, se presenta un discurso pedagógico y moralizante: “El objetivo del programa es pedagógico, de enseñanza, de aprendizaje”⁸. Se insta a los jóvenes a realizar un proceso de moralización interna: “que entiendan que todo tiene consecuencias”, a través del cual acepten y reconozcan que han actuado mal y se comprometan a reparar el daño causado: “que se den cuenta que hay otro, que sufrió un daño en el que él tuvo que ver y ver de qué forma pueden reparar”. “Trabajar el reconocimiento, la responsabilidad y la reparación”. Se los alienta a revisar el curso de acción que desembocó en el delito: “La idea es que reflexionen sobre sus acciones, sobre qué otras cosas podrían haber hecho”, como un modo de iniciar un proceso de cambio, y de demostrarlo: “Vos podés demostrar que no

⁸ Expresiones obtenidas a partir de entrevistas realizadas a directores/as de programas de mediación y otras estrategias basadas en la justicia restaurativa de diferentes localidades del país, en el marco de una investigación más amplia sobre el sistema penal juvenil argentino. Se trató de una consultoría llevada a cabo durante el año 2019 para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Subsecretaría de Justicia y Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Argentina, coordinada por Carla Villalta y Valeria Llobet de la que participé junto a Marina Medan como investigadora principal. Al analizar esas entrevistas me centré en los objetivos de los programas que los agentes enfatizaban y en las frases en las que transmitían el modo en el que interactuaban con los jóvenes. Entendiendo que en esas expresiones se comunican expectativas institucionales que dotan de sentido y dan forma y legitimidad a las prácticas realizadas.

sos el delincuente que la comunidad cree, demostrar que vos cambiaste”. Y también ayudarlos: “Quedate tranquilo, te vamos a ayudar”.

En la etnografía que realicé en una burocracia judicial destinada a jóvenes acusados de delitos sostenía que las agentes institucionales que allí trabajaban orientaban sus intervenciones para “ayudar”, para “que cambie”, para “que internalice”, para “que demuestre”, una serie de sentidos que le otorgaban a su tarea a partir de los cuales orientaban su trabajo y conducían los casos (Graziano, 2017: 154). Con esto quiero decir que, los sentidos y valores que son movilizados en la difusión de estas estrategias que se presentan como novedosas se traman con prácticas locales de larga duración, con lógicas tradicionales de intervención, con particulares estigmas y representaciones sobre los jóvenes y con específicos sentidos en torno al delito, a la protección, a la justicia y al castigo. Por ello, para que esas estrategias innovadoras puedan dirigirse verdaderamente a desjudicializar y despunitivizar los modos de intervención típicos de la justicia penal juvenil tal como postulan, es preciso comprender cuáles son y en qué se asientan las prácticas tribunalcias y las valoraciones sobre el delito, los adolescentes y la justicia a partir de las cuales esas novedades se implementarán.

Referencias

- Bourdieu, P.: “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en: *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao: Desclee de Brouwer, 2001, 165-223.
- Caram, M., Eilbaum, D. y Risolía, M.: *Mediación: diseño de una práctica*, Buenos Aires: Astrea, 2014.
- Caram, M.: “El espacio de la mediación penal”, en: Aréchaga, P.; Brandoni, F. y Risolía, M.: *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal.*, Buenos Aires: Galerna, 2005, 171-182.
- Chaves, M.: “Juventud negada y negativizada: Representaciones y formaciones discursivas vigentes en la Argentina contemporánea”, *Última Década*, 23, 2005, 9-32.
- De Leonardis, O. y Pitch, T.: “Un mundo horizontal. Las retóricas y las prácticas contemporáneas de la mediación”, en: Sozzo, M. (ed.): *Por una sociología crítica del control social: ensayos en honor a Juan S. Pegorano*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010, 79-96.
- Dezalay, Y. y Garth, B.: “La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados Latinoamericanos”, *Polis*, 4, 2003.
- Elizalde, S.: “El androcentrismo en los estudios de juventud: efectos ideológicos y aperturas posibles”, *Última Década*, 14 (25), 2006, 91-110.
- Garland, D.: “Castigo y sensibilidad: una genealogía de sanciones ‘civilizadas’”, en: *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de Teoría Social*, México: Siglo XXI, 2010 [1990], 249-290.
- Geertz, C.: *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Barcelona: Paidós, 1999.
- Godoy, M. y Matta, J.: “Creencia y eficacia en la profesión del Mediador de conflictos. Una aproximación desde la teoría antropológica de la magia”, en: Mello, K., Baptista, B. y Filpo, P. (orgs.): *Potencialidades e incertezas de formas nao violentas de administração de conflitos no Brasil e na Argentina*, Porto Alegre: Evangraf, 2018, 45-66.
- Graziano, F.: *Pequeños juicios. Moralidades y derechos en la administración judicial para “menores” en la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Antropofagia, 2017.

Guedes, S.: “Control social y el gran circuito del don: Proyectos pedagógicos deportivos en Argentina y Brasil”, en: Tiscornia, S., Kant de Lima, R. y Eilbaum, L. (orgs.): *Burocracias Penales, administración institucional de conflictos y ciudadanía: Experiencia comparada entre Brasil y Argentina*, Buenos Aires: Antropofagia, 2009, 119-141.

Lugones, G.: *Obrando en autos, obrando en vidas. Formas y fórmulas de Protección Judicial en los tribunales Preventivos de Menores de Córdoba, Argentina, a comienzos del siglo XXI*, E-papers: Rio de Janeiro, 2012.

Matta, J. y Godoy, M.: “El movimiento de mediación en Argentina: Procesos tensiones y afirmaciones”, *Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, 10 (1), 2016, 1-23.

Medan, M.: “Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín, Buenos Aires”, *Delito y Sociedad*, 1 (41), 2017, 77-106.

Medan, M. y Graziano, F.: “Transformaciones, innovaciones y tensiones en la justicia penal juvenil”, en: Llobet, V. y Villalta, C. (coords.): *De la desjudicialización a la refundación de los derechos: transformaciones en las disputas por los derechos de los niños y las niñas (2005-2015)*, Buenos Aires: Teseo, 2019, 449-482.

Medan, M.; Villalta, C. y Llobet, V.: “Entre inercias burocráticas y evaluaciones sobre las familias: adolescentes privados de libertad”, *Estudios socio-jurídicos*, 21(1), 2018, 293-326.

Medina, F.: *Recorridos frecuentes. Una etnografía en el campo penal juvenil de Santiago del Estero, Argentina*, Tesis Doctoral. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, 2019.

Merry, S.: “Pluralismo Jurídico”, en: Merry, S., Griffiths, J. y Tamanaha, B.: *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, 89-131.

Nader, L.: “Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 9 (26), 1994, 18-29.

Poole, D.: “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, *Alteridades*, 16 (31), 2006, 9-21.

Risolía, M.: “El caso de mediación en materia penal”, en: Aréchaga, P.; Brandoni, F. y Risolía, M.: *La trama de papel. Sobre el proceso de*

mediación, los conflictos y la mediación penal, Buenos Aires: Galerna, 2005, 157-170.

Rose, N.: “Government and Control”, *The British Journal of Criminology*, 40 (2), 2000, 321-339.

Schuch, P.: “Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil”, *Civitas*, 8 (3), 2008, 498-520.

Schuch, P.: *Práticas de justiça. Antropologia dos modos de governo da infância e da juventude no contexto pós-ECA*, Porto Alegre: UFRGS, 2009.

Sierra, M. T. y Chenaut, V.: “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”, en: Krotz, E. (ed.): *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Madrid: Anthropos, 2002.

Sinhoretto, J. “Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça”, *Anuário Antropológico*, 2, 2010, 109-123.

Villalta, C. y Graziano, F.: “Justicia restaurativa y medidas alternativas al proceso penal en la Argentina. Transformaciones y disputas en la justicia penal para adolescentes”, *NuestrAmérica*, 8 (15), 2020, 57-73.

Villalta, C.: “Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina”, *Civitas*, 13 (2), 2013, 245-268.

EN FOCO

EL PROCESO ES EL CASTIGO:
MALCOLM FEELEY Y JONATHAN SIMON



NOTAS PREPARATORIAS SOBRE "THE PROCESS IS THE PUNISHMENT" DE MALCOLM FEELEY

PREPARATORY NOTES ON "THE PROCESS IS THE
PUNISHMENT" OF MALCOLM FEELEY.

NAHUEL ROLDÁN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

Quiero comenzar abriendo un paréntesis: recuerdo haber escuchado, hace un tiempo, en una entrevista decir a la joven entrevistada lo costoso que es para un pobre salir a buscar trabajo. Quien se encuentra—con cierta permanencia o con intermitencias relativamente prolongadas—en un estado de precariedad, en la mayoría de los casos solo puede buscar trabajo en zonas cercanas a su casa, pues movilizarse en busca de mejores ofertas laborales hacia el centro de la ciudad o en zonas comerciales lejanas de su barrio suele ser muy costoso. Por lo que se debe decidir entre gastar el dinero que se ganó en la última changa en la búsqueda de un trabajo “más estable” o en alimentos para comer los días que siguen.

¿Cuántas veces quienes estamos interesados en la desigualdad nos preguntamos que además de una propuesta de política laboral nacional o provincial, lo que necesitamos tener en cuenta son los “micro-costos” del día a día? ¿Cuántas veces pensamos cuanto vale pagar el pasaje del transporte público y que ese primer y primordial costo hace al pobre pensar dos veces antes de salir a buscar trabajo? ¿Cuántas veces pensamos que poner en marcha una política de mejoramiento del transporte público con la utilización de tarjetas magnéticas—que deben cargarse, en la práctica, siempre con un costo extra, que funciona como comisión para quien realiza la carga—que se pierden, se deterioran y que deben solicitarse de nuevo causa costos que el pobre no puede permitirse? ¿Nos damos cuenta que la diferencia de pagar o no pagar \$2 o \$5 para cargar la tarjeta puede ser crucial para decidir si salir o no salir a buscar empleo? Dejemos esta idea en suspenso por un momento.

Introducción

En lo que sigue realizaré una serie de apreciaciones que podrían servir como notas introductorias o claves de lectura para la revisión de *The Process is the Punishment* (1979—reeditada en 1992)¹ de Malcolm Feeley. Y haré especial hincapié en las secciones del libro que complementan el capítulo 7 (“The Process is the Punishment”), que presentamos en esta sección traducido al español, para tratar de aportar una mirada más integral de la obra y subrayar la importancia que tuvo—y tiene—la investigación de Feeley para el campo de *Law & Society*.

La sección se integra con dos textos que Malcolm Feeley y Jonathan Simon escribieron especialmente para acompañar la primera traducción—aunque parcial—al español de este libro de Feeley.

Me interesa realizar una serie de movimientos que den cuenta la calidad de “clásica” de esta obra de Feeley. Todos estos movimientos van hacia una misma dirección: desentrañar por qué *The Process is the Punishment* se convirtió en un texto clásico en el campo de *Law & Society*. Por tanto, la pregunta que me haré será sobre el *impacto* que la obra tuvo en lo que siguió de la investigación socio-jurídica. Hay varias formas de determinar el impacto de una obra en un campo disciplinario—amplio o específico. Por mi parte me enfocaré en una de las posibles formas: determinar cuales son los temas centrales del libro y tratar de mostrar como esos temas centrales se diversificaron en la investigación posterior².

¹ Las referencias a la obra de Feeley en este trabajo de revisión serán a la edición de 1992, no sólo porque fue la que revise, sino porque es la que actualmente se puede conseguir más fácilmente. Dicha edición fue publicada con un nuevo prólogo de Joesph Gusfield y un prefacio del autor, aunque el cuerpo textual se publicó sin ninguna modificación, supresión o agregado, al texto original publicado en 1979.

² Otra forma, bastante común—aunque más simple y menos determinante—de establecer el *impacto* de una obra es el recuento de citas que se hicieron del libro en otros trabajos académicos. Para una revisión de este estilo, ver: Earl (2008) y Morril y Mayo (2015).

The Process is the Punishment: un clásico

Una reseña de Jeff Goodwin plantea una hipótesis acertada—en mi opinión—sobre *porqué* algunos libros tienen un fuerte impacto en el campo disciplinar y otorgan a sus autores cierta fama académica. Esta hipótesis aplica, sin dudas, a *The Process is the Punishment*: “Para que cualquier libro llegue a ser ampliamente citado hoy en día, aunque mucho menos para influir en la forma en que la gente piensa realmente, debe ser reducible a unas pocas formulaciones generales y fáciles de entender” (Goodwin, 1996: 293). Ahora bien, debemos establecer una serie de precauciones sobre esta tesis. Lo primero, es que cuando se establecen estas formulaciones simplificadas, lo que se está exponiendo es sólo una breve y pequeña parte de la obra en cuestión—y en muchos casos esas simplificaciones pueden venir cargadas con ciertas tergiversaciones que se propagan ante la falta de una lectura completa e integral del libro original. Así es que Goodwin también acierta cuando aclara que a medida que la o las contribuciones centrales del libro se consolidan en formulaciones dadas por sentadas, los estudiantes e investigadores empiezan a conocer la supuesta contribución del libro no por su lectura, sino por la absorción de las citas rituales que se realizan de la obra a lo largo del tiempo. Más concretamente, sobre este punto, Goodwin (1996: 293), dice: “Ningún libro puede pretender ser ‘influyente’ hoy en día hasta que un gran número de personas que no lo han leído (o que no han leído más allá de su introducción) tengan opiniones críticas sobre él”.

En este sentido, y como argumenta Jennifer Earl (2008), la obra de Malcolm Feeley se ciñe perfectamente a la hipótesis de Goodwin. En primer lugar: la potencia del título del libro de Feeley, implica que el autor logró en una breve frase contener la tesis principal de su investigación: “el proceso es el castigo”. Y ese argumento de que para los acusados de delitos menores en tribunales inferiores el proceso es el castigo se ha vuelto la *cita ritual* del trabajo de Feeley. Al punto que este presupuesto o—como dice Earl—esta “pista de título”, eclipse

o hizo olvidar otros importantes argumentos y temas centrales que contiene *The Process is the Punishment*.

La segunda cuestión, que hace de este libro un ejemplo perfecto a la hipótesis de Goodwin es que la simpleza con la que está escrito—que lo vuelve tan fácil de leer—enmascara su complejidad. Y, cuanto menos, *The Process is the Punishment* es un libro complejo. Lo que quiero subrayar aquí es que *importa cómo escribimos*. Algunos creen que escribir solo es sentarse frente a una computadora y tipear ideas, y luego, encontramos artículos aburridos, rebuscados y desprovistos de una linealidad argumentativa establecida a través de una narrativa configurada como tal. Pero, también, quiero señalar que cuando hablo de complejidad, me estoy refiriendo a que los argumentos—por más potentes e inteligibles que sean—presentados de forma individual, desprovistos del contexto general de la obra, se vuelven difíciles de descifrar y sopesar³.

Las partes del libro

La organización del libro se divide en varias partes. En primer lugar, una parte introductoria que expone los contornos empíricos de los tribunales inferiores y las principales afirmaciones teóricas que el autor pretende hacer. Luego, una segunda parte, donde se presentan los actores principales y secundarios de los tribunales inferiores, que se complementa con la importancia de dichos actores para el modelo de “sistema abierto” que Feeley utiliza para comprender el funcionamiento de dichos tribunales. Seguidamente encontramos una sección que evalúa *cuantitativamente* la utilidad de las explicaciones clásicas de las disparidades en la determinación de la pena [*sentencing*] en los casos de delitos menores. Continúa con una parte que esboza el carácter punitivo de los procesos previos al juicio. Y finalmente, una sección—habitualmente soslayada—muy interesante y perspicaz, que argumenta que la cantidad de casos que tiene un tribunal—la idea

³ Aquí no me refiero a la organización del libro, que quizás en ciertas partes complica el entendimiento general de la obra. Algunos revisores hicieron hincapié en esta cuestión (White, 1980; Zemans, 1980; Brogden, 1982)

de la sobrecarga de trabajo—no determina la rapidez con que se tramitan las causas.

La introducción de *The Process is the Punishment*, es muy completa y explicativa, lo que hace que se genere la falsa sensación de que una lectura individualizada nos otorga el conocimiento suficiente sobre las argumentaciones transversales de toda la obra. En esta introducción Feeley presenta una descripción detallada sobre los tribunales inferiores en los que va a realizar sus observaciones. Y metodológicamente queda bien claro que la investigación no es *sobre* los tribunales inferiores, sino que es *en* los tribunales inferiores. Esta es una diferencial crucial, que cualquier investigador “etnográfico”, debe tener presente para formular sus preguntas de investigación.

Aquí Feeley presenta un *rompecabezas empírico* y establece las primeras acciones metodológicas destinadas a desentrañarlo. ¿Cuál es ese rompecabezas empírico? Cuando el Tribunal Supremo estaba estableciendo ciertas expectativas de aumento y reforzamiento de los derechos y garantías de los acusados—por ejemplo, que una mayor cantidad de personas obtuvieran representación letrada y que se estableciera con más regularidad el derecho de ser juzgado por sus iguales—Feeley encontraba en sus observaciones que, en general, los acusados seguían sin representación y que—de su muestra de 1600 casos—ninguno optó por un juicio con jurado. En su lugar, los imputados, resuelven sus casos a través de la negociación de declaraciones de culpabilidad. En cuanto a lo otro, solo la mitad de los acusados—y alrededor de un tercio de los que se enfrentan a una pena privativa de su libertad—son representados por un abogado. Y en los casos en los cuales se obtiene un abogado defensor, este suele acelerar la negociación de la declaración de culpabilidad, antes que entablar un pleito contencioso con los fiscales.

En general, la libertad bajo fianza es fijada por la policía. Este mecanismo hace que se detengan al doble de personas que nunca llegarán ni al tribunal ni a un juicio. De aquellos que llegan al tribunal, Feeley los divide en dos: los casos “sencillos” y los casos “complejos”.

Los primeros, llevan mucho tiempo en resolverse teniendo en cuenta que las más de las veces requieren un total de ocho a diez comparecencias. Mientras que los segundos, suelen evitar compromisos prolongados a través de una rápida negociación de los cargos—lo que implica tener que declararse culpable independientemente de si lo era o no.

En los tribunales menores circula un aire de frustración. Los acusados—ya sean de casos simples o más difíciles—que esperan durante semanas o incluso meses, tener “su día” en el tribunal se encuentran, en la realidad, que esa larga espera se convierte en unos pocos minutos confusos en los que juegan un rol menor—en lugar de ser los protagonistas estelares de sus asuntos. También se dan cuenta rápidamente que las sentencias no están relacionadas con la gravedad de los hechos, o los cargos, o los antecedentes penales o algún otro predictor similar. Pero la frustración no impacta solo en los imputados, como observa Feeley: “los funcionarios de los tribunales inferiores—jueces, fiscales y defensores públicos por igual—se sienten frustrados y menospreciados (...) formados para ejercer la abogacía, [pero] (...) confrontados con los tipos de problemas que enfrentan los trabajadores sociales” (1992: 4). La descripción de una justicia sucia, apresurada y poco majestuosa puede, incluso, desalentar y frustrar al lector estudiante de derecho que imagina una “justicia de película”.

A pesar de este tufillo de frustración y desgano, Feeley vuelve a dar un volantazo metodológico en sus observaciones y no se queda con lo que parece ser lo más obvio: una justicia que funciona mal. Lejos de esta mirada enfoca en la idea de “crisis” institucional, Feeley sostiene que a pesar de lo que parece ser un sistema mal preparado y con una mala performance en la práctica a la hora de impartir “algo” que se parezca o se asimile a la justicia, estos tribunales alcanzan una *justicia sustantiva*—aunque la *justicia procesal* a menudo parece estar ausente.

Feeley continua su introducción descartando las explicaciones más obvias de porqué los tribunales funcionan de esta manera: desde

la sobrecarga laboral y la falta de personal hasta la falta de profesionalización de los actores intervinientes. En este punto Feeley introduce dos de sus conceptos más importantes para la investigación socio-jurídica: “sistema abierto”⁴ y “grupo de trabajo del tribunal”. *The Process is the Punishment* presenta una descripción densa y microscópica del funcionamiento de los tribunales inferiores, pero no se queda allí. Esos tribunales participan o forman parte de lo que Feeley denomina un “sistema abierto” en el que las influencias ambientales dan forma al tribunal e impactan en el “grupo de trabajo”, que incluye a los actores principales del tribunal—jueces, abogados, acusados, fiadores judiciales, policía—pero también a los miembros secundarios o auxiliares—alguaciles, personal de los programas de reorientación. En este sentido, el proceso judicial, para Feeley, es el resultado de un “proceso complejo—el equilibrio de los intereses individuales y colectivos en el grupo de trabajo de los tribunales, con las limitaciones y objetivos de sus organizaciones patrocinadoras, y las influencias del medio ambiente” (1992: 21).

Otros de los puntos centrales que se adelantan en esta introducción es una fuerte crítica al debido proceso—en la diferenciación de la justicia sustantiva y la justicia procesal. Quienes hayan estudiado abogacía, sabrán que la idea de justicia que surge de la norma es una idea muy potente. Esa fuerza hace que muchos que realizan investigaciones socio-jurídicas se acerquen a los espacios judiciales en busca de ese tipo de justicia—y en el peor de los casos fuerzan su aparición para dar sentido a sus saberes aprendidos y lógicas preconcebidas de cómo debe funcionar la Justicia. Ese *debido proceso* como principio, pero también como un tipo de justicia que se expresa a través de los procedimientos justos, se pone en duda a cada página de *The Process is the Punishment*. Por el contrario, lo que aparece

⁴ Feeley sostiene que los tribunales, antes que como burocracias, funcionan como “mercados”. En este sentido, dirá que los tribunales inferiores son un sistema “abierto” antes que “cerrado”: la característica fundamental será que son descentralizados y están fragmentados. Un sistema abierto está “expuesto a continuas y no siempre predecibles influencias de su entorno” (Feeley, 1992: 19). Y con esta cuestión, Feeley es un observador atento: lo que “puede parecer patológico si se presenta por sí mismo puede empezar a verse normal” cuando se considera en su conjunto (1992: 122).

constantemente es un tipo de justicia sustantiva—impartida a través de los esfuerzos cooperativos de los fiscales y los abogados defensores. El extrañamiento permite a Feeley ver más allá de su educación y su formación. La justicia sustantiva es, por momentos, un tipo de justicia, pero en otras partes es un concepto general. Pero en otras circunstancias, no hay ni justicia procesal ni justicia sustantiva, sino que se desarrolla una *sensación de justicia*, cuando “ellos [los actores de los tribunales] crean una sensación de justicia compatible con su preocupación por la rapidez y la eficiencia” (Feeley, 1992: 283). Lo que en definitiva nos está diciendo Feeley es que las “protecciones procesales” son sólo una idea de justicia y sólo un camino hacia la justicia sustantiva.

La introducción concluye con un primer vistazo a la tesis principal del libro que es la que explica porqué “el proceso es el castigo”: cuando los acusados impugnan los cargos, las costas y costos comienzan a acumularse y el proceso se hace insostenible. Profundizaré sobre este punto más adelante.

En la segunda parte, luego de esta introducción general, encontramos, primero un rápido repaso de la historia de New Haven, sus tribunales y su departamento de policía—acompañada de una visión más general sobre el sistema de justicia en Connecticut. Para después continuar con una detallada descripción de los actores judiciales. Aquí Feeley desarrolla algunos presupuestos cruciales para la comprensión del funcionamiento de los tribunales inferiores. Comienza con los “actores principales”: los jueces y los abogados. La discusión en torno a los jueces y fiscales se centra en el patrocinio de los nombramientos—este factor es la variable clave para comprender los ciclos de rendimiento en el funcionamiento de los tribunales⁵. Por otro lado, la rotación de los jueces en las diferentes jurisdicciones, según Feeley, reduce la inversión en el funcionamiento eficiente de

⁵ Pues cuando los nombramientos se hacen a través del patrocinio, un buen rendimiento en el trabajo no provoca un resultado automático en la mantención u obtención del cargo, sino que se logra a través de un alto grado de azar.

cualquier tribunal, y da como resultado que los fiscales tengan más control sobre el funcionamiento del tribunal—ya que son actores más permanentes en cada sala.

Luego de la consideración detallada sobre los jueces, fiscales y abogados defensores, Feeley se enfoca en otro punto que se presenta con cierta originalidad en la investigación socio-jurídica de la época: la observación de los fiadores judiciales⁶. En este punto, nos damos cuenta que los agentes de fianzas son personajes cruciales para el aceitado funcionamiento de los tribunales. Los fiadores, por ejemplo, conocen la ubicación de las salas de los diferentes tribunales mejor que los acusados, pero incluso mejor que los abogados, por lo que ayudan a trasladar a unos y otros, y que los encuentros se generen en tiempo y forma. También fortalecen las relaciones personales entre ellos mismos y los jueces o entre jueces y abogados, realizando regalos y organizando fiestas. Por supuesto, que todos estos esfuerzos no son ni arbitrarios ni solidarios, ya que los jueces y abogados a menudo atenúan las pérdidas financieras de los fiadores cuando los imputados no comparecen. Por fuera de los tribunales, los comisionados de fianzas son un importante control de los niveles de fianza que establecen cotidianamente la policía, pero en la práctica son poco más que un costoso sello de goma, dada su constante deferencia a la actividad policial.

En la tercera parte, Feeley presenta dos diferentes conjuntos de análisis cuantitativos⁷ en un intento por determinar si los indicadores

⁶ Estos "actores de apoyo" son muchos más que los fiadores. Feeley nos hablará de los comisionados de fianza, los enlaces policiales, los oficinistas, los taquígrafos, los secretarios, los ayudantes, los investigadores privados, los alguaciles y los sheriffs.

⁷ Esta sección del libro, plantea ciertos problemas metodológicos, o quizás, podrían haber sido mejor aplicados. Feeley se involucra en dos análisis principales: uno que busca analizar si un acusado recibirá un *nolle* o se declarará culpable, y otro que analiza la severidad de la pena. Ambos análisis están basados en regresiones de mínimos cuadrados ordinarios—y es, en mi opinión, esta opción metodológica la que genera los problemas. En tanto, los dos análisis cuantitativos son análisis de variables categóricas, no correspondería que fueran modelados con este tipo de regresión. Aunque, entiendo, que Feeley ya sabe de estos problemas, pues señala brevemente que también realizó análisis de la varianza y aplicó algunos modelos log-lineales (que son más apropiados), pero explica que ambas técnicas producen—en gran medida—los mismos resultados (dichos resultados no los expone). Para profundizar en esta discusión revisar: Pruitt y Wilson (1983)—señalan un grave error de medición que puede surgir de las estrategias

comúnmente considerados claves en los resultados de los casos—tanto los de culpabilidad como los que obtienen otro resultado, y en los casos de culpabilidad, el porqué de la severidad de la pena—pueden ser comprobados empíricamente. En este punto, Feeley realiza otro importante avance metodológico. Hacia fines de la década del 70, realiza una investigación combinando métodos cualitativos y cuantitativos—algo que importantes investigadores de la criminología pedirán que hagan con más frecuencia los jóvenes investigadores hacia el siglo XXI (De Giorgi, 2007; Garland, 2017; Katz, 2019). Si bien la aplicación de los métodos cuantitativos en esta sección es perfectible—y quizás sea la parte más débil de la investigación—el intento vale en la obtención de ciertos datos. Así es que Feeley establece otra enseñanza para la futura investigación cuantitativa: los resultados nulos son, en muchos casos, altamente instructivos. Antes la obtención de resultados nulos (o negativos) el investigador no debería desalentarse y cambiar de camino (o pregunta), sino, quizás ajustar la interpretación. En caso de *The Process is the Punishment*, por ejemplo, los datos nulos frente a la variable racial en la determinación de la pena, importaron muchísimo a Feeley para buscar otras explicaciones menos obvias, para intentar comprender el porqué de la severidad de las sentencias.

Luego de esta parte de análisis cuantitativo, llegamos—quizás—al corazón de *The Process is the Punishment*. Esta parte del libro presenta sus observaciones etnográficas y las entrevistas que realizó a los diferentes actores que trabajan y circulan en los tribunales inferiores de New Haven. Feeley observa que los procesos judiciales se vuelven ininteligibles para los acusados. Esto se relaciona, según Feeley, con algo que describe con claridad: las determinaciones de la culpabilidad y las determinaciones de la pena, en lugar de considerarse por separado—como dictarían los procedimientos formales—en la práctica judicial se combinan. Y aun más, esas determinaciones

aplicadas por Feeley—y Daly (1987)—presenta una preocupación más general sobre los modelos lineales y aditivos en la medición de la toma de decisiones de los tribunales.

combinadas están impulsadas por algo parecido a un “plan de precios” que se conforma según el nivel de la sanción formal, lo que cambia el “valor” del caso.

Feeley sostiene que este “valor” del caso se ve afectado por varios factores: 1) la acusación inicial (160); 2) el carácter del acusado (162); 3) la actitud del demandante hacia el caso y la relación con el acusado (162-163); 4) los antecedentes criminales y las órdenes de detención pendientes (163); 5) el carácter del policía encargado de la detención (165); y 6) las presiones de las empresas para que se castiguen más severamente los delitos que les afectan (166). Luego de describir estos factores, Feeley hace una aclaración que es importante: ninguno de estos factores importa por sí mismos, sino que son “piezas” de información que deben ser “movilizadas” por los abogados y que pueden ser interpretadas y enmarcadas de diferentes maneras. Aquí Feeley señala otra importante línea de investigación y observación socio-jurídica: el “valor” de los casos no depende del peso de los hechos objetivos preexistentes, por el contrario, gira en torno a cómo se enmarcan las situaciones y personajes, qué cuestiones se plantean, cómo se plantean y cuáles se dejan sin articular, y finalmente, cómo se comportan los acusados después de ser arrestados. Ahora bien, el punto crucial en el establecimiento del valor del caso se “fabrica” a través de las interacciones entre el abogado defensor—o el acusado cuando no se tiene abogado defensor—y el fiscal. En este sentido, el valor del caso afecta a la oferta de declaración hecha por el fiscal. Todos los actores del “grupo de trabajo del tribunal” prefieren evitar los juicios y, por lo tanto, las negociaciones de las declaraciones de culpabilidad son la forma más común de resolver los casos. Feeley va un poco más allá, cuando explica que esas negociaciones de los cargos están también afectadas por el lugar que ocupa un caso específico en el flujo de casos y las relaciones entre los actores. ¿Qué significa esto? Pues bien, por ejemplo, si un fiscal fue “demasiado duro” con un abogado defensor en algún caso durante el día, puede hacia el final del mismo día (o al otro día), ser más indulgente sin tener en cuenta

los factores que hemos señalado que determinan el valor del caso y, por tanto, la oferta del fiscal.

El dato curioso que plantea esta cuestión tiene que ver con un “problema de comercialización” para los abogados defensores. Pues, ante la negociación de las declaraciones de culpabilidad y la falta de “apariencia” de adversidad, ¿cómo se puede convencer a las personas que llegan al tribunal de que necesitan un abogado defensor? Sumado a que casi nunca se celebran los juicios por jurado y, como observa Feeley, los acusados no representados no lo hacen mucho peor que los acusados representados. Feeley ensaya una respuesta a este problema: el abogado defensor compara las sentencias máximas teóricas para una serie de cargos, y luego “vende” al cliente una “ganga” que está obteniendo al evitar ese máximo. De esta forma, la comparación de la oferta negociada de la declaración con los máximos teóricos crea un *sentido adulador*—que en verdad es una falsedad—de lo que podría sucederle al acusado sin una representación.

Las últimas dos partes del libro contienen dos argumentos diferentes que se correlacionan. Los trataré juntos. En primer lugar, Feeley presenta su modelo de proceso previo al juicio. En este punto expone dos tipos de costos del proceso: los pecuniarios y los no pecuniarios. Aquí se desarrolla la demostración principal de la “pista del título”, el *por qué* el proceso es el castigo. Feeley realiza una detallada descripción de todos los costos que enfrenta un acusado cuando impugna los cargos que se le imputan: los costos de obtener un abogado, los costos de oportunidad de no ser representados, la pérdida de tiempo de trabajo por las detenciones preventivas, los costos causados por los aplazamientos, los costos por las comparecencias al tribunal—que a su vez aumenta el tiempo perdido en el trabajo, mayor estrés y honorarios de abogados. Si bien, los costos pecuniarios son contundentes, Feeley realiza una descripción minuciosa de los costos no pecuniarios: por ejemplo, cuando describe la confusión y la dificultad de tratar de encontrar un abogado mientras se está en la cárcel, especialmente cuando no se conoce a ningún

abogado personalmente. Estos gastos no pecuniarios se pagan con la moneda de la tensión, la contrariedad y la confusión (Earl, 2008).

Este conjunto tan importante de gastos, que aumentan exponencialmente mientras se continúa vinculado al sistema—impugnando los cargos, en lugar de declararse rápidamente culpable—es el que empuja a los acusados a elegir entre dos caminos: aceptan la negociación con el fiscal de su declaración de culpabilidad (sean culpables o inocentes), o salen en libertad bajo fianza y luego no comparecen a la primera audiencia (y pierden el dinero de la fianza). La firma de acuerdos de comparecencia y la libertad bajo fianza funcionan, según Feeley, como una “estructura informal de multas por delitos menores”. En este punto quisiera volver al paréntesis que propuse al principio de este texto. ¿Cuántas veces cuando realizamos una investigación socio-jurídica pensamos que el reforzamiento de las garantías del debido proceso puede ser altamente perjudiciales para los acusados por cargos menores que pertenecen a sectores populares o precarizados? ¿Cuántas veces dejamos de lado la lógica en que entendemos el proceso judicial, y de forma más general, la lógica clasemediera en que creemos que es correcto vivir y relacionarnos? ¿Cuántos de nosotros nos declararíamos culpables siendo inocentes porque es menos perjudicial a corto plazo?⁸ *The Process is the Punishment* nos muestra con claridad como esos derechos del debido proceso y las protecciones procesales llevan mucho tiempo, y eso aumenta los costos y vuelve insostenible el proceso para las personas de bajos ingresos que deciden declararse culpables para salirse del sistema—aun cuando estos derechos existen para garantizar que no se castigue a personas inocentes (*sic*).

El segundo argumento, generalmente eclipsado por el que indica el título de la obra, refiere a si el “mito del gran número de casos” (Feeley, 1992: 244) puede explicar porque la resolución de los casos

⁸ Aun más, deberíamos dejar en suspenso nuestras discusiones teóricas sobre modelos inquisitivos y adversariales, presuponiendo que en los segundos alcanzamos cierta igualdad material entre acusado y acusador. El trabajo cualitativo (en especial etnográfico) implica eso: observar, escuchar, sentir, saborear las escenas sin encuadrarlas en cierto conocimiento previo y preestablecido. En cierto punto se trata de desarrollar una estructura de sentimientos que sean empáticos con otras formas de vivir la vida.

esta basada en las negociaciones de culpabilidad y en una versión acelerada de la justicia. Feeley rehúye a esta explicación, la sobrecarga de trabajo del tribunal no conduce a las negociaciones de los cargos ni tampoco a una disminución general de la justicia. En esta parte final, presenta un argumento doble. En primer lugar, recupera la tesis sobre la justicia sustantiva, sugiriendo que la justicia procesal puede faltar incluso en un sistema justo. Una cuestión que destaca es la falta de la presunción de inocencia: “el proceso da por sentado que el acusado estuvo involucrado en el problema, e inmediatamente trata de determinar la magnitud del problema y la naturaleza de su responsabilidad como requisito para resolver el caso” (Feeley, 1992: 283-284). Aunque es importante señalar—como lo hicimos más arriba—que esto no indica que se ha abandonado la justicia en todos los sentidos. En segundo lugar, sostiene que si los jueces tuvieran menos casos, no utilizarían necesariamente ese tiempo para resolver más rápidamente los casos de su tribunal. Por el contrario, según su observación, los jueces con agendas más pequeñas mantienen el tribunal abierto durante menos horas del día, comenzando la jornada laboral más tarde, o bien terminándola más temprano, o permitiéndose descansos más prolongados.

Finalmente, Feeley resume su modelo de costos previos al juicio de la siguiente manera: “Debido a los costos de invocar muchas de estas opciones, estos nuevos derechos y oportunidades pueden funcionar en gran medida como símbolos vacíos de justicia o, en el mejor de los casos, como lujos o reservas a los que sólo se puede recurrir en casos grandes, intensos o particularmente difíciles” (1992: 290). Y luego cierra el libro discutiendo brevemente como podría plantearse una posible reforma, que reduzca la naturaleza punitiva del proceso: sugiere un sistema de multas que se apliquen ante delitos menores—que deberían ser reconfigurados como “transgresiones no penales”.

Uno de los temas centrales

Quienes se encuentren interesados en la construcción de un mapa topográfico de impacto de la obra que rastree las citas, pero también cómo se utilizan esas menciones en las investigaciones posteriores con mucha más profundidad y rigurosidad que la que voy a presentar seguidamente, deberían revisar el trabajo de Jennifer Earl (2008). En tanto, Earl organiza su trabajo en torno a una *topografía del impacto*, que se centra en un análisis empírico (y no normativo), lo que implica reflejar la forma en que se ha utilizado la obra y no la capacidad inherente de afectar un área disciplinar. Así es que resume primero las áreas de impacto sustancial y único, y luego revisando progresivamente los impactos menos sustanciales y/o menos específicos. En el presente ensayo me centraré tan sólo unos pocos trabajos de los más importantes que utilizaron uno de los temas centrales de *The Process is the Punishment*.

Por supuesto, ese argumento con el que vamos a trabajar será el de “la pista del título”: el proceso es el castigo. Esta cuestión se introduce con una importante innovación: una nueva forma de someterse a los procesos judiciales. Esa nueva forma se explica a través del *modelo de proceso previo al juicio*. El modelo sostiene que, en los tribunales inferiores, por un lado, la mayoría de los castigos que se imponen en última instancia se producen a través del proceso de interacción con la policía, antes que se establezca la culpabilidad o la inocencia, y por otro lado, los jueces no son los únicos, ni siquiera los actores principales que influyen en la cuantía de la pena, ya que los agentes de fianza y el fiscal desempeñan roles especialmente importante en la determinación del nivel de la pena. Este modelo de proceso previo al juicio tiene, al menos, dos consecuencias que describe Feeley: primero, si el proceso es lo que castiga, entonces los acusados *verdaderamente* inocentes y culpables son castigados junto con los demás a medida que avanza el proceso, y segundo, los menos castigados no son necesariamente los inocentes, sino más bien los que ponen en *cortocircuito* el proceso al declararse culpable antes de tiempo o los que simplemente no comparecen.

Este modelo de proceso previo al juicio, es comparado con otros dos modelos: el del debido proceso y el de negociación de los cargos. El contraste con el modelo del debido proceso es particularmente importante, ya que en esa comparación se revelan los argumentos centrales de Feeley: la justicia sustantiva se produce cuando—incluso porque—se ignoran en gran medida las protecciones procesales y porque prevalece la cooperación, en lugar del adversarialismo. Este punto es el que ha generado un mayor impacto en el campo de *Law & Society*, y ha sido recogido en investigaciones posteriores⁹.

Debemos decir que este argumento de Feeley se basa en un postulado anterior de Freed (1973) que denominó “índice de desequilibrio”, con el cual utilizando una serie de variables pretendió medir el grado en que la prisión preventiva se utilizó con mayor frecuencia que la prisión posterior al juicio. Las conclusiones de Freed son similares a las de Feeley: “la culpabilidad determinada en lugar de la inocencia presunta parece ofrecer un camino más probable para la liberación de la reclusión en Connecticut” (Freed, 1973: 27). La diferencia entre ellos esta en que Freed es más crítico con estos resultados que Feeley. En tanto, el primero considera que el desequilibrio es una falla al impartir justicia o una representación de la injusticia, el segundo sostiene que aun se puede impartir un tipo de justicia sustantiva—aunque falte la justicia procesal.

Algunas ramificaciones

Una de las aplicaciones más comunes de las conclusiones sobre la pena previa al juicio de *The Process is the Punishment*, es quizás, en la investigación sobre la disuasión. Aquí encontramos una serie de estudios que consideran que la “disuasión” debería considerar la detención en sí misma como un elemento disuasorio (Sampson, 1986)—especialmente en determinados entornos, como por ejemplo, en el policiamiento de los eventos de violencia doméstica (Manning, 1993).

⁹ Ver, por ejemplo: Wheeler (1983), Wheeler y Hissong (1988), Wundersitz y Naffine (1990) y Wu (1997).

Otro grupo de investigaciones en donde impacto esta tesis de Feeley, y quizás uno de los más interesantes, fue en aquellas investigaciones que discuten la “huella particular” que el castigo previo al juicio puede implicar para ciertos “subgrupos” de acusados. Como es de esperar, aquí los estudios se bifurcan en dos caminos bien diferenciados: aquellos que revisan el proceso como castigo para los imputados de “cuello blanco”, y los que lo hacen para los sectores marginales. Uno de los primeros trabajos del primer grupo es el de Mann, Wheeler y Sarat (1980), que junto con las posteriores investigaciones de Ericson (1991) y Weisburd, Waring y Chayet (1995), en resumidas cuentas, revisan la ansiedad y el estigma que sufren los acusados de cuello blanco cuando son imputados, y revisan casos particulares en los cuales el proceso se vuelve convierte en el castigo—por supuesto, estas conclusiones tienen muchas limitaciones, ya que el factor dinerario—como lo demuestra Feeley—es crucial para que el proceso sea el castigo o no. En el segundo grupo de trabajos, encontramos los estudios de Hagan (1992), Snider (1998) y Rothenberg (2002), los cuales anclando el análisis en una fuerte intervención de la clase social como variable determinante señalan la desigualdad exacerbadas por el uso del encarcelamiento previo al juicio, entre otros factores con efectos mucho más negativos del castigo previo para los acusados pobres.

Uno de estos efectos, altamente corrosivos, se desarrolla mejor en las investigaciones que han analizado las consecuencias de las *falsas* declaraciones de culpabilidad en los procesos que se basan en la negociación de los cargos. En este conjunto de literatura la tesis principal de *The Process is the Punishment* es donde puede tener mayor potencia—no solo en términos cualitativos, sino también cuantitativos. En una reseña de un libro¹⁰ sobre el funcionamiento de los testimonios de testigos oculares en juicios—que se publicó pocos años después del estudio de Malcolm Feeley—Weinstein (1981: 449) señala que si bien los problemas con las confesiones falsas son

¹⁰ Loftus, E.: *Eyewitness Testimony*, Cambridge: Harvard University Press, 1979.

importantes, se ven superados con creces por “lo que explica probablemente el mayor número de condenas falsas—las declaraciones de culpabilidad introducidas para evitar algunas de las cargas y riesgos de tratar con el sistema de justicia penal”. En la misma línea de investigación, otros estudios se han ocupado de las presiones sistemáticas para que las personas se declaren culpables (Bibas, 2004)—presiones que no son nada despreciables, incluso para que imputados inocentes acepten las declaraciones de culpabilidad que les ofrece el fiscal (Ulmer, 1994), incluso en delitos graves (Givelber, 1997).

En conclusión, el trabajo de Feeley explica que para los acusados es el costo del proceso, y no el resultado, lo que es primordial. Las sentencias suelen ser indulgentes, con pocas condenas largas de cárcel y frecuentes multas de 25 dólares o menos. Y a los acusados no les preocupa el estigma de la condena o las consecuencias a largo plazo de los antecedentes penales. Los costos de obtener una fianza, faltar al trabajo para asistir al tribunal y contratar un abogado son mucho más severos que la sentencia. Los acusados se declaran culpables porque les ahorra tiempo y dinero (o, algunos, prefieren no comparecer); los costos de hacer valer el derecho a un juicio y una apelación con las debidas garantías procesales superan con creces los beneficios potenciales. En el super-mercado, los acusados con una “compra de pocos productos” buscan reducir al mínimo el tiempo de espera en la cola de pago, y declararse culpable abre la “caja rápida”. El mensaje de Feeley es claro: una vez que uno se da cuenta del alto costo de invocar derechos, la existencia y el valor de esos derechos se ponen en duda. Feeley concluye con reflexiones sobre el ideal resolutorio y adversarial.

Referencias

- Bibas, S.: "Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial", *Harvard Law Review*, 117, 2004, 2463-547.
- Brogden, A.: "The Process is the Punishment", *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1982, 337-339.
- Daly, K.: "Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender, and the Problem of Equal Treatment", *Social Forces*, 66, 1987, 152-75.
- Daly, K. y Tonry, M.: "Gender, Race, and Sentencing", *Crime and Justice*, 22, 1997, 201-52.
- De Giorgi, A.: "Rethinking the Political Economy of Punishment", *Criminal Justice Matters*, 70 (1), 2007, 17-18.
- Earl, J.: "The Process is the Punishment: Thirty Years Later", *Law & Social Inquiry*, 33 (3), 2008, 737-778.
- Ericson, R.: "Mass Media, Crime, Law, and Justice: An Institutional Approach", *British Journal of Criminology*, 31, 1991, 219-49.
- Feeley, M.: *The Punishment is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage, 1992 [1979].
- Freed, D.: "The Imbalance Ratio", *Beyond Time*, 1, 1973, 25-34.
- Garland, D.: "Punishment and Welfare: Social Problems and Social Structures", en: Liebling, A., Maruna, S. y McAra, L. (eds.): *The Oxford Handbook of Criminology* (Sixth Edition), Oxford: Oxford University Press, 2017, 77-97.
- Givelber, D.: "Meaningless Acquittals, Meaningful Convictions: Do We Reliably Acquit the Innocent?", *Rutgers Law Review*, 49, 1997, 1317-96.
- Goodwin, J.: "How to Become a Dominant American Social Scientist: The Case of Theda Skocpol", *Contemporary Sociology*, 25, 1996, 293-295.
- Hagan, J.: "The Poverty of a Classless Criminology", *Criminology*, 30, 1992, 1-19.
- Katz, J.: "Hot Potato Criminology: Ethnographers and the Shame of Poor People's Crimes", *Annual Review of Criminology* 2, 2019, 21-52.

Mann, K., Wheeler, S. y Sarat, A.: "Sentencing the White-Collar Offender", *American Criminal Law Review*, 17, 1980, 479-500.

Manning, P.: "The Preventive Conceit", *American Behavioral Scientist*, 36, 1993, 639-350.

Morrill, C. y Mayo, K.: "Charting the 'Classics' in Law and Society", en: Sarat, A. y Ewick, P. (eds.): *The Handbook of Law and Society*, Oxford: Wiley Blackwell, 2015, 18-36.

Pruitt, C. y Wilson, J. Q.: "A Longitudinal Study of the Effect of Race on Sentencing", *Law & Society Review*, 17, 1983, 613-635.

Rothenberg, B.: "The Success of the Battered Woman Syndrome: An Analysis of How Cultural Arguments Succeed", *Sociological Forum*, 17, 2002, 81-103.

Sampson, R.: "Crime in Cities: The Effects of Formal and Informal Social Control", *Crime and Justice*, 8, 1986, 271-311.

Snider, L.: "Legal Aid Reform and the Welfare State", *Crime and Social Justice*, 24, 1985, 210-242.

Snider, L.: "Towards Safer Societies: Punishment, Masculinities and Violence Against Women", *British Journal of Criminology*, 38, 1998, 1-39.

Ulmer, J. T.: "Trial Judges in a Rural Court Community: Contexts, Organizational Relations, and Interaction Strategies", *Journal of Contemporary Ethnography* 23, 1994, 79-108.

Weinstein, J.: "Eyewitness Testimony", *Columbia Law Review*, 81, 1981, 441-457.

Wheeler, G.: "The Benefits of Legal Representation Misdemeanor Court", *Criminal Law Bulletin*, 19, 1983, 221-233.

Wheeler, G. y Hissong, R.: "A Survival Time Analysis of Criminal Sanctions for Misdemeanor Offenders: A Case for Alternatives to Incarceration", *Evaluation Review*, 12 (5), 1988, 510-527.

White, J.: "The Process is the Punishment", *Political Science Quarterly*, 95, 1980, 337-338.

Wu, B.: "The Effect of Race on Juvenile Justice Processing", *Juvenile & Family Court Journal*, 48, 1997, 43-51.

Wundersitz, J. y Naffine, N.: “Pre-Trial Negotiations in the Children’s Court”, *Australian and New Zealand Journal of Sociology*, 26, 1990, 329-350.

Zemans, F.: “The Process is the Punishment”, *Judicature*, 64, 1980, 44-47.

UN PRÓLOGO EN PERSPECTIVA PARA "EL PROCESO ES EL CASTIGO"

FOREWORD: "THE PROCESS IS THE
PUNISHMENT" IN PERSPECTIVE.

MALCOLM FEELEY
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

Es un honor encontrar que un libro publicado hace más de cuarenta años todavía tiene lectores, y es un honor aún mayor tener su capítulo central traducido y publicado en español (Feeley, 1979, 1992). Me siento especialmente halagado porque el proceso previo al juicio en los países latinoamericanos es tan marcadamente diferente del proceso en los países angloamericanos. Aun así, sospecho que el patrón que encontré para New Haven, Connecticut y otros lugares en la década de 1970, es útil en un grado considerable en los países de habla hispana. No puedo afirmar esto con total seguridad, pero espero que esta traducción estimule el interés en su tesis de que “el proceso es el castigo”, así como el interés en replicar partes del estudio en América Latina.

Para ser claros, *The Process is the Punishment* (Feeley, 1979) se centra en los delitos menores, en los delitos menos graves y no en los más graves. Los delitos menores constituyen más del noventa por ciento de todos los arrestos en los Estados Unidos, y conllevan una pena máxima de no más de un año de cárcel y una multa de 5.000 dólares. De hecho, sin embargo, suelen dar lugar a sentencias de diez a treinta días de cárcel y sólo raramente a más de seis meses, y a multas de 50 a 500 dólares. El título de mi libro viene de los hallazgos que aparecen en la parte del libro que es traducida y publicada en este número de *Cuestiones Criminales*. En mi investigación en los tribunales inferiores en la década de 1970, encontré patrones pronunciados para quienes son arrestados y acusados de delitos menores: 1) hay más acusados detenidos en la cárcel antes del juicio que los que son sentenciados a la cárcel después de la condena; 2) Los acusados se declaran regularmente culpables en la primera comparecencia para salir de la cárcel inmediatamente, sabiendo que no serán condenados a ningún tiempo de cárcel, pero que si se declaran no culpables puede que tengan que permanecer en la cárcel porque no pueden obtener la libertad bajo fianza rápidamente; 3) Los casos que no se resuelven en la lectura de cargos o en la primera comparecencia suelen conllevar múltiples aplazamientos y comparecencias repetidas, lo que aumenta rápidamente los inconvenientes y los costos de la declaración de inocencia; y 4) los detenidos que permanecen en prisión preventiva, pero que finalmente se declaran culpables son condenados a “tiempo cumplido”, y a menudo habrían recibido una condena de “tiempo cumplido” más corta si se hubieran declarado culpables antes. Finalmente, quiero hacer dos importantes observaciones. Los fiscales retiran o los jueces desestiman alrededor del cincuenta por ciento de todos los cargos directamente, ya sea en la lectura de cargos o después de una comparecencia más en el tribunal. Lo hacen a menudo porque piensan que la molestia ha sido un castigo suficiente para el acusado, o porque no están seguros de cuál de varias personas es culpable de

un delito, y en un caso insignificante, no quieren molestarse en averiguar la verdad. En cuanto a la negociación de la declaración de culpabilidad y los juicios, no pude determinar si los que insisten en declararse no culpables y van a juicio están sujetos a una “penalidad” por hacerlo, porque en mi muestra del cien por cien de 1600 casos en un período de tres meses, ni un solo caso fue a juicio. Esto podría explicarse, en parte, por el hecho de que uniformemente los abogados defensores y sus clientes creen que existe tal penalización.

En resumen, para un gran número de personas detenidas por delitos menores, la respuesta más fácil y menos costosa es intentar que se retiren los cargos desde el principio (y muchos lo hacen), pero si el fiscal insiste en el enjuiciamiento, el curso de menor resistencia es declararse culpable inmediatamente, de lo contrario los costos previos al juicio aumentarán rápidamente y llegarán a superar las sanciones posteriores al mismo (una aclaración: el término “después del juicio” es un nombre poco apropiado, ya que sólo un número muy pequeño, entre el dos y el tres por ciento de los arrestos por delitos menores van a juicio, y como he señalado anteriormente, ninguno en mi muestra de New Haven lo hizo).

A fin de ilustrar y comparar la magnitud de los costos previos y posteriores al juicio, elaboré un “índice de desequilibrio” y lo apliqué sistemáticamente a los casos de mi muestra. El índice está basado en el número de días de cárcel en espera de disposición, el costo de pagar la fianza, las horas de trabajo perdidas relacionadas con la reunión con un abogado o la comparecencia ante el tribunal, los costos de cuidado de los niños y similares. A continuación, contrasta estos costos con las sanciones impuestas después de la condena—longitudes de las sentencias, y cantidades de multas y honorarios. El “índice de desequilibrio” puede utilizarse para examinar casos individuales o para informar sobre casos en conjunto durante cualquier período de tiempo. Como el lector verá, los costos previos al juicio saturan los costos posteriores al juicio en los casos examinados aquí. Por supuesto que hay excepciones, y otras jurisdicciones pueden tener

balances diferentes. Aquí, lo que encontré es que a veces, la corte es dura con los delincuentes e impone sentencias sustanciales, por lo general porque son delincuentes crónicos, o se han enfrentado a una acusación de delito grave que se ha reducido a un delito menor. Y, un puñado de arrestados están dispuestos a hacer todo lo posible para evitar los registros de antecedentes penales. A menudo son estudiantes universitarios o que van a la universidad y temen que una condena penal les niegue la oportunidad de un trabajo, una licencia profesional o disminuya sus posibilidades de ser aceptados en una universidad o en el ejército. En mi muestra no hubo juicios, y la mayoría de esos detenidos se libraron de una condena a través de un programa de reorientación antes del juicio o pagando una multa sin necesidad de alegar el cambio.

Sin embargo, la abrumadora cantidad de detenidos sabía que era más probable que perdieran sus trabajos no porque tuvieran una condena por un delito menor, sino porque no podían presentarse a trabajar porque estaban en la cárcel, o tenían que tomarse tiempo libre adicional para presentarse en el tribunal o reunirse con sus abogados repetidamente. Parecen saber intuitivamente lo que los investigadores en ciencias sociales han encontrado consistentemente; la mayoría de los empleadores están más preocupados por la confiabilidad—presentarse en el trabajo a tiempo—que por una condena por una pequeña ofensa. Además, los empleadores, como la mayoría de las personas en general, no suelen hacer la distinción entre ser arrestados y luego hacer que se retiren los cargos, y ser arrestados y condenados. En vista de ello, los detenidos tratan de reducir al mínimo los costos previos al juicio declarándose culpables lo antes posible una vez que comprueban que el fiscal no retirará los cargos. Como el lector verá, hay más opciones que esta, pero este resumen capta la dinámica esencial del proceso.

Lo que encontré en New Haven y en otros lugares de los Estados Unidos en la década de 1970, se mantiene para la década del 2020 también. Desde entonces he preguntado con regularidad sobre la

tramitación de los casos de delitos menores y he comprobado sistemáticamente que los costos previos al juicio superan los costos posteriores a la condena. No siempre y no en todas partes. Pero consistentemente en casi todos los lugares en los que he preguntado. Sin embargo, lo que es diferente en el decenio de 2020 es que las repetidas guerras contra la delincuencia y las guerras contra las drogas han aumentado los costos, especialmente para los imputados negros. Las sentencias, incluso en los casos de delitos menores, son en general más severas—mayores sentencias y mayores multas—que en los decenios de 1970 y 1980, pero también lo son los costos de la prisión preventiva—mayor duración de la prisión preventiva antes de la puesta en libertad, mayores cantidades de fianzas, más reuniones con defensores públicos, más aplazamientos y comparecencias ante el tribunal—y, desde el decenio de 1990, un nuevo y creciente surtido de honorarios por los “servicios” de los tribunales que deben pagar tanto los que abandonan los casos como los que son condenados.

Por último, tengo informes de los jueces de los tribunales que se ocupan de los delitos menores. Cada verano durante los últimos treinta y cinco años, he enseñado un curso corto de una o dos semanas para los jueces de los tribunales estatales de todo Estados Unidos, y a menudo les hago leer la sección de mi libro reproducida en la presente revista. Siempre informan que mi descripción del proceso como castigo también es válida para sus tribunales. Por supuesto que hay variaciones y diferencias, pero el patrón general que encontré es consistente con su experiencia e impresiones.

Una pregunta obvia: ¿Qué dio lugar a esta práctica similar a la de *Alicia en el País de las Maravillas*, primero el castigo, y luego el juicio, por así decirlo? Una segunda pregunta, ¿por qué continúa? Y aún una tercera, ¿qué se puede hacer para reducir o eliminar esta aparente inversión de la justicia? Las respuestas a estas preguntas no son ni obvias ni fáciles. Los resumo aquí, insto al lector a que preste mucha atención a lo que digo en el capítulo siguiente, y los remito a los últimos capítulos del libro también.

Volviendo a la primera pregunta, por qué el desequilibrio entre los costes previos al juicio y los posteriores a la condena. En resumen, la respuesta está en la complejidad de la maquinaria de la justicia. A primera vista, un arresto por parte de un oficial de policía y una *acusación* penal es grave y merece una respuesta deliberada; queremos que la justicia sea justa y que se actúe con lentitud y cautela. Además, hay un problema de coordinación. El proceso contradictorio angloamericano está anclado en una división del trabajo y una separación de poderes; el juez y el fiscal pertenecen a diferentes ramas del gobierno y son, al menos en teoría, independientes el uno del otro. La autoridad está aún más fragmentada; la policía también es una entidad separada. Y los abogados defensores, incluso los defensores públicos asalariados por el Estado son independientes. Nadie está realmente a cargo de este proceso, por lo que se requiere un acto significativo de energía institucional para que todos estos actores estén en el mismo lugar y se concentren en el mismo tema al mismo tiempo. La coordinación, aparentemente sencilla, de estos actos requiere tiempo y recursos, que son escasos en los sistemas de justicia penal de todo el mundo. Y una coordinación laxa aumenta el tiempo de espera y los costes de la prisión preventiva, especialmente si los detenidos están en prisión preventiva. Incluso con los mejores esfuerzos, la coordinación falla; el oficial que realiza el arresto puede no comparecer, o el abogado defensor puede estar atado en una audiencia prolongada en otra sala, o el fiscal o el abogado defensor no han podido conectarse con un testigo clave, o alguien ha descuidado el transporte del acusado de la cárcel al tribunal, o no se ha recibido una notificación prometida de libertad condicional, y así sucesivamente. Además, es posible que algunos o todos los participantes no hayan leído el expediente y vengan preparados. Por lo tanto, los casos se aplazan y se vuelven a aplazar, y los costos previos al juicio para el acusado se multiplican, mucho más rápido si el acusado permanece detenido, pero incluso bajo fianza, por falta de trabajo y cosas así. Incluso cuando la coordinación funciona sin

problemas y todas las partes pertinentes se reúnen según lo previsto, es muy probable que una de ellas no esté preparada, o que comunique la necesidad de obtener más información.

Un ejemplo. Cada semestre, llevo a mis estudiantes a visitar el tribunal penal local. Entran en la sala del tribunal esperando escuchar a fiscales dramáticos, abogados defensores elocuentes, o por lo menos un extenso coloquio entre el juez y el fiscal y el abogado defensor sobre las condiciones y las razones de la declaración de culpabilidad. O bien, esperan oír a un juez explicar con más detalle los motivos de una sentencia que está imponiendo, o una razón para seleccionar la cantidad concreta de la fianza. De hecho, lo que mis alumnos encuentran es un proceso desconcertante y acelerado que no pueden comprender, aunque salen reconociendo que la acción más frecuente en la sala del tribunal es una moción para conceder un “aplazamiento” porque uno de los actores principales no está presente o alguien no está preparado. Uno puede entrar prácticamente en cualquier tribunal de los Estados Unidos, y tal vez del mundo, y encontrar que las mociones de *aplazamiento* son, con mucho, las mociones más frecuentes—y casi siempre concedidas—en el tribunal. Tal vez no en todos los tribunales todos los días, pero en conjunto en todos los tribunales todos los días.

Este fenómeno se ha acelerado en los Estados Unidos en los últimos cien años. El país se ha vuelto más civilizado y el proceso penal es más deliberado y tal vez más justo. Ciertamente hay más salvaguardias formales para los acusados. La revolución del debido proceso penal de mediados del siglo XX ha ampliado drásticamente los derechos de los acusados. Los acusados de delitos, incluso menores, tienen ahora derecho a un abogado de oficio si no pueden permitirse contratarlo. Para la persona acusada de delitos graves, esto tiene beneficios obvios. Por poner un solo ejemplo. El número de personas declaradas culpables de delitos punibles con la pena capital y condenadas a muerte ha caído en picada en los últimos setenta y cinco años. Esto no se debe a la disminución de los delitos castigados

con la pena de muerte. De hecho, se ha producido el fenómeno contrario; a lo largo de los decenios de 1970 y 1980, las tasas de homicidio se dispararon, incluso cuando el número de delincuentes condenados a muerte se desplomó. Lo que explica la disminución es el espectacular aumento de las garantías procesales vinculadas a las causas de pena capital y el aumento de la disponibilidad de recursos para invocarlas. Ahora, incluso después de la condena y la sentencia, los delincuentes sentenciados a muerte pueden esperar décadas hasta que se haga un juicio “final” de su sentencia. Durante el largo proceso de revisión tras revisión, se anulan muchas condenas, se reducen las sentencias a cadena perpetua o los delincuentes fallecen de muerte natural bajo custodia. El debido proceso ha tenido el efecto de casi detener las ejecuciones. También ha tenido efectos mucho menores, pero no por ello menos importantes, en casos de delitos menos graves, algunos de los cuales son casi invisibles y contrarios a la intuición.

La importancia y las diferencias en estos dos tipos extremos de casos son obvias. En los casos de pena de muerte, todos los observadores informados están de acuerdo en que tiene sentido dedicarse a la búsqueda de una justicia perfecta (o casi perfecta). La muerte es diferente. Los errores pueden ser letales. Sin embargo, la búsqueda de la justicia perfecta puede ser contraproducente en otros tipos de casos. No dudo en decir que vale la pena que un condenado espere en la cárcel durante años mientras se revisan y vuelven a revisar los debates sobre la imparcialidad de su juicio. Sin embargo, creo que sería aún más beneficioso que se dispusiera de estos recursos desde el principio para evitar tanto error y capricho en primer lugar. Por supuesto, la solución preferible sería evitar por completo este giro de la ruleta de la muerte mediante la abolición de la pena de muerte.

Pero los costos y las demoras adquieren una importancia totalmente diferente en los casos de delitos menores, especialmente si el acusado se encuentra en prisión preventiva, donde la sentencia es mucho menos trascendental. Aquí la velocidad y la finalidad del

proceso cuentan mucho, ya que como he demostrado, los costos del proceso previo al juicio pueden llegar a superar rápidamente los costos posteriores a la condena.

Esto sugiere que el sistema de justicia penal estadounidense se enfrenta a un desafío institucional. Ha adoptado un sistema de justicia penal de "talla única", cuando en realidad una talla única no funciona bien para todos. La búsqueda de la justicia perfecta no puede funcionar igual de bien para todos, y especialmente para los acusados de delitos menores. Sin embargo, en los Estados Unidos hemos desarrollado el mismo conjunto de derechos y garantías que se aplican casi por igual a los acusados de los delitos más atroces y a los acusados de casi todos los delitos menores. Por ejemplo, el conjunto de derechos al juicio por jurado está disponible para los que se cambiaron con los delitos más graves también está disponible para los que se cambiaron con todos los delitos menores excepto los más triviales, incluyendo algunas violaciones de tráfico en algunos lugares. Pero, sólo en los Estados Unidos. En Gran Bretaña, madre patria del derecho a juicio con jurado, ya no se dispone de juicios con jurado en las causas civiles. Tampoco se han permitido nunca en los casos de delitos menores que se ventilan en los tribunales de magistrados, los tribunales que se ocupan de más del noventa por ciento de todos los casos penales. Esto contrasta mucho con la práctica estadounidense. Lo que es válido para el derecho a los juicios con jurado lo es también para otros derechos.

Esta expansión de los derechos a lo largo del siglo XX ha transformado el proceso penal. A primera vista, parece un "bien" obvio. Ciertamente para los acusados de delitos graves, los resultados, aunque no son tan transformadores como muchos esperaban, en su conjunto han demostrado ser beneficiosos. Sin embargo, para los acusados de delitos menores, los beneficios no son tan claros. Las protecciones obviamente han aumentado, y el error y el sesgo de rango pueden haberse reducido, aunque esto está lejos de ser cierto.

Sin embargo, lo que está claro es que el precio de la justicia ha aumentado, y en particular las costas previas al juicio.

Una característica de un derecho es que se puede renunciar a él, por lo que a la revolución del debido proceso le siguió una revolución de la advertencia y la renuncia. Una persona acusada de un delito no está obligada a obtener un abogado, ni a presentar mociones para suprimir pruebas, ni a llamar testigos ni a confrontar a su acusador, ni a permanecer en silencio ni a tener un juicio con jurado. Los derechos, por definición, son beneficios que pueden ser rechazados. Y, como hemos visto, lo son, regularmente, de hecho siempre con respecto al derecho a juicio, en la muestra de casos que examino aquí.

Los derechos también pueden emplearse *contra* los acusados. Los fiscales pueden anunciar: por supuesto que tienes derecho a la fianza y a impugnar el importe de la misma, pero me opondré a ti y ganaré, y te quedarás en la cárcel aún más tiempo hasta que yo me ocupe de tu caso. O, puedes declararte culpable ahora. O, por supuesto, tiene derecho a un juicio con jurado, pero si ejerce este derecho, presentaré las fotografías ensangrentadas de las lesiones de su víctima a los jurados y pediré la sentencia máxima. A medida que proliferan los derechos de los acusados, también lo hacen los poderes de los fiscales para utilizarlos en su beneficio. El precio de la justicia perfecta es, bueno... comprada a un precio.

Esto no quiere decir que el crecimiento de los derechos a las garantías procesales penales no haya valido la pena en los Estados Unidos. Como sugerí anteriormente, ciertamente, creo que sería lo contrario. Lo que quiero decir es que en el proceso penal, las cosas rara vez son lo que parecen. Los cambios en el diseño institucional en un sistema acusatorio caprichoso tienen todo tipo de consecuencias imprevistas. De hecho, tanto, que ya no deberíamos considerarlo como “inesperado”. Una consecuencia es que, si bien los derechos destinados a beneficiar a los acusados penales han tenido algunos beneficios obvios para algunos tipos de acusados penales en algunos tipos de casos, también han proporcionado nuevos recursos

importantes para los fiscales que también pueden utilizarlos en beneficio propio.

Por supuesto, el diseño institucional es sólo uno de los factores que complica nuestra comprensión del funcionamiento del proceso penal. Hay otras dos características que también se perfilan con fuerza. Una de ellas es la larga *guerra contra el crimen*, que en parte fue una respuesta al enorme aumento de los delitos graves en los Estados Unidos en los decenios de 1970 y 1980, y que dio lugar a llamamientos generalizados en favor de un enjuiciamiento más enérgico de los cargos penales y de sentencias mucho más severas. Esto transformó el panorama de la administración de la justicia penal en los Estados Unidos en la última parte del siglo XX, que continúa hasta la década de 2020. Además, la *guerra contra el crimen* se combinó con la *guerra contra las drogas* y un racismo antiguo y omnipresente.

La combinación de estos tres factores ha tenido un efecto tóxico en la administración de la justicia penal en los Estados Unidos. Ha afectado la forma en que se manejan los delitos más graves hasta las multas de tráfico. Por ejemplo, en la ciudad de Nueva York, durante una campaña contra los delitos contra la calidad de vida, el número de arrestos por delitos menores (la mayoría de ellos por delitos menos graves) se quintuplicó, mientras que la proporción de hispanos y negros arrestados aumentó de menos del 50% al 87% (Kohler-Hausmann, 2018). Durante este mismo período, el número de delitos graves arrestados se redujo drásticamente, y el número de arrestos por delitos menores aumentó drásticamente, pero el número de casos de delitos menores que dieron lugar a condenas cayó precipitadamente tanto en proporciones como en números reales. Aunque la gran mayoría de los acusados de delitos menores nunca fueron condenados, la policía y los fiscales consideraron que su detención preventiva y las molestias de pagar la fianza y acudir a los tribunales repetidamente eran un castigo suficiente. Los costos aquí eran mucho mayores que en New Haven, pero proporcionalmente la misma dinámica se desarrolló—con costos más altos en ambos lados de la

ecuación. De hecho, se pensaba que la molestia de un gran número de detenciones, incluso sin condenas, era un importante factor disuasorio de los delitos graves, y una forma de descubrir a los pequeños delincuentes e identificar al ocasional delincuente de gravedad (Kohler-Hausmann, 2018). Por lo tanto, aquí también, el proceso fue el castigo.

Durante este mismo período de creciente dureza, hubo todavía otros esfuerzos benignos hacia el cambio. Los programas de reforma de fianzas crecieron a pasos agigantados; se desarrollaron para reducir los costos de la libertad previa al juicio o para evitarlos por completo mediante la liberación bajo promesa de comparecencia (PDC). Los programas de reorientación antes del juicio florecieron; fueron diseñados para dirigir a los acusados de delitos de bajo nivel a alternativas no punitivas que no llevan a la cárcel o a la condena. Los tribunales comunitarios fueron adoptados para tratar ampliamente las cuestiones sociales “reales” y no sólo las cuestiones jurídicas restringidas, y han crecido a pasos agigantados. Y se desarrollaron los servicios comunitarios y la vigilancia electrónica como alternativas tanto a la prisión preventiva como a las penas privativas de la libertad. En su mayor parte, estas y otras reformas similares se dirigieron a los acusados de delitos menores en un esfuerzo por tratarlos con más indulgencia y, en algunos casos, para ampliar las oportunidades de salir del proceso penal sin antecedentes de condena.

Ninguno de estos programas aparentemente buenos ha logrado su objetivo de forma inequívoca. De hecho, probablemente han hecho lo contrario (Feeley, 1983, 2018). La razón, en gran parte, es porque estos programas fueron cooptados por los fiscales para perseguir otros objetivos. Por lo general, los fiscales tienen voz y voto en la participación de estos programas, y en su mayoría utilizan esta nueva autoridad para ampliar la red de control social. Las “oportunidades” se imponen a personas que de otro modo no habrían estado en prisión preventiva, habrían visto desestimados sus casos de inmediato o, de haber sido condenadas, habrían sido

sentenciadas a una libertad condicional directa. Por lo tanto, estas reformas y las aspiraciones de sus diseñadores, junto con otras innovaciones descritas anteriormente, establecidas con las mejores intenciones, han sido de hecho socavadas o neutralizadas. Lo que se mantuvo en los años 70 y 80, también se mantiene en los años 2000.

Por lo tanto, el método para identificar la relación de desequilibrio que utilicé en el decenio de 1970 me parece igualmente útil y válido en el decenio de 2020. Aunque muchas cosas han cambiado, se trata de los mismos conjuntos de costos y siguen siendo útiles para la agregación y el equilibrio. A pesar de los altibajos, en la década de 2020 lo que está en juego a ambos lados de la ecuación es mayor, y más personas están sujetas a arrestos por delitos menores que en la década de 1970. Y, a pesar de la práctica continuada de disminuir y reducir muchos cambios en los delitos menores, la proporción de desequilibrio es tan grande o mayor que en el decenio de 1970. El racismo en el proceso penal es probablemente tan grande, si no mayor (excepto quizás en el Sur Profundo y algunas otras regiones del país) de lo que ha sido en los últimos setenta y cinco años más o menos. Ahora, el sistema de justicia penal dispone de una mayor gama de tecnologías, programas y alternativas diseñadas para ayudar a los acusados de delitos menores. Sin embargo, muchos de ellos se han utilizado para aumentar los costos previos al juicio, incluso cuando se promueven como beneficios. Por lo tanto, la balanza sigue estando a favor de los costes previos al juicio. No sé cómo se desarrollaría esto en los países sudamericanos ahora o históricamente. Sin embargo, espero que sea una pregunta que algunos lectores traten de responder.

Quiero pasar a una cuestión más, que debería ayudar a actualizar el proceso es el castigo en una perspectiva aún más amplia. Mi estudio de 1979 es algo así como una *instantánea* de cómo eran los tribunales inferiores a mediados de la década de 1970. Es un retrato estático de un tiempo y lugar particular. Aun así, en la elaboración anterior, traté de fusionar esta instantánea con los relatos de los acontecimientos

desde entonces, en un esfuerzo por desarrollar algo así como una película que revele los acontecimientos a lo largo del tiempo. Aunque esta película es incompleta y no describe un desarrollo continuo, examina en profundidad las nuevas instituciones y tecnologías que se han introducido, y encuentra una continuidad considerable: la relación de desequilibrio, al menos en este tratamiento ciertamente superficial, no ha cambiado, o si lo hizo probablemente en la dirección de un aumento de los costos previos al juicio.

Ahora quiero impulsar una película aún más amplia. Arriba, he avanzado desde el decenio de 1970; ahora quiero mirar hacia atrás, para comparar mi instantánea de los tribunales inferiores en el decenio de 1970 y mis bosquejos de la evolución desde entonces, con breves relatos de las prácticas en una época anterior, la gran mitad del siglo XX, aproximadamente de 1920 a 1970. Durante este largo período, el sistema de justicia penal estadounidense experimentó una serie de cambios dramáticos, incluyendo las formas en que se manejaban los cargos por delitos menores. Es este último cambio en el que quiero centrarme aquí. Siguiendo la práctica inglesa y a lo largo de la historia estadounidense, los tribunales coloniales y luego los tribunales estatales estadounidenses operaban un sistema bifurcado de tribunales de primera instancia. Durante siglos y hasta hoy, Gran Bretaña ha tenido un sistema judicial de dos niveles, “tribunales de magistrados” que tienen jurisdicción sobre los delitos menores y los muchos pero menos consecuentes asuntos civiles, y “tribunales de la corona” que se ocupan de los muchos menos casos de delitos graves y de los menos pero más graves asuntos civiles. Históricamente y aún hoy en día en la mayoría de los lugares de Gran Bretaña, los tribunales de magistrados han sido atendidos en las zonas rurales, pueblos y la mayoría de las ciudades por jueces de paz o magistrados no abogados a tiempo parcial. En las ciudades más grandes, han sido atendidos por una combinación de magistrados no abogados y magistrados con formación jurídica. El mismo proceso judicial bifurcado operó en las colonias norteamericanas y en los estados hasta bien entrado el siglo

XX. Tribunales de nivel inferior—tribunales de justicia de paz, tribunales municipales, tribunales de jurisdicción ordinaria y en algunas ciudades más grandes tribunales de policía—tribunales dirigidos por agentes de policía en precintos. Poco a poco, alrededor de 1920, estos tribunales de nivel inferior comenzaron a ser “mejorados”, los jueces no abogados fueron reemplazados por jueces capacitados en derecho, la compensación pasó de los honorarios cobrados a los salarios, los jueces a tiempo parcial fueron reemplazados por jueces a tiempo completo, y así sucesivamente. En las grandes ciudades, primero en la costa este y en el medio oeste, y luego en todo el país (con el sur rezagado), los jueces no abogados, los jueces de los tribunales municipales y los tribunales policiales comenzaron a ser reemplazados por jueces asalariados a tiempo completo, formados en derecho. Estos cambios hicieron que los tribunales de primera instancia se parecieran más a los tribunales superiores. Una vez en marcha, el impulso se alimentó de sí mismo, y el movimiento para la unificación de los tribunales obtuvo un amplio apoyo entre la profesión jurídica y los movimientos del Buen Gobierno. En el decenio de 1970, fui testigo de la absorción de los tribunales inferiores de Connecticut de Peticiones Comunes en los tribunales superiores para formar un único tribunal unificado de jurisdicción general. Lo que presencié en New Haven en el decenio de 1970 había tenido lugar en diferentes momentos y de diferentes maneras en todos los Estados Unidos durante los cincuenta años anteriores, y continuó hasta que en el decenio de 1990 la “unificación” estaba casi completa en los cincuenta estados.

Esta transformación es significativa. No sólo reemplazó a los jueces a tiempo parcial y a menudo no abogados con jueces formados en leyes a tiempo completo. Por supuesto, muchos estados siguen teniendo tribunales locales de justicia de paz a tiempo parcial, muchos de los cuales están integrados por magistrados sin formación jurídica, pero el alcance de su jurisdicción se ha reducido, ya que pasan a los tribunales con formación jurídica a todos los posibles detenidos en

prisión. Esta modernización de los tribunales comenzó justo cuando la revolución del debido proceso penal estaba cobrando impulso. Cuando se vio obligado a examinar el funcionamiento de los tribunales penales de los Estados Unidos en los decenios de 1920 y 1930, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, muchos colegios de abogados estatales, comisiones independientes y legislaturas estatales llegaron a la misma conclusión. El sistema de justicia penal de los Estados Unidos cuenta con personal carente de cualificación y capacitación, está anclado en el clientelismo político, y está aferrado al secreto y al amiguismo, y en algunas regiones del país está corrompido por un racismo sádico y generalizado. La respuesta es casi unánime: más profesionalidad, más supervisión, más transparencia, más financiación, más protección y más proceso. Y en cierta medida, durante un período de unos cincuenta años, desde los años veinte hasta los setenta, estos objetivos se cumplieron. Pero, ¿realmente mejoraron las cosas?

El consenso abrumador es que sí, las cosas mejoraron mucho, en particular en el Sur, en los casos de acusaciones por motivos raciales y en los casos de acusaciones por delitos graves. Sin embargo, estas mejoras son motivo de una celebración limitada. Un observador muy cuidadoso le da al actual sistema de justicia penal estadounidense una calificación de fracaso, aunque a menudo por una variedad de razones diferentes. Algunas de las razones: tratamiento arbitrario y caprichoso continuado, descuido y errores, demoras, sentencias duras, racismo persistente, fiscales con mano dura, defensores públicos sobrecargados de trabajo, libertad condicional con fondos insuficientes, etc. De hecho, las condiciones actuales son tan malas que algunos observadores prominentes han llegado a la conclusión de que la revolución del debido proceso ha empeorado mucho las cosas (Bibas, 2012; Stuntz, 2011).

En cualquier caso, los cambios procesales e institucionales en los tribunales que se ocupan de los delitos menores fueron especialmente dramáticos y de gran alcance. Históricamente en la pequeña ciudad

estadounidense, los arrestados por delitos menores podían ser llevados directamente a un juez local casi inmediatamente y a toda hora, o si no en seguida, el día después del arresto, y hacer que sus casos fueran escuchados y resueltos en una sola audiencia. En las ciudades, los tribunales de policía celebraban regularmente sesiones por la noche y los fines de semana, de modo que los detenidos podían ser llevados allí, recibir una audiencia inmediata y esperar que el asunto se resolviera. En ambos lugares, el oficial que realizó el arresto y tal vez algunos testigos que había traído aparecieron inmediatamente ante un juez de paz o un magistrado de la policía. La audiencia sería un breve asunto inquisitivo, con el oficial de policía actuando como fiscal, sin abogado defensor, y con el magistrado haciendo el interrogatorio. La justicia dura era rápida y en su mayor parte indulgente; los casos más graves se sometían a los tribunales de instrucción. En una época de comunidades más pequeñas y movilidad, una alta proporción de acusados y acusadores se conocían entre sí, y tal vez también los oficiales de la detención y los jueces. A menudo se hizo evidente que el conflicto surgía entre personas que se conocían entre sí y tal vez fue el último episodio de una disputa persistente. Si es así, el juez podría amonestar a ambas partes para que arreglen las cosas, imponer una pequeña cuota por los servicios de la corte y desestimar los cargos. O, si el caso involucraba a un extraño, el juez podría ordenar que la persona se fuera de la ciudad. Muchos casos se resolvieron con una audiencia judicial, una insistencia de restitución y la retirada de los cargos. Otros fueron resueltos por un reconocimiento de culpabilidad, una pequeña multa o unos pocos días de cárcel. Lo que todos tenían en común era que se trataba de audiencias sumarias informales en un tribunal que no constaba en acta, y que estaban presididas por un juez, que se complementaba con un secretario, un fiscal y un abogado defensor. La justicia sumaria tenía la ventaja de la rapidez, y esto, como hemos visto, cuenta mucho. Pero, por supuesto, las cosas no siempre fueron tan claras; el racismo, el favoritismo, la corrupción eran parte integral del proceso,

más frecuentes en algunos lugares que en otros, pero presentes en todas partes. Ocasionalmente había complicaciones; el acusado se negaba a declararse culpable, la naturaleza y el alcance de las lesiones y los daños no estaban claros o eran demasiado graves, o desaparecía un testigo clave, en cuyo caso el asunto se retenía o se remitía a otro tribunal, y el acusado quedaba bajo la custodia del carcelero o era puesto en libertad bajo fianza, a menudo determinada por la cantidad que tenía en el bolsillo en ese momento.

La racionalización del proceso exacerbó muchos de los problemas que se suponía que debía resolver. Una vez que los abogados entraron en escena, como fiscales y abogados defensores, la simple justicia sustantiva orquestada por el juez se transformó en un proceso legal racional y contencioso. La formalidad condujo a una mayor deliberación, la mayor deliberación condujo a retrasos, los retrasos condujeron a los fiadores y abogados. Los abogados tenían que reunirse para negociar, y los abogados ocupados no siempre encontraban tiempo para reunirse, por lo que había más retraso. Los abogados defensores a menudo tenían que esperar al Sr. Green, un testigo clave, y así sucesivamente. Como señala con nostalgia Lon Fuller (2002), el principio de legalidad se alimenta de sí mismo; la legalidad genera aún más legalidad hasta que una relación se define minuciosamente por la ley y el procedimiento. Tal fue el desarrollo de los tribunales de delitos menores en los Estados Unidos a mediados del siglo XX. Se perdió al menos un beneficio de este progreso, la rápida justicia sustantiva. Aunque no puedo ofrecer un balance de los costos y beneficios asociados a esta transformación, muchos observadores reflexivos piensan que, a fin de cuentas, el sistema no ha mejorado (Bibas, 2011; Braithwaite, 1998; Stuntz, 2012).

The Process is the Punishment describe las tensiones entre la búsqueda de una justicia sustantiva rápida y los imperativos de un orden jurídico racional más deliberado. Las tensiones tiran en varias direcciones. Algunos observadores quieren volver a lo que consideran los buenos viejos tiempos, de una justicia sumaria rudimentaria

dictada por jueces proactivos (Bibas, 2011; Stuntz, 2012). Por un lado, los fiscales y los abogados defensores quieren ser “abogados” y ejercer su profesión, pero ven el valor de abordar problemas como los trabajadores sociales y hacer justicia sustantiva en bruto. Sin embargo, no toda la comprensión de la justicia sustantiva es igual o compasiva. El amor severo puede llevar a un acusado a la cárcel. O lo que un fiscal podría considerar como un “viejo e inofensivo borracho” que necesita tratamiento, otro podría verlo como un “bastardo intratable sin virtudes redentoras”, y un juez podría pensar que un reincidente crónico necesita una dura lección, mientras que otro se encoge de hombros y piensa que debemos sonreír y soportarlo. O bien, dos personas pueden ver la difícil situación de una víctima de manera muy diferente. En una audiencia informal, pero de ritmo rápido, a principios del siglo XX, los jueces dominaron a menudo el proceso, extrayendo información del agente encargado de la detención, del acusado y de cualquier víctima que pudiera haberse traído, se formaron rápidamente una impresión de la situación y dictaron un fallo inmediato.

En el decenio de 1970 en New Haven, y ciertamente en el decenio de 2020, tanto el juez como el acusado, así como los testigos, son en gran medida marginales, cediendo la autoridad a los fiscales que negocian con los abogados defensores; dominan la sala del tribunal, insistiendo en la cuantía de la fianza, resumiendo los cargos y las pruebas, determinando la disposición y casi imponiendo la sentencia. Irónicamente, el debido proceso hace poco para retrasar este proceso. A pesar de la plétora de derechos, los acusados penales pueden renunciar a ellos y deferirlos a los fiscales. Como he sugerido repetidamente, los acusados están en muy buena posición para evaluar lo que está en juego. En la mayoría de los casos de delitos menores en Connecticut en la década de 1970, las expectativas eran bajas, por lo que los acusados, a pesar de todos sus derechos, solían estar ansiosos por “terminar con esto”. Probablemente fui testigo de enfrentamientos más acalorados entre los acusados y sus abogados

que entre los fiscales y los abogados defensores. En el primero, los acusados se mostraron muy interesados en “acabar de una vez por todas con el día”, mientras que sus abogados, recién nombrados, hicieron hincapié en que no podían dar consejos sin antes leer detenidamente el expediente y entrevistar a su cliente. Tanto los acusados como los abogados defensores podían ser estrictos al expresar sus preocupaciones porque de hecho ambos tenían razón.

En el siglo XXI, a la luz de las sucesivas guerras contra la delincuencia y las drogas, hay más en juego que hace cuarenta años, pero, en términos relativos, han aumentado los costos tanto del proceso previo al juicio como del proceso posterior a la condena, de modo que los acusados de delitos menores deben hacer prácticamente los mismos cálculos que hacían en el decenio de 1970 y, de hecho, también en el de 1920.

Tal vez esto es lo mejor que los americanos pueden esperar de sus tribunales inferiores. Estos tribunales pueden estar sujetos a arbitrariedades y errores, y para la mayoría de los acusados, las sanciones más importantes provienen de los costos del proceso previo al juicio. De hecho, desde entonces muchas comunidades del país han vuelto a las viejas prácticas del siglo XIX y han comenzado a cobrar una serie de “tasas” relacionadas con las comparecencias ante los tribunales, el pago a plazos de las multas y otras cuestiones similares. En estos lugares los costos de los procesos se han incrementado dramáticamente, y han cambiado la relación de desequilibrio de manera significativa. Por lo tanto, sigue habiendo un fuerte incentivo para hacer lo que sea necesario para minimizarlos. Aun así, los estadounidenses podrían querer idear un proceso más justo que también sea más efectivo y eficiente. Para ello, como he sugerido, podría ser útil echar un vistazo a la historia para recordar la antigua policía y los tribunales de magistrados. Pero al mismo tiempo, también podríamos echar un vistazo de reojo para ver los diversos organismos reguladores que han ideado procesos rápidos, justos y receptivos para la gestión de problemas de todo tipo. Al hacerlo,

podríamos encontrar la manera de llevar al menos algunos de los asuntos de nuestro anticuado sistema de justicia penal adversarial al mundo del estado administrativo moderno.

Hay un modelo disponible. En la ciudad de Nueva York, el Tribunal Comunitario de Manhattan, un tribunal financiado en parte por las contribuciones de la Cámara de Comercio de Times Square, se las arregla para ser justo y rápido (Berman y Feinblatt, 2015). En lugar de estar ubicado en Court Square, en el extremo sur de Manhattan, se encuentra en la calle 42, cerca de Times Square, y está diseñado para manejar una variedad de ofensas molestas en ese vecindario, y manejarlas con diligencia. Es la pieza central en un esfuerzo por limpiar el área y llevar a los visitantes al Distrito de Teatros y restaurantes cercanos sin tener que preocuparse por carteristas, ladrones de tiendas, solicitud de prostitutas, vandalismo, uso y venta de drogas, borrachos y similares. A decir de todos, es un éxito. Lleva a cabo sesiones siete días a la semana, y por las noches durante el fin de semana. Como en los viejos tiempos, los oficiales de policía llevan a los arrestados directamente a la corte, donde el arrestado puede ser procesado en poco tiempo. Como en los viejos tiempos, al acusado se le da una variante de la elección: “¿Quiere declararse inocente, o quiere terminar este caso ahora?”. El acusado rápidamente se da cuenta de que declararse inocente significa que será retenido en una camioneta policial por un tiempo y luego llevado a la ciudad para ser fichado y retenido hasta que los tribunales ordinarios abran al día siguiente o el lunes por la mañana. En cambio, declararse culpable en el Tribunal Comunitario del Centro significa para muchos—quizá para la mayoría—volver a casa y reaparecer al día siguiente para comenzar veinte o treinta horas de servicio comunitario durante los cuatro o cinco días siguientes. Para la mayoría de los arrestados, esto no es una opción en absoluto. Pueden ser acusados, declarados culpables, condenados y cumplir sus sentencias casi antes de comparecer ante un tribunal en el Bajo Manhattan. Por supuesto, los detenidos que no tienen derecho a esta opción (el tribunal puede

determinar que tienen órdenes de arresto pendientes y similares), o que no quieren aprovechar esta opción, son trasladados al centro de la ciudad, y esperan para comparecer ante el tribunal allí y aprovechar toda la panoplia de sus derechos al debido proceso. Algunos lo hacen, pero me pregunto cuántos se arrepienten en retrospectiva.

Este viaje de vuelta al futuro en el centro de Manhattan también puede ser el futuro de la justicia de delitos menores estadounidense. De hecho, esta práctica es algo parecido a los sistemas de justicia de varios países europeos con los que a los estadounidenses les gusta compararse. De hecho, varios países de Europa septentrional han desarrollado un proceso burocrático racionalizado para tratar a los acusados de delitos no violentos, incluso de delitos graves como el fraude fiscal. Cuando son aprehendidos por la policía, o poco después, se les expiden multas y pueden pagarlas sin necesidad de comparecer ante el tribunal. Esto no es totalmente inaudito en otros lugares. Los conductores de automóviles de todo el mundo pagan rutinariamente multas de tráfico—incluso por violaciones de tráfico relativamente graves—por correo. Un oficial emite una multa, que requiere que los detenidos paguen una fianza, y luego, si no se presentan en el tribunal a la hora designada, la fianza se pierde y el caso se cierra. Si uno desea impugnar los cargos, puede indicarlo y presentarse en la fecha del tribunal indicada en la multa. Sin embargo, una distinción es que la mayoría de los países de Europa septentrional tienen ingresos garantizados y una red de seguridad expansiva, de modo que casi todo el mundo puede pagar las multas, especialmente cuando se prorratan en función de los ingresos, como suele ocurrir. No es el caso en los Estados Unidos y supongo que en la mayoría de los países de América Latina, por lo que el éxito del trasplante de este esquema es problemático.

No obstante, los Estados Unidos cuentan con una gran cantidad de sistemas reguladores para dictar sentencias rápidas, por lo que cabe preguntarse si algunos de ellos podrían adaptarse para su uso en el sistema de justicia penal, al menos cuando se enfrente el reto

particular de un alto volumen de casos de menor importancia, como los delitos menores (Feeley, 2020). Lo que sí está claro, al menos para mí, es que un proceso aún más debido, una mayor deliberación y un proceso más contradictorio no son las respuestas. Los hemos estado juzgando durante los últimos cien años, y al menos para los delitos menores no han mejorado el problema en gran medida, si es que lo han hecho. Además, la historia contemporánea de la resolución de disputas legales es la de una constante deserción de los tribunales en favor de los procesos regulatorios, que son ampliamente vistos como más eficientes y más efectivos. Tal vez sea hora de que este desarrollo se extienda a los tribunales penales, y especialmente a los tribunales que se ocupan de los delitos menores. Esto puede reducir el proceso como castigo.

Referencias

- Berman, Greg y John Feinblatt: *Good Courts: The Case for Problem Solving Courts*, New Orleans: Quid Pro Press, 2015.
- Bibas, Stephanos: *The Machinery of Misdemeanor Justice*, New York: Oxford University Press, 2012.
- Braithwaite, John: *Responsive Regulation and Restorative Justice*, New York: Oxford University Press, 1998.
- Feeley, Malcolm M.: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage Foundation, [1979] 1992.
- Feeley, Malcolm M.: *Court Reform on Trial: Why Simple Solutions Fail*, New York: Basic Books, 1983.
- Feeley, Malcolm M.: “How to Think About Court Reform 98 Boston”, *University Law Review* 669, 2018.
- Feeley, Malcolm M.: “Criminal Justice as Regulation”, *New Criminal Justice Review* 113(23), 2020.
- Fuller, Lon: “Two Principles of Association”, en: Kenneth Winston (ed.): *Selected Essays of Lon Fuller*, Oxford: Hart Publishing, 2002.
- Kleinfeld, Joshua: “Manifesto of Democratic Criminal Justice”, *Northwestern University Law Review* 1367(111), 2017.
- Kohler-Hausmann, Issa: *Misdemeanorland: Criminal Courts and Social Control in an Era of Broken Windows Policing*, Princeton: Princeton University press, 2018.
- Stuntz, William J.: *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

EL PROCESO ES EL CASTIGO

THE PROCESS IS THE PUNISHMENT

MALCOLM FEELEY
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

INTRODUCCIÓN

En los dos últimos capítulos se examinaron la sentencia y el fallo, dos etapas del proceso penal que figuran en la mayoría de las investigaciones sobre los tribunales penales.

En este capítulo se vuelve a una tercera preocupación que caractericé como el modelo de proceso previo al juicio en el capítulo uno. Desarrolla el argumento de que en los tribunales penales inferiores el proceso en sí es el castigo principal. En este capítulo (identifico los costos que implica el proceso previo al juicio, y examino las formas en que afectan a la organización, así como la forma en que el acusado procederá en sus travesías por el tribunal. Este examen debería ayudar a explicar por qué los tribunales inferiores no se ajustan a su imagen popular y por qué los casos se tramitan tan rápidamente en el Tribunal de Causas Comunes.

El primer conjunto de factores que examino se refiere a las consecuencias de la prisión preventiva y a los problemas para conseguir la libertad condicional. La segunda explora los costos de conseguir un abogado. Hay desembolsos financieros obvios en la contratación de un abogado privado, pero también hay costos ocultos asociados a la obtención de un abogado gratuito. Un tercer grupo de factores se ocupa del problema de las continuidades. Si bien la demora suele beneficiar al demandado, su importancia para éste suele ser exagerada, y es fundamental distinguir la demora inducida por el demandado de los aplazamientos que se organizan para la conveniencia del tribunal.

Por sí mismos, estos costos pueden parecer menores o incluso triviales en un proceso estructurado formalmente para centrarse en las cuestiones cruciales de la resolución y la sentencia. Sin embargo, en conjunto, y en comparación con las consecuencias reales de la resolución judicial y la sentencia, a menudo se imponen a los ojos de los acusados, y se convierten en preocupaciones centrales para el funcionamiento del sistema de justicia penal.

Estos costes previos al juicio explican una serie de fenómenos desconcertantes: por qué tanta gente renuncia a su derecho a un abogado de oficio, por qué tanta gente nunca se presenta a la corte, y por qué la gente elige las opciones de confrontación disponibles con tan poca frecuencia. Además, los costos previos al juicio son parte de la razón por la que los programas de desviación previos al juicio diseñados para *beneficiar* a los acusados y proporcionar alternativas a la sentencia estándar no reciben una respuesta más entusiasta. Los acusados a menudo perciben estos programas como procesos engorrosos que simplemente aumentan su contacto con el sistema.

La importancia relativa del proceso previo al juicio depende de un importante conjunto de consideraciones. Los estudiosos de los tribunales penales suelen pasar por alto lo que ignoran muchos criminólogos y estudiosos de la clase social, que el temor a ser arrestado y condenado no se asoma tanto a los ojos de muchas personas llevadas a los tribunales como a los ojos de los investigadores de la clase media. Aunque no entrevisté sistemáticamente a una muestra de acusados, mantuve conversaciones informales y a menudo extensas con docenas de acusados que esperaban que se les llamara para sus casos, y vi cómo otros seguían discutiendo sus casos con abogados y fiscales. Si bien había excepciones obvias y numerosas, me llamó la atención la frecuente falta de preocupación por el estigma de la condena y las preocupaciones más prácticas y mucho más inmediatas sobre cuál sería la sentencia y la rapidez con que podrían salir del tribunal.

Hay varias razones para esto. En primer lugar, muchos detenidos ya tienen antecedentes penales, por lo que cualquier estigma que se añada a una condena ya está erosionado, si no destruido¹. En segundo lugar, muchos detenidos, en particular los jóvenes, forman parte de una subcultura que rechaza los valores convencionales y para la cual el arresto y la condena pueden incluso funcionar como un ritual de celebración, reforzando sus propios valores e identidad. De hecho, pueden incluso percibirlo como parte del proceso de maduración². Tercero, la gente de clase baja tiende a estar más orientada al *presente* que la de clase media, y por razones obvias³. Muchos acusados se enfrentan a una preocupación inmediata por volver al trabajo o con sus hijos, y estas preocupaciones suelen primar sobre el deseo de evitar las consecuencias *remotas* que una (u otra) condena podría acarrear. Esta *relativa* falta de preocupación por la condena se ve reforzada por el tipo de oportunidades de empleo disponibles para los acusados de clase baja. Si un empleado es confiable, no importa si se declara culpable o no de un cargo menor que surja de una "escapada de sábado por la noche". De hecho, no es probable que un empleador se entere del incidente a menos que su empleado tenga que

¹ Más de la mitad de los arrestados en mi muestra tenían antecedentes de arrestos por la policía de New Haven, y una gran proporción de ellos tenían antecedentes de condena. Sin embargo, es probable que estas cifras sean drásticamente bajas, ya que las autoridades locales no obtienen sistemáticamente registros de otras jurisdicciones, ni dentro ni fuera del Estado.

² En las conversaciones sobre el arresto y la condena se suele suponer que los detenidos tienen un gran temor al estigma de una condena y harán todo lo posible por evitar ser etiquetados formalmente como delincuentes. Pero mis observaciones concuerdan con las conclusiones de muchos criminólogos que han estudiado la delincuencia juvenil y han llegado a la conclusión de que la desproporcionada tasa de conducta delictiva de los jóvenes varones de clase baja se debe a una subcultura que promueve esa actividad como mecanismo social para convertirse en un varón adulto. En lugar de ser una marca de debilidad para muchos jóvenes de la clase baja y trabajadora, el arresto y la condena a menudo refuerzan los valores de su subcultura e incluso pueden mejorar su estatus entre sus compañeros. Esto se ha observado una y otra vez en la literatura sobre los tribunales de menores, pero se ha pasado por alto e ignorado por completo en los tribunales de "adultos". Ver Walter B. Miller: "Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency", *Journal of Social Issues* 14, 1958, 5-19, y Alben K. Cohen: *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, New York: Free Press, 1955. Ver también, Edwin H. Sutherland y Donald Cressey: *Principles of Criminology*, 7th ed., Philadelphia: J. B. Lippincott, 1966, 183-199, y Richard Quinney: *The Social Reality of Crime*, Boston: Little Brown, 1970, 207-276.

³ Ver Edward Banfield: *The Unheavenly City*, Boston: Little Brown, 1971, 45-56; y Edward Banfield y James Q. Wilson: "Public Regardness as a Value Premise in Voting Behavior", *American Political Science Review* 58, 1964, 876-887.

hacer arreglos para faltar al trabajo a fin de comparecer ante el tribunal.

Si el estigma de la sanción penal no se considera una sanción significativa, los costos concretos del proceso previo al juicio adquieren gran importancia. Cuando esto ocurre, el proceso mismo se convierte en el castigo.

Liberación previa al juicio: una visión general

Una lectura rápida de los estatutos, la jurisprudencia y las directivas administrativas pertinentes de Connecticut da la impresión de que el Estado tiene un compromiso inquebrantable con la pronta liberación antes del juicio. Existe un elaborado sistema de varios niveles para la decisión y el examen, hay una variedad de alternativas de liberación antes del juicio, y la garantía de comparecencia en el juicio es el único criterio para establecer las condiciones de liberación⁴.

La policía está facultada para tomar la decisión inicial de liberación y puede liberar a un sospechoso en el lugar del arrestarlo o llevarlo al centro de detención. Una vez que el sospechoso es fichado, la policía conserva la facultad de establecer condiciones de liberación, y puede liberar a los sospechosos mediante una promesa escrita de comparecencia (PDC) o mediante una fianza, que ellos mismos establecen. Si no liberan al detenido, en este punto, la policía está obligada a notificar a un comisionado de fianzas que, a su vez, debe “realizar con prontitud [una] entrevista e investigación como considere necesario para llegar a una decisión independiente”. Si después de esto el acusado sigue sin ser liberado, entonces el comisionado de fianzas “expondrá sus razones... por escrito”⁵. El acusado tiene una tercera oportunidad de pedir la libertad en la lectura de cargos y en todas las comparecencias posteriores, momento en el

⁴ Sólo los detenidos que cometen delitos graves no pueden ser puestos en libertad bajo fianza según la ley de Connecticut. Todos los demás casos pueden serlo, y las condiciones establecidas para la liberación serán las mínimas necesarias para asegurar la comparecencia del detenido en el tribunal.

⁵ Estatuto General de Connecticut 54-63 (c) (a).

que puede solicitar al juez que considere una reducción de la fianza o la liberación en virtud de una promesa de comparecer [PDC—*Promise to Appear*].

Esta política liberal de liberación se refleja también en la práctica. El cuadro 7.1 indica que el 89% de los detenidos fueron puestos en libertad antes de que se resolvieran sus casos y que el 52% de ellos fueron puestos en libertad en condiciones no financieras, por citación de campo de la policía o PDC. El 37% fueron puestos en libertad bajo fianza y solo el 11% fueron detenidos hasta la resolución. Aunque la proporción de detenidos liberados en espera de juicio suele considerarse la medida más importante de la “liberalidad” de una jurisdicción, está lejos de ser un cuadro completo. Dos preguntas adicionales deben ser respondidas. Primero, ¿en qué punto del proceso la gente se asegura la liberación? Identificar como “liberados” sólo a quienes estaban libres en el momento en que se resolvieron sus casos es pasar por alto a los que estuvieron detenidos durante un tiempo antes de obtener finalmente la liberación. Y si una persona es liberada bajo fianza, ¿a qué precio se compró la libertad?

Duración de la prisión preventiva. En el cuadro 7.2 se desglosa el tiempo que los acusados de mi muestra estuvieron bajo custodia antes de ser liberados. El 17% fue liberado casi de inmediato por citaciones de la policía. Un grupo mucho más grande—44%—fue liberado dentro de las tres horas después de ser llevado al “encierro”, y un tercer grupo fue liberado dentro de un período de trece a veinticuatro horas después del arresto. Muchas de las personas de este grupo fueron puestas en libertad en el tribunal la mañana siguiente a su arresto, momento en el que pudieron obtener reducciones en el monto de la fianza o contactar a un fiador o miembro de la familia para pagar la fianza; algunos se declararon culpables y fueron liberados de la custodia. Sin embargo, el 6% de la muestra permaneció en prisión preventiva durante un período de dos días o más, y un pequeño número permaneció detenido tres semanas o más.

Un número pequeño, pero no obstante sustancial (142 de 1.151) de los que finalmente fueron liberados antes del juicio consiguieron una liberación retardada sólo después de que se redujeran sus fianzas. Ochenta y tres de ellos finalmente tuvieron fianzas de dinero reducidas a PDC. En algunos casos este cambio se produjo después de varios días (siete de los ochenta y tres que finalmente fueron liberados por la PDC pasaron una semana o más en la cárcel antes de ser liberados). A otras cuarenta y seis personas se les redujeron las fianzas, pero aun así no podían permitirse pagar la menor cantidad y, por consiguiente, permanecían detenidas hasta que se resolvieran sus casos.

Muchos de estos retrasos en la liberación fueron el resultado de sanciones situacionales aplicadas por la policía, de tratar de hacer frente a un problema potencialmente explosivo o de enseñar a un detenido “una lección”. Como grupo, las personas que acaban de ser arrestadas no están de buen humor. Todos son hostiles, muchos son beligerantes, y algunos incluso amenazantes. Unos pocos están asustados, tímidos y arrepentidos, pero muchos acaban de ser arrastrados bruscamente y sin ceremonias por una pelea en un bar o de una batalla doméstica, y siguen maldiciendo a su adversario ausente, amenazando con volver para continuar la lucha o redirigiendo su hostilidad hacia la policía. La policía suele ser capaz de calmar a los detenidos siendo bastante formal y “correcta” en sus entrevistas, ignorando los insultos y amenazas. Sin embargo, si el arrestado sigue siendo beligerante, la policía puede colocarlo en una celda y dejar que se “enfrie”, y sólo después completar el proceso de acusación o reducir la alta fianza que fijaron inicialmente. La mayoría de los que son liberados después de entre ocho y doce horas (ver Tabla 7.2) son personas cuyas fianzas fueron reducidas posteriormente a PDC después de que la policía los juzgara lo suficientemente calmados como para estar seguros.

Otros arrestados se aseguran una liberación retardada porque el centro de detención se abarrota. Los sábados por la noche la policía

puede “limpiar” el encierro concediendo PDC a los arrestados del viernes por la noche para hacer sitio a los recién llegados⁶. Las mujeres son alojadas en una instalación separada en otro lugar y, por lo general, es más probable que sean liberadas antes con una fianza más baja.

Detención hasta la resolución. Ya sea que estén detenidos por unas pocas horas o varios días, las personas que están en custodia hasta su disposición están en una desventaja especial. Las investigaciones han demostrado sistemáticamente que las personas que no pueden pagar la fianza tienen más probabilidades de ser condenadas que las que han sido puestas en libertad antes del juicio, y si son declaradas culpables tienen más probabilidades de recibir sentencias más severas⁷. Estos estudios han llegado a la conclusión de que los detenidos no tienen fácil acceso a sus abogados y no pueden ayudar en el desarrollo de sus defensas. Están en desventaja cuando entran en un tribunal, a menudo vestidos con ropas de prisión y siempre bajo la mirada vigilante de un guardia que los ve como “convictos”. Estos estudios sugieren que es más probable que una persona detenida se declare culpable, con la esperanza de que se la transfiera a una prisión que tenga mejores instalaciones, o de que se la libere por completo. Los hallazgos de mi muestra apoyaron estos argumentos generales. Los detenidos tenían menos probabilidades de recibir *nolles*⁸ que los que eran liberados (30 a 49%). Estas cifras se mantuvieron incluso cuando

⁶ Hacia el final de este estudio, el centro de detención preventiva se trasladó de la parte trasera del antiguo tribunal a unas instalaciones más grandes en la nueva sede del Departamento de Servicios de Policía. El antiguo calabozo era probablemente lo suficientemente grande como para contener a todos los detenidos que normalmente no son liberados, pero ocasionalmente el espacio era un problema porque las celdas estaban divididas en tres secciones, una para los blancos, otra para los negros y otra para los hispanos. La policía descubrió que si no separaban a los detenidos, estallaría un conflicto interracial.

⁷ Hay numerosos estudios que lo atestiguan. Uno de los primeros e importantes es Anne Rankin: “The Effect of Pretrial Detention”, *New York University Law Review* 39, 1964, 941-965. Otros estudios más recientes y sofisticados confirman este mismo punto. Ver, por ejemplo, Eric Single: “The Bellamy Memorandum”, *The Criminal Law Bulletin* 8, 1972, 459-506. Para obtener una descripción general del gran volumen de literatura sobre este punto, consulte *An Evaluation of Policy-Related Research on the Effectiveness of Pretrial Release Programs* (Denver: National Center for State Courts, Publication No. R0016, October, 1975).

⁸ NdT: Del latín *nolle prosequi*, se ha desarrollado la costumbre entre los abogados de decir “nolle pros” en inglés. Indica que la fiscalía decidió retirar los cargos y pedirle al tribunal archivar el expediente.

se introdujeron controles de la gravedad de los delitos y otros factores.

Daniel Freed ha observado que “de las muchas paradojas que acechan al sistema de justicia penal, pocas superan la imagen de que los jueces y carceleros encarcelan a más acusados antes de sus juicios que después de la condena”⁹. Esta paradoja está ciertamente demostrada por estos datos. De las 102 personas que fueron detenidas hasta su disposición y se declararon culpables, sólo un pequeño puñado de ellas recibieron importantes sentencias de privación de la libertad. Incluso excluyendo a los detenidos cuyos casos se resolvieron en la lectura de cargos poco después de su detención, este desequilibrio persiste.

Durante mis observaciones en el tribunal presté especial atención al proceso de declaración de culpabilidad en un esfuerzo por complementar esta evaluación de los efectos de la detención en las negociaciones de las declaraciones de culpabilidad y la sentencia. Cada vez que una persona detenida era condenada a “tiempo cumplido” o recibía una sentencia de cárcel adicional, buscaba abogados defensores que estuvieran familiarizados con el caso y solicitaban sus opiniones sobre las consecuencias de la detención. Sus respuestas indicaban a menudo la firme creencia de que muchas sentencias a “tiempo cumplido” eran un intento del juez de justificar la prisión preventiva. En los casos que implicaban un tiempo adicional de cárcel, también solían llegar a la conclusión de que la sentencia era excesivamente dura, y que si la persona hubiera estado en libertad bajo fianza no habría tenido que cumplir ningún tiempo en la cárcel.

Aunque es imposible saber cuántos de los detenidos hasta el momento de la disposición habrían recibido *nolles* si hubieran sido liberados, es seguro que, si alguno de ellos se hubiera negado a declararse culpable e insistido en un juicio, la mayoría de ellos habría tenido que pasar más tiempo en la cárcel. Si bien puede haber algunas dudas sobre la magnitud exacta del efecto de la prisión preventiva

⁹ Daniel J. Freed: “The Imbalance Ratio”, *Beyond Time* 1, 1973, 25-34.

para inducir a los detenidos a declararse culpables, no hay duda de su *efecto escalofriante*. Cuando se trata de elegir entre la libertad para los que se declaran culpables y la cárcel para los que quieren invocar su derecho a un juicio, no hay realmente ninguna elección.

Condiciones para la liberación. Aunque muchas personas son liberadas sin condiciones financieras, muchas otras deben comprar su libertad. En mi muestra, el 37% de todos los detenidos obtuvieron su libertad previa al juicio sólo después de pagar una fianza en efectivo o una fianza de seguridad, y otro 11% fueron detenidos porque no pudieron reunir el dinero necesario¹⁰. ¿Qué diferencia a los miembros de estos grupos entre sí? ¿Qué explica la variación de las condiciones de liberación? ¿Quién es liberado bajo citación o PDC y quién debe pagar por su libertad previa al juicio?

La ley de Connecticut no es ambigua en cuanto al propósito de la fianza—para asegurar la comparecencia en el juicio—y el formulario de entrevista de la Comisión de Fianzas identifica factores que comúnmente se cree que son indicadores de la probabilidad de que alguien aparezca o no. Son los siguientes: los vínculos del acusado con la comunidad—indicados por el tiempo de residencia en la zona—, la situación laboral y los lazos familiares. En el cuadro 7.3 figuran los resultados de un análisis de regresión en el que se examinan los efectos directos de un grupo de once variables “legales” y “extralegales” en las condiciones de liberación (no financieras/financieras). Sólo cinco de las once variables fueron estadísticamente significativas en el nivel 0,01, pero de éstas, tres se relacionan con consideraciones legalmente permisibles—longitud de tiempo en New Haven (beta = 0,33), situación laboral (beta = 0,14) y arresto por orden judicial (beta = 0,14)—todas ellas relacionadas en direcciones predecibles. En cambio, dos factores extralegales también fueron estadísticamente significativos. Son “raza del acusado” y

¹⁰ En realidad, el porcentaje de la muestra liberada en la fianza es probablemente varios puntos más alto. No pude obtener datos completos sobre la liberación previa al juicio del 3% de mi muestra, la mayoría de los cuales tenían múltiples arrestos y un complicado historial de liberación tanto en la PDC como en la fianza en diferentes ocasiones.

“número de condenas previas”. Aunque no eran fuertes, estaban en la dirección prevista¹¹.

Cantidad de la fianza. La tabla 7.4 muestra que las fianzas van desde un mínimo de 5 dólares hasta más de 10.000 dólares, pero que la mayoría se agrupan en 5, 25, 50, 100, 500 y 1.000 dólares. La mayoría de las fianzas de 50 dólares o menos se contabilizaron en efectivo, mientras que las más grandes eran fianzas de garantía emitidas por un fiador. Las fianzas de 5 y 10 dólares no suelen tener por objeto asegurar la comparecencia y, de hecho, se utilizan en ciertos tipos de delitos menores para alentar a las personas a no comparecer ante el tribunal, momento en el que el fiscal cerrará el caso pidiendo al juez que ordene la confiscación de la fianza, sin ordenar ninguna otra acción. Este dispositivo es habitual para cualquiera que haya recibido una multa de tráfico. También se utiliza a menudo en casos de apuestas menores y en casos de “sexo” ocasional como una forma de permitir que las personas paguen “multas” de manera conveniente.

Libertad previa al juicio: Proceso

El rol de la policía. Aunque la mayoría de los estudiosos del proceso previo al juicio se centran en la fijación de la fianza judicial en la instrucción de cargos, sus observaciones pueden no ser acertadas, ya que en muchas jurisdicciones—incluida New Haven—el grueso de las decisiones de libertad previa al juicio lo toman otras personas antes de que el acusado se presente ante el tribunal¹². En New Haven no es el juez o el comisionado de fianzas quien domina el proceso de

¹¹ Una silenciosa tensión entre las razas está siempre presente en la sala del tribunal; y, como se ha sugerido aquí, hay algunas pruebas que apoyan las acusaciones de discriminación racial. Sin embargo, en general, no hay pruebas sólidas que demuestren una cantidad significativa o incluso mensurable de discriminación racial en los resultados. El ritmo rápido y las rutinas estandarizadas de la corte probablemente minimizan la importancia de la raza. Sin embargo, a veces se escuchan insultos raciales de improviso por parte del personal del tribunal en la sala y en los pasillos; y son estas observaciones, junto con el número desproporcionadamente alto de acusados negros en una sala de tribunal que, por lo demás, es “blanca”, las que dan la impresión de una discriminación racial *generalizada* por parte del tribunal. Esta creencia está muy extendida entre los negros y muchos blancos. Aquí el personal de la corte es más culpable de fomentar la *apariencia* de discriminación que de fomentar su práctica real.

¹² Ver, por ejemplo, Frederic Suffet: “Bail Setting: A Study of Courtroom Interaction”, *Crime and Delinquency* 12, 1966, 318-331.

liberación, sino la policía. Son responsables no sólo de arrestar y acusar a los sospechosos, sino también de liberarlos antes del juicio. Varios observadores han comentado que Connecticut en general, y New Haven en particular, tiene políticas liberales en materia de libertad condicional. Atribuyen esto al sistema de varios niveles de decisión y revisión, y a la existencia de comisionados de fianzas. Pero en realidad no se pueden atribuir estas prácticas directamente a este elaborado sistema. De hecho, probablemente tienen más que ver con los juicios intuitivos de los responsables de la toma de decisiones iniciales, la policía.

A menos que un sospechoso sea liberado por una citación de campo en el lugar del arresto, el oficial que lo arrestó lo lleva a la central de reservas. Después de la detención, el oficial debe, por orden departamental, rellenar un formulario detallado de entrevista de pago de la fianza en el que se solicita información sobre los vínculos del detenido con la comunidad y otros factores en los que se basará la decisión de su liberación. El formulario también proporciona un espacio para las razones por las que el detenido no debe ser liberado. Rara vez hay algo que pueda ser caracterizado como una "entrevista". Sólo ocasionalmente se rellena en detalle el formulario de entrevista de fianza, y es probable que la información que registra se haya relleno *después* de que se haya tomado una decisión de liberación. Aunque los distintos oficiales tienen prácticas diferentes, la mayoría de ellos requieren poco más que el nombre del acusado, su dirección y los cargos que se le imputan antes de tomar una decisión de liberación bajo la PDC o una pequeña fianza.

Si los cargos son más graves, o si el detenido tiene antecedentes de arrestos o de no comparecer (y más del 50% los tiene), entonces el oficial puede insistir en una fianza. Al establecer su cantidad, a menudo consulta un "calendario de fianzas". Este documento, preparado por el Departamento Judicial y adoptado por una resolución de todos los jueces del Tribunal de Circuito en 1967, especifica una cantidad monetaria para cada tipo de cargo y prevé

“descuentos”, dependiendo de los vínculos del acusado con la comunidad¹³.

Aunque los oficiales que establecen las condiciones de la liberación deben completar una sección del formulario de entrevista para la fianza en la que se pide una declaración de motivos si un detenido no es liberado inmediatamente, esta sección rara vez se completa. En mi revisión de más de 100 formularios de entrevista de fianza para personas que *no* fueron liberadas inmediatamente, sólo un puñado—15 o algo así—han completado esta sección. Sólo ocasionalmente especificaron que el detenido era un “pobre riesgoso” porque no tenía una dirección local, o porque tenía un registro de faltas de comparecencia. La mayoría de las razones se relacionaban más bien con la percepción que tenía el agente de policía del estado del detenido, que a menudo se caracterizaba por ser “abusivo”, “amenazador” o “quiere volver al incidente”, razones que le animaban a favorecer una justicia situacional inmediata o una disuasión específica.

Estos oficiales están a menudo en un dilema. Son agentes de la comunidad, de los que se espera que hagan cumplir la ley y hagan arrestos. Pero entonces deben darse la vuelta inmediatamente y liberar a esas mismas personas que acaban de aprehender y detener. No es de extrañar que las tensiones producidas por estos roles conflictivos pongan en tensión las normas formales que estas personas están encargadas de aplicar, y que hayan aprovechado la laxitud de la aplicación de la ley para perseguir sus propias concepciones de la justicia severa. Ocasionalmente usan este poder de detención arbitrariamente para administrar su propio sistema de castigo. A menudo temen que el arrestado vuelva a pelear si es liberado, por lo que fijan a propósito una fianza más allá de los medios del arrestado para detenerlo hasta que crean que se ha calmado. Los estatutos sobre

¹³ La resolución contiene una sección titulada “Lista de fianzas” y ordena a los departamentos de policía que tengan en cuenta los vínculos con la comunidad a la hora de fijar la fianza, y luego identifica un monto en dólares para cada cargo. A esta cantidad original le siguen dos importes menores que se aplicarán a los individuos que tengan fuertes lazos con la comunidad.

la liberación no prevén esta última preocupación, y la policía sólo puede perseguirla ignorando la letra literal de la ley. Pero al torcer la ley en esta dirección "razonable", se abre la puerta a justificaciones para torcerla por otras razones menos benignas. La policía puede imponer sanciones circunstanciales a los detenidos que crean que merecen "estar en la cárcel por un tiempo" porque los tribunales simplemente los "dejarán salir".

Muchos sostienen que es totalmente irrazonable esperar que los responsables de la detención y la acusación también administren una política liberal de liberación, y los estatutos de Connecticut parecen reflejar este escepticismo. Exigen que un comisionado de fianzas revise "inmediatamente" todos los casos en los que los detenidos no han sido liberados por la policía, para que actúe como un "respaldo" desinteresado en la toma de decisiones. En la práctica, sin embargo, los comisionados de fianzas están inactivos y son casi invisibles.

El rol del Comisionado de Fianzas. El tribunal tiene dos comisionados de fianzas: un "hombre de día" asignado a asesorar a los jueces sobre las condiciones de liberación y a hacer un seguimiento y emitir advertencias a quienes no se presenten; y un "hombre de noche" que se supone que está disponible por las noches para la revisión inmediata de las decisiones de liberación de la policía. El hombre de la noche durante mi estudio raramente venía al calabozo. A veces se pasaba por aquí a las 10 de la noche durante media hora, pero incluso entonces no hacía más que sentarse a hablar con los funcionarios. Durante un período de observación de varias semanas, este comisionado de fianzas sólo completó dos de las varias docenas de formularios de entrevista, y nunca lo vi entrevistar a un detenido, a pesar de que un gran número de personas no podían cumplir con las condiciones de liberación establecidas por la policía. El "hombre del día" siguió su ejemplo. Por lo general, llegaba al calabozo momentos antes de que el tribunal se reuniera, recogía los formularios de entrevista para la fianza que habían sido rellenados por la policía durante la noche anterior, y rutinariamente les firmaba con su nombre

debajo del nombre del oficial de policía que los había rellenado la noche anterior, sin siquiera mirar a los que no habían recibido su liberación. En muy raras ocasiones, el comisionado de fianzas regresó al calabozo para hacerle una o dos preguntas a un detenido para completar el formulario, pero nunca los he visto “entrevistar” a un detenido. Más bien dio la impresión de haber entrevistado al detenido al firmar el formulario de entrevista que había rellenado el agente de policía *después* de haber establecido las condiciones para la liberación.

Mientras el tribunal está en sesión, el juez debe fijar la fianza, y frecuentemente busca el consejo del comisionado de fianzas. El comisionado de fianzas, a su vez, suele basarse en la cantidad establecida por la policía la noche anterior. Quizás puede recomendar una cantidad sugerida por el fiscal momentos antes. De vez en cuando no está en el tribunal ni siquiera para estas funciones y, al menos en una ocasión, un fiador firmó el nombre del comisionado de fianzas en el formulario para que se pudiera efectuar una liberación.

La decisión del tribunal. Normalmente, ni el fiscal ni el abogado defensor han tenido la oportunidad de dar al expediente del caso algo más que una mirada fugaz. A pesar de ello, las condiciones de liberación suelen ser objeto de una breve negociación. El fiscal propone la fianza establecida por la policía y reiterada por el comisionado de fianzas. El fiscal propone la fianza establecida por la policía y reiterada por el comisionado de fianzas. El abogado defensor o incluso el propio acusado pueden replicar que no puede pagar tanto dinero pero que podría obtener una cantidad menor, o que sólo puede obtener su libertad si se libera por una PDC. Si los cargos son graves, especialmente si hubo un arma de fuego involucrada, el juez puede estar de acuerdo con la recomendación del fiscal, justificando su decisión señalando que se trata de una “acusación grave” o que el acusado tiene un historial de detenciones con violencia. A veces puede reducir la fianza recomendada, especialmente si el abogado defensor puede convencerle de que el arrestado puede pagarla (por ejemplo, “Su Señoría, mi cliente me ha indicado que si fija la fianza

en no más de quinientos dólares puede pagarla”) o que puede perder su trabajo si no es liberado rápidamente. Normalmente, sin embargo, el juez divide la diferencia en un proceso que dura veinte segundos o menos. Cuando los jueces hacen una pausa para justificar la decisión de establecer una fianza, sus razones se asemejan a las que dan los agentes de policía en el calabozo o las que dan al imponer la sentencia. Por lo general, hacen hincapié en la gravedad de los cargos o en la seriedad de los antecedentes del detenido; sólo ocasionalmente mencionan los vínculos con la comunidad.

A pesar de estas libertades con la ley de libertad provisional, *no* ha habido esfuerzos sostenidos para apelar los fallos de los jueces sobre la libertad bajo fianza. Cuando planteé esta posibilidad a los abogados que tenían reputación de ser defensores enérgicos, su respuesta uniforme fue que tal esfuerzo acabaría perjudicando los intereses de sus clientes. Un abogado sostuvo que es fácil para un juez presentar una excusa razonable para establecer una fianza, de modo que se produzcan pocos cambios reales, y todos sostuvieron que esa impugnación daría lugar a una línea aún más dura por parte de los fiscales. Aunque ganaran en el tema de la fianza, la mayoría estuvo de acuerdo en que sus clientes sufrirían por ello en la sentencia si fueran condenados. El problema, estuvieron de acuerdo, es que los principios abstractos siempre deben dar paso a los intereses inmediatos de sus clientes.

Pero a pesar de este escepticismo entre los abogados defensores sobre la conveniencia de tratar de litigar la reforma de la fianza, no todos son pasivos, y hay diferencias significativas en la forma en que argumentan las audiencias de fianza. Cuando se programa una segunda comparecencia después de la lectura de cargos, el abogado de la Asociación de Asistencia Legal [AAL] y muchos abogados privados piden aplazamientos de dos o tres días para los clientes en prisión preventiva, mientras que los defensores públicos rutinariamente piden que *todos* sus casos sean continuados durante una semana. Esto sugiere que el antiguo grupo de abogados está

especialmente preocupado por sus clientes que no pueden pagar la fianza, y quiere que vuelvan ante el tribunal para una nueva audiencia de fianza lo antes posible. Pero el defensor público que aparece con el arrestado en la lectura de cargos *no* es necesariamente el defensor público que eventualmente será asignado para manejar estos casos. Es simplemente la persona asignada para cubrir las acusaciones de todos los clientes de la policía en “el foso” ese día. Pueden transcurrir varios días antes de que estos nuevos casos se asignen a un abogado específico, lo que puede ser la razón del mayor período entre las comparecencias. Un defensor público asignado puede no saber de la continuación de la detención de su cliente hasta que se reúnan por primera vez en la segunda comparecencia programada.

El rol del fiador. En el capítulo cuatro describí la organización del negocio de los bonos en New Haven. Una de las características que señalé fue la falta de competencia real entre los fiadores. Por ejemplo, rara vez responden a las llamadas nocturnas de los clientes potenciales recién arrestados, prefiriendo en cambio hacer un primer contacto a su conveniencia en el tribunal. Los fiadores justifican esto alegando que la mayoría de los acusados no pueden recaudar el dinero necesario para cubrir las horas hábiles y laborales, y que la pequeña cuota producida por la mayoría de los bonos no vale el esfuerzo del trabajo de fin de semana y nocturno. A pesar de su derecho a la liberación inmediata, los arrestados para los que se ha establecido una fianza están a merced de los fiadores.

Los fiadores son hombres de negocios, que se comprometen a pagar. La comisión máxima del fiador, establecida por la ley, varía según el tipo (profesional o compañía de seguros) y el importe de la fianza. Para bonos profesionales de hasta 300 dólares, la tarifa máxima permitida es de 20 dólares. Por encima de esa cantidad la cuota máxima es el 7% del valor nominal del bono. Los fiadores de seguros cobran un 10% fijo del valor del bono (que se divide en 30/70 entre la compañía de seguros y su fiador-agente), y como uno de los socios del negocio dominante para dos personas escribió bonos tanto

“profesionales” como de “seguros”, este equipo a menudo escribió el tipo de bono que les dio el mayor rendimiento¹⁴.

No hay requisitos sobre a quién debe contratar un fiador¹⁵, y son libres de usar su propia discreción y criterio. Aunque la situación financiera del detenido es obviamente su principal preocupación, los fiadores tienen normas diferentes, y la diferencia entre la liberación y la detención o entre la liberación inmediata y la diferida puede ser simplemente una cuestión de qué fiador se contacta primero. Los pequeños fiadores son conservadores fiscales que insisten en una garantía sólida o se limitan a “buenos riesgos” con bonos bajos¹⁶. Los agentes de fianzas que hacen un gran volumen de negocios son más flexibles. Sus mayores recursos no sólo les permiten asumir más riesgos y absorber más pérdidas, sino que también les proporcionan los medios para hacer frente a los clientes recalcitrantes. Pueden movilizar una red considerable de contactos comunitarios para “correr la voz” o contratar a un agente de policía para localizar a un cliente reacio. Si estos esfuerzos fracasan, están en buena posición para organizar aplazamientos en ausencia de un cliente o para negociar “compromisos” ventajosos en caso de que siga sin aparecer.

En el momento de este estudio, las mujeres se encontraban en una situación de especial desventaja para obtener la libertad bajo fianza. Después de la comparecencia, no fueron llevadas a la cárcel de la ciudad, como lo fueron los detenidos varones, sino que fueron transferidas a la institución correccional para mujeres del estado, a

¹⁴ Esta ambigüedad causa numerosas quejas de sobrecarga. Los detenidos que desconocen los dos tipos de sistemas de fianzas y tarifas suelen sentirse engañados cuando más tarde se enteran de que otra persona puede haber obtenido la liberación por menos dinero que ellos. En la mayoría de los casos esto no se debe a un sobrecargo ilegal, sino más bien a que el fiador los saca con una “fianza de seguro” que le permite cobrar la tarifa más alta.

¹⁵ Esta libertad ha sido desafiada recientemente. En un caso interesante, el Tribunal Supremo de Kentucky confirmó la decisión de la legislatura estatal de abolir el negocio de la fianza, dictaminando que dicha acción entraba dentro de las facultades de la policía del estado. Ver, *Stephens v. Bonding Association of Kentucky*, Kentucky File No. 76-504.

¹⁶ Estoy en deuda con dos de mis estudiantes cuyos trabajos sobre los fiadores de New Haven me fueron muy útiles. Ellos son, Kurt Hallock: “Bail Bondsmen in the Lower Court” (Yale University, August 1975), y Diane Pike: “Bail Bondsmen: Unofficial Court Officials” (Yale University, 1976). Además, esta sección se basa en un estudio inédito de Diane Pike, Malcolm M. Feeley y Daniel J. Freed: “Evaluation of the Wider City Parish Bonding Program” (New Haven: Yale Law School and New Haven Foundation, 1976).

cincuenta millas de distancia y lejos de amigos, familiares y fiadores. Incluso si podían permitírselo, no era probable que pudieran pagar la fianza hasta su próxima comparecencia ante el tribunal, cuando era conveniente que los fiadores hicieran negocios con ellas.

Las recientes reformas de la libertad previa al juicio. En New Haven, como en otros lugares en los últimos años, se han establecido programas para mitigar la dureza de la fianza monetaria. Uno era un programa de la cárcel patrocinado por el Departamento de Corrección, un “Centro de Redireccionamiento” para asesorar a los presos preventivos y ayudarles a conseguir la libertad¹⁷. Tal vez por ser producto del Departamento de Corrección, durante sus cuatro años de existencia la mayoría de sus esfuerzos se dirigieron a hacer más tolerable la vida en la cárcel en lugar de asegurar la liberación antes del juicio. Aunque el Centro ayudó a varios detenidos de baja fianza a conseguir su liberación, este servicio no solía consistir más que en darles acceso a un teléfono. El Centro también tenía planes más ambiciosos para desarrollar un programa de liberación supervisada para “riesgos marginales”. Después de intentar reunir voluntarios para que sirvieran como supervisores, el Centro finalmente instituyó un modesto programa de liberación supervisada durante su último año completo de funcionamiento, pero por todos los indicadores fue un fracaso. Sólo pudo efectuar un puñado de liberaciones, y además parece que en su ausencia estos supervisados habrían sido liberados en condiciones menos estrictas en la PDC.

Asegurarse un abogado

Una persona acusada de un delito penal debe decidir si obtiene o no un abogado. Esta elección aparentemente simple implica, de hecho, un complejo conjunto de decisiones: si conseguir o no un

¹⁷ Esta discusión se basa en el material de un estudio de caso de la historia del Centro de Redireccionamiento por Malcolm M. Feeley: “Innovation and Implementation in Public Agencies: The New Haven Redirection Center”, en Richard Nelson y Douglas Yates (eds.): *Innovation and Implementation in Public Agencies*, Lexington, Mass.: Lexington Books, 1977, 39-68.

abogado, y a quién conseguir, un defensor público o un abogado privado; si es un abogado privado, ¿entonces cuál? La decisión es confusa y costosa en términos de tiempo y dinero.

Abogado privado. A menos que el detenido haya tenido experiencia previa con un abogado en particular y haya quedado satisfecho, está confundido sobre qué hacer, a quién llamar, si es que hay alguien, cuánto le costará y qué cantidad es razonable. Es demasiado sospechoso y teme que se aprovechen de él. Algunos detenidos llamarán a un abogado con cuyo nombre él o sus amigos están familiarizados. Otros pueden recurrir a otros reclusos o a sus captores—la policía—para pedir consejo, o tal vez a un fiador¹⁸. Otros, temerosos del gasto, deciden prescindir de la representación.

Si el detenido telefonea a un abogado desde la cárcel, es probable que el abogado le haga algunas preguntas sobre los cargos, y luego pida hablar con el oficial de policía a cargo o contacte con un comisionado de fianzas en un esfuerzo por conseguir que la fianza se reduzca a una cantidad que el detenido pueda pagar. Después de esto, puede que contacte con un fiador. Si el detenido asegura su liberación antes de la comparecencia, el caso se programa para una semana o dos más tarde, y en el ínterin el abogado concertará una cita con su interlocutor. Si el detenido no es puesto en libertad, el abogado intentará reunirse con su posible cliente justo antes de la comparecencia para abogar por la reducción de la fianza y después celebrará una breve conferencia para discutir los términos financieros y el caso.

Es importante que un abogado evalúe la capacidad de pago de su posible cliente en una etapa temprana; una vez que ha comenzado a representar a un acusado, está obligado por el canon de la ética a continuar su representación hasta la resolución. Aunque es posible

¹⁸ Se rumorea que al menos un fiador de la zona tiene un acuerdo con algunos abogados para dirigir los negocios a su manera. Otro es el hermano de un prominente abogado criminalista. En otras zonas del estado se dice que los agentes de policía y los comisionados de fianzas tienen acuerdos de reparto de honorarios con fiadores y abogados.

retirarse más tarde del caso, puede ser incómodo y embarazoso. La mayoría de los abogados pueden relatar casos en que los clientes los han “tomado”, y el resultado es un enfoque bastante duro de los honorarios, incluso entre los abogados más liberales “orientados al cliente”, que con frecuencia son jóvenes, no están bien establecidos y, en particular, necesitan los ingresos. Los honorarios y las prácticas de facturación varían mucho de un abogado a otro y de un caso a otro. La mayoría de los abogados privados esperan un anticipo inicial basado en su propia evaluación del “valor del caso”. Como un abogado privado observó: “Quiero tener lo suficiente al principio, para que si no saco nada más del caso, no me ‘quemén’. Esta cantidad varía. Por ejemplo, le dije a un tipo que le costaría un mínimo de quinientos dólares llevar su caso—era un asunto complicado de abuso infantil—y quizás más, pero que quería quinientos dólares para empezar. Más tarde llamó y dijo que podía conseguir trescientos, y yo le dije que los tomaría. Así que ahora, aunque no pueda pagar, no me ‘quemaré’ demasiado (...) Supongo que a medida que avance en el negocio, tendré que ser más duro en esto, pero ahora necesito el dinero y me arriesgaré. En una ruptura rutinaria [de la paz], o en una conducta desordenada, podría muy bien tomar cincuenta dólares”.

Aunque la mayoría de los abogados facturan a los clientes en función del tiempo que dedican—o dicen que dedican—a un caso (y, en igualdad de condiciones, consideran que el tipo de cargo proporciona una indicación aproximada de ello), también ajustan esta cantidad según su evaluación de la capacidad de pago de su cliente. Algunos abogados critican esas prácticas de facturación, pero los que las utilizan afirman que permiten a los más acomodados subvencionar a los menos afortunados. Algunos abogados han experimentado con una tarifa plana para un caso, que en un estudio jurídico pequeño es de 300 dólares para un caso en el tribunal inferior y de 1.000 dólares para un caso en el tribunal superior. Pero esto significa que aquellas personas cuyos casos se resuelven rápidamente después de sólo una o dos comparecencias ante el tribunal pagan un costo

extremadamente alto por hora o por comparecencia, mientras que aquellos cuyos casos requieren de una investigación considerable, de una pesquisa, de una comparecencia ante el tribunal o de un juicio obtienen una verdadera ganga.

Otros abogados cobran una tarifa fija por cada comparecencia en el tribunal. Las tarifas varían considerablemente; los abogados privados asignados como “defensores públicos especiales” reciben una tarifa de 35 dólares por comparecencia ante el tribunal, mientras que la Lista de Honorarios Mínimos del Colegio de Abogados del Condado para 1962 especifica una tarifa de 125 dólares por comparecencia¹⁹. La Lista dice: “Los honorarios mínimos se interpretan como la cantidad más baja que el abogado considere razonable por los servicios prestados” y “El Comité sugiere que se desaliente la violación por parte de los miembros del Colegio de Abogados del condado de New Haven de la Lista de Honorarios Mínimos (excepto cuando la caridad hacia un cliente en particular en algún caso particular exija lo contrario), ya que sólo puede dar lugar a una competencia indeseable en materia de honorarios”.

Aunque la Lista de Honorarios Mínimos no es vinculante, es difícil verla de manera significativa por otra razón. Los abogados suelen ocuparse de varios casos en una sola visita al tribunal y, en teoría, podrían duplicar, triplicar o incluso cuadruplicar fácilmente la factura de cada visita, una práctica que pocos o ninguno siguen. La regla general es, como un abogado observó, “cobrar lo que el comercio soportará”. Cualquiera que sea el cargo, la práctica de facturar por cada comparecencia ante el tribunal proporciona a los abogados un incentivo para aumentar el número de comparecencias ante el tribunal, lo que puede explicar el hecho de que, en promedio,

¹⁹ Este fue el último año en que la Asociación distribuyó su plan anual de cuotas mínimas. Durante los decenios de 1960 y 1970 esos planes fueron objeto de crecientes ataques por parte de grupos de consumidores, el Departamento de Justicia y muchos abogados. Estos disturbios culminaron en la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Goldfarb v. Virginia State Bar Association*, 95 S. Ct., 2004 (1975), que sostuvo que la lista de honorarios mínimos de un colegio de abogados del condado de Virginia violaba las leyes federales antimonopolio porque restringía la competencia. No obstante, se puede llegar a la conclusión de que algunas reglas generales sobre la facturación siguen siendo publicadas por las asociaciones de abogados locales.

los abogados privados hagan más comparecencias por caso que los defensores públicos.

Los abogados no siempre tienen facilidad para cobrar el pago. La mayoría de los acusados que pueden permitirse un abogado privado apenas pueden permitírselo, y hacer el pago completo suele ser una carga sustancial. Además, una pelea con los tribunales penales rara vez es una experiencia satisfactoria; incluso las personas que “ganan su caso” suelen sufrir decepciones y pueden ser reacias a pagar puntualmente. Parte de este problema se supera insistiendo en un anticipo, pero los abogados a menudo tienen que depender de pagos a plazos que no siempre se pagan con prontitud. Una “historia de abogados” estándar, más apócrifa que real, es que los abogados no remunerados comparecerán ante el tribunal listos para lo que debería ser la última comparecencia y solicitarán un aplazamiento para localizar al último testigo crucial, el “Sr. Green” (es decir, sus honorarios), y que el juez concederá el aplazamiento solicitado. Los fiscales a los que pregunté sobre esta táctica sólo pudieron identificar un abogado defensor en la ciudad que dijeron que ocasionalmente usaba esta estratagema, aunque como observó un asociado cercano de un juez: “Los jueces y fiscales recuerdan aquellos días de escasez en los que empezaron a ejercer la abogacía y simpatizan con los abogados que quieren aplazamientos como palanca para cobrar honorarios”.

Aunque dista mucho de ser una guía exacta, la lista de honorarios mínimos proporciona una base para estimar el costo de los servicios de un abogado privado. Tomando la cifra de 125 dólares por comparecencia en el tribunal como cargo básico, el coste medio por caso de representación privada sería de 587,50 dólares ($4,7 \times 125$ dólares). En cambio, un abogado privado nombrado para un caso como “defensor público especial” es compensado a razón de 35 dólares por comparecencia en el tribunal. Esto arrojaría unos honorarios de 164,50 dólares para el caso promedio. Los abogados privados que llevan estos casos se quejan de que sólo reciben

alrededor de la mitad de sus honorarios normales, unos 300 a 350 dólares, una cantidad que varios abogados presentaron voluntariamente cuando les pedí que calcularan sus honorarios en un caso “medio”.

Defensores Públicos. Para obtener un abogado de oficio, una persona debe ser pobre. Hay directrices bastante rígidas para la elegibilidad, pero no se cumplen estrictamente y, de hecho, la mayoría de los detenidos que solicitan un defensor público rutinariamente lo obtienen. Hay varias razones para esto. Tal vez lo más importante es la creencia prevaleciente entre los fiscales, los defensores públicos y la mayoría de los jueces de que las directrices formales son demasiado restrictivas y que al negarle a una persona un abogado *gratuito*, en realidad le están negando *cualquier* abogado. En consecuencia, pueden pasar por alto un tope de ingresos o una obvia subvaloración de los bienes personales. Aunque algunos jueces lo sugieren ocasionalmente, pocos esperan seriamente que un solicitante venda su automóvil de cinco años para aumentar los honorarios de un abogado.

Una segunda razón es el impulso de la eficiencia administrativa. El formulario de solicitud requiere información detallada sobre la situación financiera del solicitante, y verificar todo ello requeriría más esfuerzo del que el defensor público está dispuesto a realizar en la mayoría de los casos. El personal de los defensores públicos encuentra mucho más fácil tomar la información parcial al pie de la letra y recomendar la asignación de un defensor público sabiendo que se cometerán errores. Justificaron esto con el argumento de que podría permitir que unas cuantas personas más tuvieran un abogado de oficio de las que se lo merecen, pero al menos no excluye a los que sí lo tienen. Además, los defensores públicos son reacios a cuestionar o desafiar respuestas ambiguas o incoherentes sobre los ingresos y el patrimonio, pues consideran que hacerlo crearía una atmósfera de sospecha y hostilidad, y menoscabaría su capacidad de ganarse la plena confianza de sus clientes.

Pero aun así puede ser difícil obtener un abogado. En el tribunal, la primera pregunta del fiscal a un acusado no representado es: “¿Quiere conseguir su propio abogado, solicitar un abogado de oficio, o terminar su caso hoy?” La propia forma en que se formula la pregunta anima a las personas a *no* buscar asesoramiento y sugiere un trato preferencial si se declaran culpables inmediatamente. Si alguien pide un abogado de oficio, entonces se le desvía para una entrevista para determinar su elegibilidad, y la entrevista en sí puede convertirse en una experiencia humillante.

De vuelta en el banquillo, el acusado puede tener que enfrentarse a un aluvión de preguntas retóricas pero humillantes del juez. Más que cualquier otro funcionario de la corte, los jueces pierden de vista el hecho de que están tratando con individuos diferentes, que cada caso es nuevo y distinto. Su tendencia al estereotipo se hace más evidente en las preguntas retóricas que plantean a los acusados confundidos cuando solicitan un abogado de oficio. Después de nombrar un abogado de oficio para los últimos seis casos seguidos, un juez podría frustrarse y preguntarle a un acusado sorprendido: “¿Por qué todos ustedes quieren un abogado de oficio? ¡Ya están tan saturados de trabajo!”. O en una solicitud límite, un juez podría cuestionar escépticamente al acusado sobre por qué no ha vendido su automóvil para obtener un abogado privado. A pesar de estos estallidos ocasionales—que suelen producirse al final de un día especialmente agitado, en el que todo el mundo está cansado y de mal humor—el juez aprobará invariablemente la solicitud, aunque puede seguir el anuncio con un comentario gratuito en el que exprese su disgusto por el hecho de que el Estado tenga que pagar por los abogados en casos tan insignificantes²⁰. Aunque los servicios de un abogado de oficio

²⁰ A pesar de sus ocasionales quejas, los jueces suelen estar dispuestos a aprobar las solicitudes de asistencia pública de los abogados. Sin embargo, no siempre ha sido así en New Haven. Durante su apogeo y antes del crecimiento de la oficina de defensores públicos. Los abogados de la LAA fueron objeto de constantes críticas por aceptar presuntamente clientes que no eran elegibles para sus servicios, un cargo que sin duda era frecuentemente cierto, por las mismas razones que ahora se aplican a los casos de los defensores públicos. El ataque fue vocal y vigoroso, llevado a cabo por profesionales privados locales en reuniones del colegio de abogados y jueces de la judicatura, que a veces se negaron a hacer citas y aprovecharon la oportunidad para criticar a la LAA. Con la institucionalización del sistema de defensores

son gratuitos, el camino hacia el nombramiento suele estar sembrado de pequeñas indignidades.

Los investigadores del proceso penal observan con frecuencia que los defensores públicos son abogados de segunda categoría que, debido a su escaso talento y a la gran cantidad de casos que tienen, no son muy enérgicos ni eficaces para servir a los intereses de sus clientes. Ambas observaciones son válidas para los defensores públicos en el Tribunal de Súplicas Comunes de New Haven, pero sólo en parte. La reputación de los defensores públicos no es tan buena como la de la mayoría de los abogados privados, y tienen una imagen más pobre entre los acusados²¹. De hecho, muchos acusados ni siquiera se dan cuenta de que los defensores públicos son abogados de pleno derecho, pensando que son aprendices de abogados o para-profesionales²². Estas opiniones pueden ser un producto inevitable de la propia estructura y nombre de la organización. Un abogado penalista de la AAL, que fue por consenso de los fiscales y la defensoría uno de los mejores abogados penales de la ciudad, señaló que los clientes ocasionalmente lo felicitan diciéndole que es tan bueno como cualquier "abogado de verdad". Le instan a que deje de ser un "ayudante legal" y se convierta en un "verdadero abogado". Los defensores públicos pueden sufrir un destino similar, reforzado por el hecho de que sus oficinas se encuentran en el tribunal, al lado del fiscal.

Con frecuencia se acusa a los defensores públicos de no preocuparse por sus casos, de enfrentarse a estereotipos y de tramitar rutinariamente sus casos con la mayor rapidez posible²³. Hay un cierto

públicos y la desaparición del tamaño y la imagen radical de la LAA, esta crítica disminuyó, aunque algunos abogados privados todavía se quejan de que los defensores públicos están tomando algunos clientes que realmente podrían permitirse contratar abogados privados.

²¹ El estudio más detallado de los defensores públicos desde la perspectiva de sus clientes es el de Jonathan Casper: *Americall Crimillal Justice: The Defendant's Perspective*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1972).

²² Esto puede explicar un intercambio muy citado que Casper utiliza como título de un artículo: "Did You Have a Lawyer When You Went to Court?—No, I Had a Public Defender", [¿Tuvo un abogado cuando fue a la corte?—No, tuve un abogado de oficio], *Yale Review of Law and Social Action* 1, 1971, 4-9.

²³ Ver David Sudnow: "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender's Office", *Social Problems* 12, 1965, 255-276. Pero para una crítica de Sudnow y un esfuerzo por comparar

grado de verdad en esto, como lo demuestra la forma en que los defensores públicos manejan los aplazamientos. Pero los defensores públicos a menudo tienen que luchar con sus clientes de una manera que otros abogados defensores no lo hacen. Muchos acusados están ansiosos por reducir al mínimo su contacto con el proceso penal, y recurren a los defensores públicos *no* para que les hagan un análisis cuidadoso y una representación enérgica, sino para que les aseguren que no les va a pasar nada malo. Los acusados cuyas solicitudes de un abogado de oficio acaban de ser aprobadas se acercan a menudo a un abogado de oficio pidiendo y esperando una opinión instantánea, algo que los abogados de oficio son reacios a expresar. Invariablemente los defensores públicos les dicen con firmeza y cortesía que hagan una cita para que puedan revisar el caso en detalle. Si bien la mayoría de los acusados acceden a estas sugerencias, muchos de ellos siguen presionando al defensor público, haciendo hincapié en que quieren “acabar en el día de hoy” y se irritan cuando los defensores públicos se niegan. Esto provoca una tensión entre los defensores públicos y muchos de sus clientes, una tensión que contradice la opinión popular. Porque es el acusado, ansioso por terminar su caso, quien quiere el consejo rápido, y es el defensor público, ansioso por preservar el sentido de profesionalidad, quien quiere extender el caso y revisarlo más cuidadosamente. Aunque fue imposible obtener cifras precisas, este tipo de problema es al menos tan generalizado como los problemas de demasiado trabajo y poca preocupación por parte del defensor público.

A la luz de las sentencias siempre indulgentes y de la manera casual en que se prolongan tantos casos, es comprensible que muchos acusados no obtengan abogados—públicos o privados—y, cuando lo hacen, que muchos de ellos no deseen más que una reunión rápida y superficial con sus abogados.

el defensor público con los abogados privados, véase Jerome Skolnick: “Social Control in the Adversary System”, *Journal of Conflict Resolution* 11 (1967): 52-70. Ver también Jackson Battle: “Comparison of Public Defenders’ and Private Attorneys’ Relationships with the Prosecution in the City of Denver”, *Denver Law Journal* 50, 1973, 101-136; y Abraham Blumberg: “The Practice of Law as a Confidence Game”, *Law and Society Review* 1, 1967, 15-39.

Aplazamientos

Aunque los acusados suelen querer terminar sus casos lo antes posible, no siempre tienen éxito. El tribunal tiene su propio ritmo, que a menudo está en desacuerdo con el interés propio del acusado. Los abogados defensores y los fiscales suelen prestar (o devolver) su atención a un caso en la mañana en que está programado en el calendario, y si no pueden resolver ninguna diferencia antes de la llamada del calendario, acordarán uno (u otro) aplazamiento. Los problemas que impiden la resolución de un caso pueden variar considerablemente, y una gran cantidad de aplazamientos se derivan de la confusión y el descuido. Un abogado defensor puede haberse comprometido demasiado ese día, o en un caso más difícil no estar dispuesto a pasar unos momentos adicionales para encontrar un fiscal a tiempo completo. Ocasionalmente un acusado puede aparecer en la corte sólo para encontrar que su caso no está en el calendario. O el abogado defensor puede olvidarse de aparecer. Es posible que no se haya completado un informe ordenado por el tribunal, como un informe de laboratorio sobre drogas, o que simplemente se pierda el expediente de un acusado. Cualesquiera que sean las razones del retraso, pueden transcurrir dos o tres horas después de que el acusado haya tomado asiento en el estrado antes de que se le informe de que su caso va a aplazarse. Rara vez se toma esta decisión en consulta con él o incluso con una apreciación de los problemas que podría implicar para él. Incapaz de comprender los detalles de las operaciones de los tribunales, la mayoría de los acusados están abrumados por los detalles de los procesos. Rara vez pueden distinguir entre decisiones razonables y no razonables, cuidadosas y descuidadas, y se quedan con un descontento generalizado y sospechas inquietantes.

Pero la demora no siempre es el resultado de un descuido, y a menudo es una estrategia de defensa muy efectiva. Como un abogado observó: "Podemos hacerles la vida difícil a los fiscales presentando muchas mociones (...) Por lo tanto, cuando presiono una línea

legalista no espero tener un discurso legal complicado, sino que es parte de mi munición para asegurar mis objetivos. Saben que hablo en serio y que pasaré mucho tiempo persiguiéndolo. Los desgastaré de esa manera”.

Las mociones pueden presentarse de una en una, de modo que un caso puede prolongarse durante un largo período. La demora estratégica también puede asegurarse declarándose no culpable y pidiendo un juicio con jurado. Esta solicitud proporciona automáticamente un aplazamiento de varias semanas (y a veces de varios meses), durante el cual el denunciante puede calmarse o se puede organizar la restitución. Debido a que la demora puede ser y a menudo es una estrategia de defensa efectiva, también puede ser utilizada con éxito por un abogado defensor para justificar su propio descuido o las acciones realizadas por conveniencia. Mientras que los defensores públicos pueden utilizarla para hacer frente a una carga de trabajo apremiante, los abogados privados pueden utilizarla para aumentar sus propios honorarios o asegurar el pago. En cualquier caso, todos los acusados, excepto los más conocedores, no podrán identificar las verdaderas razones de la demora.

Incomparecencia

Las causas de la no comparecencia. Para muchos detenidos la cuestión central no es cómo maniobrar para reducir las posibilidades de una condena, una dura sentencia o el número de comparecencias ante el tribunal, sino si deben presentarse ante el tribunal en absoluto. Esta consideración no se limita a un pequeño puñado de “fugitivos” o posibles fugitivos; se refiere a un gran número de detenidos. Aproximadamente un tercio de las personas de mi muestra se perdieron una o más de sus comparecencias programadas en el tribunal, y un número considerable (una persona de cada cinco) nunca volvió al tribunal, incluso después de recibir repetidas cartas de advertencia. Aunque a algunas de estas personas se les puso fin a sus casos mediante una acción judicial en la que se pedía el “decomiso de

la fianza sin más trámites”, aproximadamente uno de cada ocho o nueve casos nunca fue resuelto formalmente por el tribunal de ninguna manera, y se archivan como pendientes, cerrados sólo si y cuando el acusado es detenido por otros cargos no relacionados. La mayoría de los que no se presentan son acusados de delitos menores, pero el problema no se limita a ellos. Un tercio de los incomparecientes fueron acusados de la clase más grave de delitos menores, y el 20% de ellos fueron acusados de delitos graves. Tanto en términos de números absolutos como de la gravedad de los cargos, la falta de comparecencia presenta un problema grave y continuo para el tribunal.

En la tabla 7.5 se resumen varias tasas de incomparecencia según el tipo de liberación²⁴. Destacan dos características de este cuadro: el número relativamente grande de acusados que no se presentan y la proporción relativamente alta de acuerdos de comparecencia entre los riesgos presumiblemente mejores (es decir, los que se liberan en las condiciones menos restrictivas de citación o PDC). Muchas personas, especialmente los fiadores, han hecho muchas de estas conclusiones, argumentando que el primer conjunto de cifras apunta a un problema importante para el tribunal, y el segundo a una posible solución de este problema. Sugieren que el aumento de la dependencia de los bonos monetarios sería una forma de reducir la tasa de no comparecencia a un costo mínimo o nulo para el Estado.

²⁴ No hay una práctica uniforme simple para registrar las incomparecencias, así que todas las cifras son, en el mejor de los casos, estimaciones aproximadas. Si las personas que son liberadas en la PDC o a través de una citación no se presentan por primera vez se les suele enviar una carta de advertencia en la que se declara que están violando la ley al no presentarse y se les informa de una fecha para su comparecencia. Si no se presentan después de esto, el tribunal suele emitir una orden de arresto. Si una persona que está bajo fianza no se presenta, no es probable que reciba la carta o la advertencia, y en su lugar es probable que el tribunal emita una orden de arresto y ordene la confiscación de la fianza. Hay frecuentes excepciones a esta práctica general. A veces el tribunal emite órdenes de arresto sin enviar primero una carta a los que están en la Asociación de Padres y Maestros, y ocasionalmente se envían cartas de advertencia a los que están en libertad bajo fianza, aunque no tienen derecho a este tipo de advertencia. El problema se complica aún más por el hecho de que los jueces ocasionalmente continúan los casos en ausencia del acusado.

Tabla 7.5: Porcentaje de incomparecencia por tipo de liberación		
	Si	No
Carta de advertencia enviada a los liberados por citación y PDC	34.5% (279)	65.5% (530)
Órdenes emitidas para volver a arrestar a los que están fuera por citación y PDC	18.4% (149)	81.6% (660)
Órdenes emitidas para volver a arrestar a los que están en libertad bajo fianza	06.9% (35)	93.1% (473)

Si bien hay algo de verdad en este argumento, hay otra explicación mucho más importante para la menor tasa de incomparecencia entre los acusados que están en libertad bajo fianza. Estas personas no son acorraladas en la comparecencia por sus fiadores, sino que el sistema de registro de la corte se ajusta para pasar por alto sus faltas de comparecencia. Los fiadores son relativamente pasivos en la supervisión de la mayoría de sus clientes de los tribunales inferiores, prefiriendo perseguir a los pocos que no se presentan en el tribunal y pasar poco tiempo supervisando las comparecencias de todos los que se presentarían de todos modos. Pero esta estrategia depende de un tribunal cooperativo; si el cliente de un fiador no se presenta en el tribunal, entonces debe ser capaz de convencer al tribunal de que pase temporalmente el caso o le conceda un aplazamiento en ausencia de su cliente. En cambio, no es probable que una persona puesta en libertad sin una fianza o con una fianza en efectivo haga que alguien intervenga en su favor, y su no comparecencia suele dar lugar a una orden judicial automática. En resumen, las variaciones en las tasas de incomparecencia por *tipos de liberación* se deben probablemente más a diferencias en la presencia o ausencia de alguien que intervenga en nombre del acusado que a diferencias reales en los dos tipos de programas de liberación.

Esta actitud casual hacia las incomparecencias es compartida por muchos acusados también. A pesar de la elevada tasa de ausencias, pocos de los que no comparecen lo hacen porque huyen de la jurisdicción del tribunal. Muchos simplemente no quieren presentarse. No hacen ningún esfuerzo por esconderse de la corte;

simplemente la ignoran, esperando quizás que el problema que representa desaparezca. Esta estrategia suele dar sus frutos. El Departamento de Policía no hace ningún esfuerzo serio por hacer cumplir las órdenes de incomparecencia y los que deciden ignorar al tribunal no es probable que se los molesten, a menos, o hasta que se les vuelva a detener por otros cargos no relacionados. Pero el resultado es un tipo de profecía autocumplida. La actitud permisiva del tribunal hacia la no comparecencia fomenta la práctica de modo que el problema se multiplica.

Hay otro conjunto de razones que fomentan la no comparecencia, que tienen más que ver con las características del propio tribunal que con las de los acusados. La comparecencia ante el tribunal es una experiencia desconcertante, y muchos detenidos salen de sus comparecencias pensando que después de una noche en el calabozo y los pocos momentos antes del juicio sus casos han terminado cuando en realidad sólo han comenzado. Otros recuerdan que se les ha dicho que vuelvan a la corte, pero han olvidado la fecha, y no se molestan en tratar de averiguar cuándo es. Si bien gran parte de esta incapacidad para oír o recordar es atribuible a una percepción selectiva, el problema se ve fomentado por el rápido ritmo de los procedimientos, el código telegráfico en el que los habituales del tribunal se comunican entre sí y la ligereza con que se trata al acusado.

La gente no comparece por otras razones. Todos los acusados deben presentarse en el tribunal a las diez de la mañana, aunque muchos de sus casos no serán llamados hasta después de la pausa del almuerzo. Por tradición, los casos de los que no están representados por un abogado se llaman últimos, lo que normalmente significa que tienen una espera de varias horas. Y durante esta larga espera, muchos de los que estaban presentes al principio se marchaban. Algunos se cansan o se aburren y se van después de una o dos horas. Unos pocos piensan que el tribunal ha terminado cuando entra en receso para el almuerzo, y se van pensando que su caso no estaba en el calendario del día. Otros salen al baño o a fumar un cigarrillo, pierden la llamada

y se les clasifica como en incomparecencia. Incluso si una persona regresa al tribunal poco después de que esto haya ocurrido, el fiscal no siempre hará que se retire la orden. Si es tarde o el fiscal está agobiado y cansado, puede simplemente decirle al acusado que vuelva a comparecer otro día, y que mantendrá en vigor el fallo por la incomparecencia, acción que crea un *registro* de falta de comparecencia, algo que puede volver a perseguir al acusado si es detenido de nuevo.

Al darse cuenta de que han contribuido a muchas de estas incomparecencias, y que puede haber errores debido a la confusión o a la preocupación por la rapidez, los fiscales y los jueces tienen una actitud relativamente tolerante hacia ellas. Es más fácil ignorar o pasar por alto el problema que hacer el esfuerzo de separar las excusas razonables de las no razonables. Esta actitud explica por qué ninguna de las 234 personas de la muestra acusadas de incomparecencia fue condenada por este cargo. Una vez que el acusado es restituido, generalmente voluntariamente o como resultado de un nuevo arresto, la corte anula los cargos de la incomparecencia. Esta política, que es racional para los fiscales y jueces individuales, es irracional para el tribunal en su conjunto. En cualquier situación, el tratamiento casual de las incomparecencias puede ahorrar tiempo, pero en conjunto este comportamiento fomenta la falta de comparecencia y amplía el problema. Al no sancionar a quienes no comparecen ante el tribunal, se desaprovecha el efecto disuasorio de la acusación por incomparecencia y se fomenta la no comparecencia. La indulgencia en nombre de la eficiencia individual, entonces, produce ineficiencia colectiva.

A algunos detenidos se les recomienda que *no* se presenten en el tribunal. Estas personas suelen ser acusadas de delitos menores y han sido liberadas con fianzas de tan sólo cinco o diez dólares. Los fiscales se alegran cuando estas personas no comparecen. En estos casos, en lugar de solicitar la orden de arresto estándar, el fiscal recomendará la confiscación de las fianzas y la conclusión del caso. Más del 16% de

todos los casos de mi muestra tenían disposiciones de este tipo. Muchos involucran a los puertorriqueños acusados de juego, un delito menor. Muchos involucran a los puertorriqueños acusados de juego ilegal, un delito menor (desde que recogí mis datos, esta acción ha sido despenalizada). Cuando el juego todavía era un acto criminal, la policía asaltaba periódicamente los “clubes sociales” puertorriqueños, centros comerciales en los que los hombres se reunían para beber cerveza, socializar y jugar a las cartas, y arrestaba a los que estaban apostando o dispensando alcohol ilegalmente. Con una regularidad casi ritual, estos arrestados eran liberados con fianzas bajas—a menudo fijadas según la cantidad de dinero en sus bolsillos, pero raramente por encima de diez o quince dólares—pero no se molestaban en comparecer ante el tribunal, prefiriendo en cambio que éste ordenara la confiscación de la fianza sin ninguna otra acción.

En un momento de mi investigación, este equilibrio casi se destruyó cuando los oficiales de arresto comenzaron a liberar a estos detenidos mediante citaciones de campo. Los oficiales que se encargaban del encierro estaban resentidos por la cantidad de papeleo que implicaban estos casos de “Mickey Mouse” y lograron convencer a los oficiales de patrulla para que emitieran citaciones sobre el terreno, una forma de liberación que evitó por completo el encierro. Mientras que los oficiales de detención se acomodaron a la petición de sus compañeros, el Procurador General estaba furioso porque causaba una crisis administrativa en su oficina. Sin una fianza, los cargos de este grupo de detenidos ya no podían ser convenientemente dispuestos por una confiscación de fianza, por lo que el atraso del fiscal en los casos pendientes aumentó dramáticamente. Los casos que una vez fueron terminados rutinariamente tenían que permanecer abiertos y sin resolver, un problema que sólo podía empeorar, ya que nadie tenía ningún incentivo para cumplir realmente con las órdenes judiciales. Después de amenazas primero y luego de súplicas educadas, el Procurador General pudo convencer a la policía de que volviera a sus antiguas prácticas, y la crisis pasó.

Las disposiciones por confiscación de fianzas no se limitan en absoluto a los pequeños delitos de juego ilegal. Ocasionalmente, alguien de fuera de la ciudad indicará su reticencia a regresar a la ciudad, y el oficial de la prisión preventiva sugerirá un acuerdo de confiscación de la fianza en efectivo, o quizás incluso negociará por teléfono con un fiscal. Algunos utilizan este dispositivo para escapar de la vergüenza de una comparecencia ante un tribunal, especialmente en los casos en que hay cargos de solicitud a homosexuales u otros actos socialmente desaprobados, para los que el detenido desea evitar la exposición pública y la humillación y los fiscales están dispuestos a cooperar. En esos momentos, un acuerdo puede incluso ser negociado por un representante legal del acusado, y un fiscal recordó algunos casos en los que los detenidos que habían sido puestos en libertad bajo fianza solicitaron posteriormente que se fijara una fianza. De esa manera podrían tener una fianza que perder para poder cerrar el caso sin tener que hacer una comparecencia. En estos raros casos, todo el mundo se ve a sí mismo como si saliera adelante. El acusado no se expone a la humillación pública ni se le obliga a hacer una admisión de culpabilidad. El fiscal considera que esta acción es apropiada en situaciones en las que alguien ya ha “sufrido bastante”, y considera que la no comparecencia y el decomiso de la fianza equivalen a una admisión de culpabilidad y una multa.

Previendo fracasos en la comparecencia. En los dos últimos decenios se ha hecho un esfuerzo cada vez mayor por racionalizar la puesta en libertad previa al juicio basando la decisión en una evaluación de la probabilidad de que el detenido aparezca²⁵. Los factores utilizados en esta evaluación incluyen los vínculos con la comunidad local, como el

²⁵ El primer gran esfuerzo para examinar este problema sistemáticamente es el de Daniel J. Freed y Patricia Wald: *Bail in the United States: 1964*, Washington: Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Fundación Vera, Inc., 1964. Los resultados del primer experimento temprano para vincular explícitamente las condiciones de liberación a esos factores se recogen en Charles Ares, Anne Rankin y Herbert Sturz: “The Manhattan Bail Project: An Interim Report on the Use of Pretrial Parole”, *New York University Law Review* 38, 1963, 67-95. Desde este primer esfuerzo se han realizado numerosos estudios similares. Para un excelente resumen y evaluación de este trabajo, véase *An Evaluation of Policy Related Research on the Effectiveness of Pretrial Release Programs* (Denver: National Center for State Courts, Publication, Publicación No. R0016, octubre de 1975).

tiempo de residencia en la zona, el número de dependientes, la situación familiar y la situación laboral; los residentes de larga duración, que viven con su familia y están empleados se consideran los mejores riesgos.

A principios de los años 60, el Vera Institute of Justice en la ciudad de Nueva York instituyó un programa piloto que desarrolló un "sistema de puntos" de lazos comunitarios para tomar decisiones de liberación. Si la puntuación total de "lazos con la comunidad" de un acusado era lo suficientemente alta, los entrevistadores de Vera recomendarían que fuera liberado bajo su propia responsabilidad. La Comisión de Fianzas de Connecticut estaba fuertemente influenciada por el experimento de Vera, y la Ley de Reforma de Fianzas de 1967 del estado vinculaba explícitamente las condiciones de liberación a los tipos de factores con los que Vera había estado experimentando²⁶.

Este interés ha dado lugar a una serie de informes de investigación que tratan de poner a prueba y mejorar la capacidad de predicción de estos esfuerzos. Han correlacionado una serie de factores diferentes sobre el acusado—estado civil, empleo, hábitos de compra, antecedentes, tipo de acusación, etc.—con la comparecencia/no comparecencia en un esfuerzo por refinar el modelo original y hacer predicciones más precisas. En general, estos esfuerzos han sido un fracaso total. Ninguno de estos factores, tomados individualmente o en combinación, parece ser un buen predictor de la comparecencia. En un estudio de Filadelfia, los investigadores encontraron que el factor más consistente en su análisis multivariado era si el acusado había pagado una factura de servicios públicos en los últimos tres meses²⁷. En Nueva York, otros investigadores llegaron a la conclusión de que otro factor

²⁶ Para los debates sobre la Comisión de Fianzas de Connecticut y la administración de las fianzas en Connecticut, véase Thomas O'Rourke y Robert Carter: "The Connecticut Bail Commission", *Yale Law Journal*, 79, 1970, 513-527; y Malcolm M. Feeley y John McNaughton: "The Pretrial Process in the Sixth Circuit Court: A Quantitative and Legal Analysis" (Documento archivado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Yale, 1974).

²⁷ Ver Robert A. Wilson: "A (Practical) Procedure for Developing and Updating Release on Recognizance Criteria" (*mimeo*, University of Delaware, Division of Urban Affairs, March 1975).

determinante—la posibilidad de que el acusado pudiera ser localizado por teléfono en su residencia principal—era el mejor predictor de la comparecencia. Era al menos tan fiable o más que la larga lista de factores sobre la familia, los lazos comunitarios y la situación laboral, en los que tradicionalmente se había basado el organismo de fianzas para hacer sus recomendaciones de liberación²⁸. Sin embargo, en ambos casos, la capacidad de predecir la comparecencia se mantuvo en un nivel muy bajo²⁹.

Hice un esfuerzo similar para un subconjunto de mis casos de New Haven y los resultados fueron de nuevo desalentadores³⁰. Incluí diecisiete variables independientes separadas en un análisis de regresión múltiple; un grupo de factores consistía en los lazos comunitarios, como el estado civil, la residencia, el tiempo de permanencia en la comunidad, la situación laboral y el número de dependientes, y la gravedad de las acusaciones. Un segundo grupo estaba formado por factores “extralegales” como la raza, la edad, el sexo del acusado, el hecho de que estuviera representado por un abogado, y varios otros factores sobre la reacción de la policía a la detención y el tipo de liberación inicial.

En la tabla 7.6 se resumen los resultados de este esfuerzo. En una palabra, están consternados. Independientemente del orden en que se introdujeron en las ecuaciones, ninguno de los factores demostró ser importante (por ejemplo, ninguno de ellos fue siquiera estadísticamente significativo en el nivel del 5%), y en el agregado representaron sólo un poco más del 2% de la varianza total de la variable dependiente. Además, esas dos variables que se destacaban

²⁸ Paul Lazarsfeld: “An Evaluation of the Pretrial Services Agency of the Vera Institute of Justice: Final Report” (*mimeo*, December 16, 1974).

²⁹ Aunque estos factores están marginalmente relacionados con la falta de comparecencia, basar las decisiones en ellos generaría un gran número de errores de tipo I y tipo II. Es decir, muchas personas que tienen las características de los que no comparecen pero que, sin embargo, comparecerían si fueran liberadas, serán puestas en libertad bajo fianza, y muchas personas que no poseen estas características serán puestas en libertad bajo fianza o PDC, y posteriormente no comparecerán. Los problemas de basar la política en predictores débiles se exploran en la Nota, “Preventive Detention: An Empirical Analysis”, *Harvard Civil Rights and Liberties Law Review* 6, 1971, 291-396.

³⁰ Excluí los acuerdos de comparecencia en los que el tribunal ordenó la confiscación de las fianzas en efectivo para cerrar el caso.

como las más importantes, en un grupo en el que nada era siquiera estadísticamente significativo, eran la raza del acusado y si estaba representado por un abogado. Estos factores son probablemente marginalmente más importantes porque los fiadores probablemente no tienen una red de contactos tan buena en la comunidad negra como en la blanca, y porque es más probable que se recuerde a los representados por un abogado sus obligaciones que a los que no tienen abogado.

Tabla 7.6: Los resultados de la regresión de un intento de explicar los fracasos en la comparecencia				
Descripción de la variable	Coefficiente	Error estándar del coeficiente	Coefficiente normalizado	Varianza única
Raza*	—0.06	0.04	—0.09	.008
Que tenía un abogado*	—0.00	0.00	—0.08	.006
Correlación múltiple (R) = 0.13 Correlación múltiple al cuadrado (R²) = 0.02 Correlaciones parciales con la variable dependiente (incomparecencia) para las variables no introducidas en la regresión múltiple (ninguna de ellas aumentó R² en más de 0,010).				
Descripción de la variable		Correlación parcial		
Acusación original		0.024		
Acusación original		—0.027		
Acusación original		—0.034		
Condenas previas		—0.038		
Acusación original		—0.074		
Estado civil		0.046		
Dependencia		0.030		
Dirección de New Haven		0.049		
Duración del tiempo en la zona		0.007		
Empleado en la actualidad		0.023		
Razones para la liberación otorgada		0.043		
Razones para la liberación otorgada		—0.006		
Razones para la liberación otorgada		—0.021		
Sexo		—0.016		
Edad		0.052		
* Estadísticamente insignificante en el nivel 0.05.				

Al igual que otros esfuerzos, el mío para identificar predictores de comparecencia/no comparecencia se centró en las características de los acusados *individuales*. Sin embargo, el análisis anterior sugiere que la etiqueta de la comparecencia en sí misma es problemática porque depende en parte de si un fiador está presente en el tribunal para asegurar un aplazamiento y si un fiscal está dispuesto a hacer adaptaciones para aquellos que salen de la sala del tribunal

momentáneamente. Además, al centrarnos en las características *personales* del acusado pasamos por alto la importancia de las *características organizativas* en el tribunal que pueden fomentar la no comparecencia. Las personas que no tienen abogado pueden *presentarse* en el tribunal con la misma frecuencia que las que sí lo tienen, pero debido a que sus casos no se llaman hasta tarde, algunos se rinden y se van a casa, ya sea porque están aburridos e irritados o porque piensan que un receso es un aplazamiento. Mis observaciones del tribunal me llevan a creer que la no comparecencia es más probable que se explique en términos de cómo nosotros los acusados entendemos las operaciones del tribunal (por ejemplo, ¿están en la sala correcta?), cuánto respeto tienen por el tribunal, cuán seriamente se toman el procedimiento, cuán conscientes son de sus comparecencias programadas en el tribunal y cuáles creen que serán las consecuencias si no comparecen. En otras palabras, es probable que *la interacción entre la organización del tribunal y el acusado* ofrezca la mejor explicación para la comparecencia o no comparecencia.

Programa de suspensión del enjuiciamiento

Una forma de que un acusado reduzca las posibilidades de ser condenado y de que se le imponga una pena posterior a la condena es hacer un esfuerzo anticipado para “rehabilitarse”. Hay una variedad de formas en las que el acusado puede demostrar este esfuerzo al tribunal, algunas de las cuales se describieron en el capítulo seis. Una forma es el Programa Alternativo Previo al Juicio patrocinado por el Consejo de Servicios Previos al Juicio de New Haven. Los representantes de este programa se acercan a los nuevos detenidos que cumplen con los criterios iniciales de elegibilidad, y les ofrecen la oportunidad de participar en su programa interno de asesoramiento de grupo o de aprovechar sus servicios de colocación de empleo. Si los que son aceptados participan fielmente en estas actividades por un período de noventa días, el programa recomendará al fiscal que se retiren los cargos.

A pesar de los aparentes beneficios que se derivan de este programa, muy pocos de los detenidos elegibles lo aprovechan. Las estimaciones elaboradas a partir de mi muestra indicaron que más de tres cuartas partes de todos los detenidos cumplían los requisitos *iniciales* de elegibilidad del programa, pero de los 800 elegibles de los que se disponía de datos, sólo 19, o el 2,3% de ellos, participaron realmente en el programa de reorientación³¹. Los funcionarios del programa de reorientación intentan explicar estas bajas cifras señalando la discreción del fiscal para vetar a los posibles participantes que de otro modo serían elegibles e interesados. Si bien estos factores ciertamente limitan el tamaño del programa, hay otra razón mucho más importante para su eficacia limitada: los detenidos consideran que la participación en el programa en sí es una pena mucho más severa que la que creen que recibirán si *no* participan.

Una evaluación del programa intentó estimar lo que podría haber sucedido a los participantes del programa si no hubieran sido "reorientados"³². Identificando un grupo de control y trazando su camino a través del tribunal, los investigadores encontraron que entre una quinta y una tercera parte del "grupo de control" obtuvo *noles* o despidos; la mayoría de ellos se declararon culpables y recibieron una pequeña multa de 10 a 20 dólares. *Ninguno* de ellos fue a la cárcel. En resumen, llegaron a la conclusión provisional de que no es probable que los tribunales traten con dureza a las personas que reúnen los requisitos, pero se niegan a participar en el programa de reorientación.

Por el contrario, las personas que participan en el programa deben estar de acuerdo en participar en reuniones programadas regularmente durante un período de tres meses sin garantías definitivas de que sus casos serán anulados después. No es

³¹ Una amplia discusión sobre la elegibilidad y la participación se encuentra en Feeley y McNaughton: "The Pretrial Process in the Sixth Circuit Court", 44-49.

³² Daniel J. Freed, Edward J. de Grazia y Wallace D. Loh: *The New Haven Pretrial Diversion Program—A Preliminary Evaluation* (May 16, 1972-May 1, 1973) (New Haven: Report to the New Haven Pretrial Services Council, June 1973, revised September 4, 1973).

sorprendente, entonces, que tanta gente deje pasar el programa de reorientación.

Los defensores de los programas alternativos previos al juicio justifican su apoyo por tres razones diferentes³³. En primer lugar, sostienen, la reorientación ofrece una *alternativa beneficiosa* al duro proceso formal de juzgamiento. En segundo lugar, está diseñado para *reducir el control social* sobre los acusados de delitos menores que muchos ni siquiera se consideran “criminales”. En tercer lugar, los adherentes afirman que estos programas contribuyen a la *eficiencia* de los tribunales al liberar tiempo en los casos menos graves.

Sin embargo, en la práctica, el programa alternativo previo al juicio de New Haven aumenta en lugar de disminuir la dureza del proceso penal, amplía en lugar de reducir el alcance del control social sobre los detenidos y aumenta en lugar de disminuir la carga de trabajo del tribunal. La relativa dureza de los programas se manifiesta en el hecho de que la mayoría de los detenidos no están interesados en ellos, y prefieren seguir el camino estándar del juzgamiento. Los resultados del caso del grupo de “control” descrito anteriormente refuerzan esta conclusión. La alternativa a un programa largo y engorroso es, en el peor de los casos, una pequeña multa, no la cárcel, y a menudo se trata de un *nolle inmediato* en lugar de uno retrasado.

En segundo lugar, la reorientación representa una expansión neta del control social cuando se compara con la alternativa de la sentencia estándar. Aproximadamente entre una quinta y una tercera parte de las personas cuyos casos se anulan *después* de participar en el programa de reorientación probablemente se habrían anulado completamente si *no* hubieran participado. En cuanto a los demás participantes, ninguno de ellos habría recibido una dura condena y casi todos habrían visto sus casos resueltos y habrían sido retirados por

³³ Para una historia útil y una evaluación de los programas alternativos antes del juicio, ver Raymond T. Nimmer: *Desviación: The Search for Alternative Forms of Prosecution* (Chicago: American Bar Foundation, 1974).

completo del sistema de justicia penal mucho antes si *no* hubieran sido “reorientados”.

Tercero, los programas de reorientación no parecen liberar el tiempo de los fiscales y jueces para concentrarse en otros problemas más graves. Como todas las instituciones, el tribunal ha desarrollado rutinas informales para manejar los asuntos de manera rápida y eficiente. Al introducir una opción más—que se utiliza con poca frecuencia y que requiere consideraciones y consultas *especiales*—se altera la rutina habitual y se ralentiza el proceso porque se dedica una cantidad desproporcionada de tiempo a ellas. Y como es probable que siempre haya muy pocos, seguirán ocupando tiempo. Además, si el personal del programa de reorientación se considera en sí mismo parte del “sistema judicial”, entonces la reorientación tampoco es rentable, ya que los costos por caso son mucho más altos que los del tribunal³⁴.

El índice de desequilibrio

Por muy indulgentes que parezcan ser las decisiones en la etapa previa al juicio, suelen recaer más duramente y sobre más personas que las sanciones impuestas después de la sentencia y, en consecuencia, dan forma a los acontecimientos en etapas posteriores. En un ensayo conciso y abrumadoramente persuasivo, Daniel Freed discute una de las anomalías del proceso penal: “De las muchas paradojas que afectan al sistema de justicia penal, pocas superan la imagen de que los jueces y las autoridades penitenciarias encarcelan a más delincuentes acusados antes de sus juicios que después de su condena”³⁵.

Para demostrar esta paradoja desarrolló un índice simple, el “índice de desequilibrio”, por el cual podía comparar el tamaño de la

³⁴ Freed, de Grazia y Loh estimaron que el costo medio por participante era de 691 dólares, varias veces más que el costo de la supervisión comunitaria media de los delitos menores (que la Comisión Presidencial para la Aplicación de la Ley estimó en 142 dólares). Ver Freed, de Grazia y Loh: *The New Haven Pretrial Diversion Program*, 68-69.

³⁵ Freed: *The Imbalance Ratio*, 25.

población en prisión preventiva con la población condenada³⁶. Si la proporción es cercana a cero, argumentó, “esto indicaría que comparativamente pocas personas que son encarceladas antes del juicio son liberadas después de la condena. Si, por otra parte, una proporción significativa de los detenidos en prisión preventiva fueran puestos en libertad antes del juicio o de la sentencia, la proporción sería una fracción elevada (...)”³⁷. Aplicando esta prueba a dos conjuntos de cifras brutas disponibles sobre la población carcelaria en Connecticut, encontró que el “índice de desequilibrio” rondaba los 0,70, lo que indica que muchas más personas fueron detenidas antes del juicio que encarceladas después de la sentencia, un hecho que concluyó literalmente “pone la justicia patas arriba”³⁸.

Se trata de una demostración dramática y convincente del desequilibrio entre los costos previos y posteriores al juicio, pero el concepto de desequilibrio puede extenderse a otras áreas y producir el mismo tipo de resultados. El proceso previo al juicio impone una serie de sanciones, y es instructivo sopesarlas con los costos de la condena y los posteriores a la misma. Los resultados son menos dramáticos que las cifras sobre el encarcelamiento, pero como muestra el análisis que figura a continuación, el desequilibrio está sesgado en la misma dirección.

Detención preventiva. De 1.640 casos, 146 personas fueron detenidas hasta que sus casos fueron elevados. Aunque este grupo tenía más probabilidades de ser condenado que los que fueron liberados (70 a 51%), pocos de ellos fueron condenados a penas de prisión importantes. Aproximadamente cuatro veces más personas fueron encarceladas antes de la disposición que *después* de ella, lo que produjo una proporción de desequilibrio—según la fórmula de Freed—de

³⁶ La relación se expresa como $[(A-B)/A]$, donde A es la población acusada a prisión y B es la población condenada a prisión.

³⁷ Freed: *The Imbalance Ratio*, 28.

³⁸ Freed: *The Imbalance Ratio*, 25.

0,73, cifra que subestima el desequilibrio, ya que algunos de los condenados a penas de prisión estaban libres antes del juicio.

Condiciones de la liberación. Mientras que aproximadamente el 50 por ciento de los arrestados en mi muestra fueron liberados sin tener que pagar fianza, la otra mitad tuvo que comprar la libertad³⁹. *Excluyendo* a aquellos que pagaron sus "multas" por la pérdida de fianzas de bajo valor monetario, la fianza promedio fue de más de 1.000 dólares, lo que significa que la comisión promedio del fiador fue de 76 dólares. Si bien esta comisión puede no parecer severa, es significativa en contraste con las sanciones impuestas en la sentencia.

La tabla 7.7 compara el costo de asegurar la libertad previa al juicio con las multas. Obviamente una comparación estricta no es posible, pero comparar el dinero recaudado por los honorarios de los fiadores con las multas de los tribunales y las confiscaciones de fianzas es revelador. En total, los acusados de delitos penales pierden *tres veces* más dinero para los fiadores en forma de comisiones que los condenados o presuntos delincuentes en multas y confiscaciones de fianzas. Esta diferencia no se debe enteramente a que los honorarios de la fianza se reparten entre todos los detenidos y las multas se concentran en unos pocos. La multa promedio es de 28-44 dólares, cerca de un tercio del monto de la comisión promedio de un fiador. Además, la tasa mínima de fianza es de 20 dólares, igual o superior a un tercio de todas las multas (el 232 o el 48% de todas las 485 multas o confiscaciones de fianza fueron de 20 dólares o menos). En los límites superiores, mientras que sólo diecisiete personas, o menos del 5% de los condenados, pagaron 100 dólares o más en multas, otras doce que no fueron condenadas confiscaron fianzas de esta cantidad, y un total de sesenta y seis personas pagaron comisiones de fiadores

³⁹ Recordemos también que varias personas fueron puestas en libertad por la Asociación de Padres y Maestros sólo después de haber pasado varios días en la cárcel sin poder recaudar dinero para la fianza. Además, se informó de algunos casos en que los detenidos no podían asegurar su liberación simplemente porque no se les permitía ir a un banco a retirar dinero de sus cuentas para pagar la fianza en efectivo o la comisión del fiador, un "Catch-22" que el sistema de justicia penal impone ocasionalmente a sus "clientes".

de 100 dólares o más. Como quiera que se mire, la comisión de fianzas impone una pena mayor a más personas que las multas que podrían pagar al ser condenados, o incluso la fianza que tendrían que perder por no comparecer.

Muchos observadores del proceso previo al juicio sostienen que muchas personas se declaran culpables simplemente porque son pobres y quieren escapar de una detención prolongada. Estos datos sugieren una razón adicional. Incluso aquellos que *pueden permitirse* contratar a un fiador pueden desear declararse culpables para evitar el pago de la comisión. Si la fianza se fija en 1.000 dólares, la comisión sería de 70 dólares o tal vez de 100 dólares, mientras que con toda probabilidad el acusado, en caso de ser condenado, recibiría una sentencia suspendida, libertad condicional sin restricciones o, en el peor de los casos, una pequeña multa. Si el estigma de la condena no molesta mucho al detenido, entonces no tiene mucho sentido que pague la comisión de un fiador y se enfrente a la posibilidad continua de una multa también, cuando puede pagar una pequeña multa al principio y rápidamente salir del proceso por completo.

Tabla 7.7: Una comparación de los costos de fianzas, multas y confiscaciones de fianzas.						
Fianzas y multas (en \$)	Fianzas			Confiscaciones de fianzas y multas		
	Comisión de fianzas estimada*	Nº de fianzas	Estimado de \$ a los fiadores	Nº de multas	Nº de perdidas	Estimado de \$ a los tribunales
5	—	(77)	—	23	65	440
10	—	(6)	—	50	4	540
15	—	(2)	—	46	3	735
20	—	(14)	—	37	4	820
25	—	(89)	—	130	24	3850
50	—	(106)	—	52	18	3500
100	20	129	2580	11	5	1600
150	20	0	—	2	5	1050
200	20	41	820	4	2	1200
300	20	33	660	—	—	—
400	28	1	28	—	—	—
500	35	75	2625	—	—	—
1000	70	169	11830	—	—	—
2000	140	36	5040	—	—	—
5000	350	19	6650	—	—	—
1000 o más	700	11	7700	—	—	—
Totales		514 (\$100 o más)	37903	355	130	13735
Promedio estimado de la Comisión de Fianzas = \$73.74						

Promedio de la multa = \$28.44 Promedio de confiscación de fianzas = \$28.00

* Esta estimación se basa en la más baja de las dos tasas de comisión, la tasa de los independientes y no la de los fiadores de seguros. Las cifras pueden ser conservadoras.

Obteniendo un abogado. Para contratar a un abogado privado, el acusado debe gastar más dinero durante el proceso previo al juicio de lo que el tribunal cobraría en multas. El promedio de los honorarios de un abogado privado es de unos 350 dólares, mientras que la multa promedio es menos del 10% de esa cantidad. Pocos abogados privados aceptan casos de cualquier tipo por menos de 100 dólares, pero pocas multas superan esta cantidad. Estimo que en total los clientes de mi muestra pagaron más de 50.000 dólares a los abogados, mientras que sólo una pequeña fracción de esta cantidad se pagó en concepto de multas.

Muchos acusados, sin darse cuenta, sufren retrasos y complicaciones que les imponen sus abogados. Incluso cuando se proporciona un abogado sin costo alguno, muchos resienten las conferencias en las que insisten los defensores públicos. Aunque los defensores públicos se sienten frustrados por esta actitud, no es completamente irracional. Si al final no importa en términos de sentencia si el abogado defensor monta una defensa casual o una defensa vigorosa, el acusado puede preferir la primera ya que reduce sus costes previos al juicio.

Esto sugiere que las comparaciones estándar entre el desempeño de los abogados públicos y privados en los tribunales inferiores pueden ser engañosas, o incluso carecer de sentido. Las concepciones y expectativas sobre sus funciones pueden ser muy diferentes para sus respectivos clientes. En la mente de muchos acusados, el abogado de oficio es poco más que un experto gratis del que obtener un consejo *rápido*. Pero *todos* aquellos que van a costa de contratar un abogado privado es probable que tengan sentimientos intensos y quieran y esperen más de sus abogados. Si alguien con un ingreso superior a los límites de elegibilidad del defensor público sólo quiere un consejo

rápido y superficial, entonces puede que no esté dispuesto a invertir en un abogado privado y prefiera prescindir de un abogado⁴⁰.

Aplazamientos. Si bien las demoras suelen beneficiar a los acusados, se obtienen a un precio que puede llegar a superar rápidamente los beneficios. En primer lugar, una comparecencia ante el tribunal es probable que implique una parte sustancial del día del acusado. El tribunal se reúne a las 10 de la mañana, dos o tres horas después de comenzar la jornada laboral. Dos o tres horas es un período demasiado corto para que la mayoría de la gente se presente a trabajar, pero lo suficientemente largo para causar problemas. Una vez que el acusado está en el tribunal, es imposible para él obtener una estimación exacta de cuándo se llamará su caso. Sólo a los acusados con abogados privados se les ha dicho que probablemente terminarán antes del mediodía, aunque de hecho la mayoría de los clientes de los defensores públicos han terminado de trabajar por el día a esta hora. Los que no tienen abogado a menudo tienen que esperar hasta después del receso del almuerzo antes de ser llamados.

Cada comparecencia ante el tribunal suele implicar un mínimo de medio día, lo que a menudo se traduce en medio día de salario descontado. Una vez más, para *ilustrar* el desequilibrio de los costos en el proceso previo al juicio—en este caso los costos de los aplazamientos—y las sanciones posteriores a la condena, podemos comparar una estimación del valor agregado de los salarios perdidos con el valor agregado de las multas cobradas. El promedio de comparecencias en los tribunales de *todos* los acusados de mi muestra fue de 3,3. Estimando que cada comparecencia ante el tribunal hace

⁴⁰ Quiero subrayar que esta observación se deriva principalmente de mi experiencia con los tribunales inferiores y que su lógica puede no extenderse a los casos en los que lo que está en juego en la sentencia es mucho mayor. Además, no quiero sugerir que todos los defensores públicos traten siempre los casos de manera informal porque sus clientes sólo quieren un servicio superficial. Hay muchos defensores públicos diligentes, y hay muchos clientes de defensores públicos que quieren “llevar sus casos hasta la Corte Suprema”. Además, hay muchos defensores públicos que, por descuido, exceso de trabajo o ambos, perciben erróneamente los deseos de sus clientes, confundiendo lo inarticulado con lo despreocupado. Lo que quiero decir aquí es que una parte sustancial de los clientes de los defensores públicos se dirigen a ellos buscando un consejo rápido o superficial y poco más, y que ni los abogados privados ni los abogados de la LAA tienen tanta probabilidad de tener este tipo de clientes.

que un asalariado falte a cuatro horas de trabajo, y calculando los ingresos perdidos en 2,31 dólares por hora (el salario mínimo vigente en el momento de mi estudio), el caso *promedio* le cuesta al acusado entre 30 y 49 dólares de ingresos perdidos. Por supuesto, los acusados sin abogados sólo tuvieron un promedio de 2,14 comparecencias por caso, mientras que los que tenían abogados privados tuvieron un promedio de 4,70, lo que se traduce en unos ingresos perdidos por caso de 19,77 y 43,43 dólares, respectivamente. Por el contrario, la multa promedio fue de menos de 28 dólares.

Aun utilizando este método de estimación, el total de los ingresos perdidos como resultado de las comparecencias ante el tribunal de todos los acusados de la muestra fue de poco más de 50.000 dólares, una cantidad aproximadamente *cinco veces superior a la que el tribunal recaudó en concepto de multas*. Esta cifra es engañosa, a menos que nos demos cuenta de que estos dos costos se reparten de manera diferente. Sólo algunos de los condenados pagan multas, mientras que todos los acusados—inocentes y culpables, multados y encarcelados—están sujetos a la pérdida de ingresos porque deben comparecer ante el tribunal. Si bien esto reduce el impacto dramático de esta relación de cinco a uno, el hecho de recordar que el costo se reparte entre los que no son condenados y es absorbido por ellos tiende a reforzar ese impacto.

Los fracasos en la comparecencia. Las cifras de los salarios perdidos son poco más que conjeturas educadas y deben interpretarse con extrema cautela, pero se basan en proyecciones conservadoras y explican en gran medida por qué tanta gente no quiere ni siquiera un abogado de oficio para que la represente y, de hecho, por qué tanta gente nunca se presenta en los tribunales. Este comportamiento, a menudo caracterizado como irracional o irresponsable por funcionarios frustrados de la corte, parece tanto racional como razonable dadas las circunstancias que he identificado. Es una forma razonable de hacer frente y reducir las penas primarias del proceso de los tribunales inferiores, penas que se aplican en el proceso previo al juicio. El

tribunal entiende esto intuitivamente. Aproximadamente el 25% del dinero que se toma como “multas” es, de hecho, dinero de fianzas que ha sido confiscado por no comparecer.

Conclusión: los efectos agregados del proceso previo al juicio

Las cifras sobre los costos previos al juicio presentadas en el debate anterior son estimaciones aproximadas y no deben interpretarse como hechos. Debido a que sugieren comparaciones entre grupos y costos que son en sí mismos bastante diferentes, también deben ser interpretados con cautela. Sin embargo, estas cifras apuntan a la conclusión ineludible de que los costos de los tribunales inferiores—las penas tangibles, directas e inmediatas extraídas de los acusados de delitos menores—no son los factores que han recibido la mayor atención de los estudiosos del derecho, los científicos sociales o incluso los funcionarios de los tribunales. La teoría jurídica liberal dirige la atención a los resultados formales, a las condiciones que dan lugar a la aplicación de la sanción penal en el momento de la adjudicación y la sentencia. Gran parte de la investigación en ciencias sociales ha seguido este camino, buscando las causas de la sanción en estas etapas. Pero este énfasis produce una visión distorsionada del proceso y las sanciones que dispensa. El verdadero castigo para muchas personas es el propio proceso previo al juicio; por eso los acusados de delitos invocan tan pocas de las opciones adversas de que disponen.

Este sistema de justicia invertido dramatiza el dilema de los tribunales inferiores. Los procedimientos ampliados destinados a mejorar el proceso penal no se invocan porque podrían ser contraproducentes. Los esfuerzos por ralentizar el proceso y hacerlo verdaderamente deliberativo podrían dar lugar a un trato aún más duro a los acusados y a una mayor pérdida de tiempo para los denunciantes y las víctimas. Los dispositivos diseñados para controlar la discreción oficial no cumplen las funciones que se esperan de ellos (el hecho de no litigar la libertad bajo fianza es un claro ejemplo de

ello). Y, si bien las prácticas rápidas y poco sistemáticas fomentan el error y el capricho, reducen los costos previos al juicio y, en conjunto, pueden hacer que la justicia sea más dura.

A la luz de las costas previas al juicio y las penas reales impuestas en el tribunal inferior, uno está tentado de burlarse de la teoría formal que tan ineficazmente gobierna el comportamiento oficial en el tribunal inferior y de descartarla como inviable y demasiado elegante—como el procesalismo enloquecedor—por los tipos de problemas insignificantes presentados al tribunal. ¿No sería una simple justicia sumaria con un mínimo de procedimientos un conjunto de normas más apropiado y viable? Tal vez el magistrado del tribunal de la policía que se reúne de inmediato con la justicia de estilo *kadi* sin depender de un abogado defensor—pero también sin necesidad de fianza, repetidas comparecencias ante el tribunal, y similares—podría ser más satisfactorio. O tal vez los tribunales comunitarios podrían ser más hábiles para descubrir las causas subyacentes de los conflictos y proporcionar respuestas de mejora.

En muchos casos estas alternativas podrían funcionar más eficazmente; sin embargo, el impulso de la formalidad, incluso con sus deficiencias manifiestas, no se puede descartar tan rápidamente. Si bien los tribunales inferiores condenan a muy pocas personas a penas de prisión, en teoría casi todos los que comparecen ante ellos se enfrentan a una pequeña posibilidad de encarcelamiento. Si bien la creación de un registro de delitos menores puede no afectar significativamente el futuro de la mayoría de las personas que se encuentran ante el tribunal, puede tener un impacto duradero e impredecible en algunos. Se puede poner en peligro la ciudadanía, destruir las carreras, frenar las aspiraciones, reforzar las propensiones de los delincuentes. Esos problemas pueden ser pocos, pero se producen. Y es imposible decir de antemano qué casos pueden precipitar estas consecuencias más graves, ya que el impacto específico de un registro puede no hacerse sentir hasta mucho más tarde en la vida.

Mientras la condena por delitos penales menores conlleve la posibilidad de una sentencia de cárcel o de poner en peligro el futuro de uno, el ideal de un proceso formal y contencioso seguirá siendo fuerte y atractivo incluso para aquellos que reconocen que el proceso en sí es el castigo para la mayoría de las personas. Sin embargo, puede haber algunas alternativas que faciliten la rápida tramitación de las causas de menor cuantía y a la vez protejan los intereses del acusado. Las causas de la rápida tramitación de los casos, el fracaso del ideal de juzgamiento y las alternativas al mismo se examinarán en los dos capítulos siguientes.

LA IRONÍA DE LA INFLUENCIA: “EL PROCESO ES EL CASTIGO” DE FEELEY

THE IRONY OF INFLUENCE: FEELEY'S
"THE PROCESS IS THE PUNISHMENT".

JONATHAN SIMON
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

El estudio de investigación de Malcolm Feeley publicado por primera vez en 1979 sigue siendo influyente décadas más tarde y, con su capítulo principal publicado en español, se pone ahora a disposición de un nuevo y vasto público de estudiantes y estudiosos de *Law & Society* de todo el mundo. Su influencia es una marca de su calidad como ejemplo de métodos de investigación y de la capacidad del autor para discernir las ironías emergentes de la revolución del debido proceso de Estados Unidos.

Quizás la razón más básica de las influencias perdurables del estudio es el impecable diseño del proyecto como estudio empírico a pequeña escala. El antropólogo James Scott escribió sobre las “armas de los débiles”. El estudio de Feeley en una sola persona y en un solo tribunal fue y es una de esas armas de los débiles; investigadores de carrera temprana sin grandes fondos y ciudadanos comunes preocupados por el significado de la justicia penal. Como modelo de lo que puede hacer una persona con el coraje de entrar en un tribunal y empezar a reunirse con la gente, *The Process is the Punishment* debe ponerse en manos de todo el que aspira estudiar la ley y la sociedad o la criminología empírica (por supuesto que hoy en día en muchos lugares puede que necesites la aprobación de la junta de revisión institucional de tu universidad, un tema que Feeley ha tratado de forma crítica en los últimos años). Dado que los sistemas de derecho penal y de castigo siempre se basan en los vínculos locales para hacer realidad su poder teórico, y especialmente en los sistemas hiperlocalizados de aplicación de la ley de los Estados Unidos, este método será siempre esencial e incompleto. Esencial porque incluso en los sistemas más organizados a nivel nacional, los funcionarios locales casi siempre tienen cierta discreción. Incompleto porque los patrones identificados en un tribunal sólo pueden ser un punto de partida para la investigación en otro lugar (o tiempo).

El estudio también es influyente por su brillante línea teórica resumida en su título. En un ordenamiento jurídico, como el de los Estados Unidos en el decenio de 1970, que insistía—en teoría—en la protección jurídica formal de los acusados bajo custodia y de los acusados ante los tribunales incluso en los niveles más bajos del sistema jurídico penal, los costos de transacción, tanto para el Estado como para el individuo, de hacer que el castigo espere la finalización del proceso son simplemente demasiado elevados para ser tolerados. Como resultado de ello, el proceso previo al juicio se convirtió en el “castigo” en sustancia, por no decir en esencia. A este respecto, el

estudio de Feeley formaba parte de una ola de estudios del derecho y la sociedad estadounidenses sobre la revolución del debido proceso en curso desde los años cincuenta hasta los ochenta que tenía la implicación neta de que cuando se trataba de derechos legales en el sistema jurídico penal, más podía significar menos. Esta es la ironía en su forma más productiva; una que establece la amoralidad del poder legal para una adecuada distorsión mientras corta las formas usuales de ilusiones sobre la solución de los derechos.

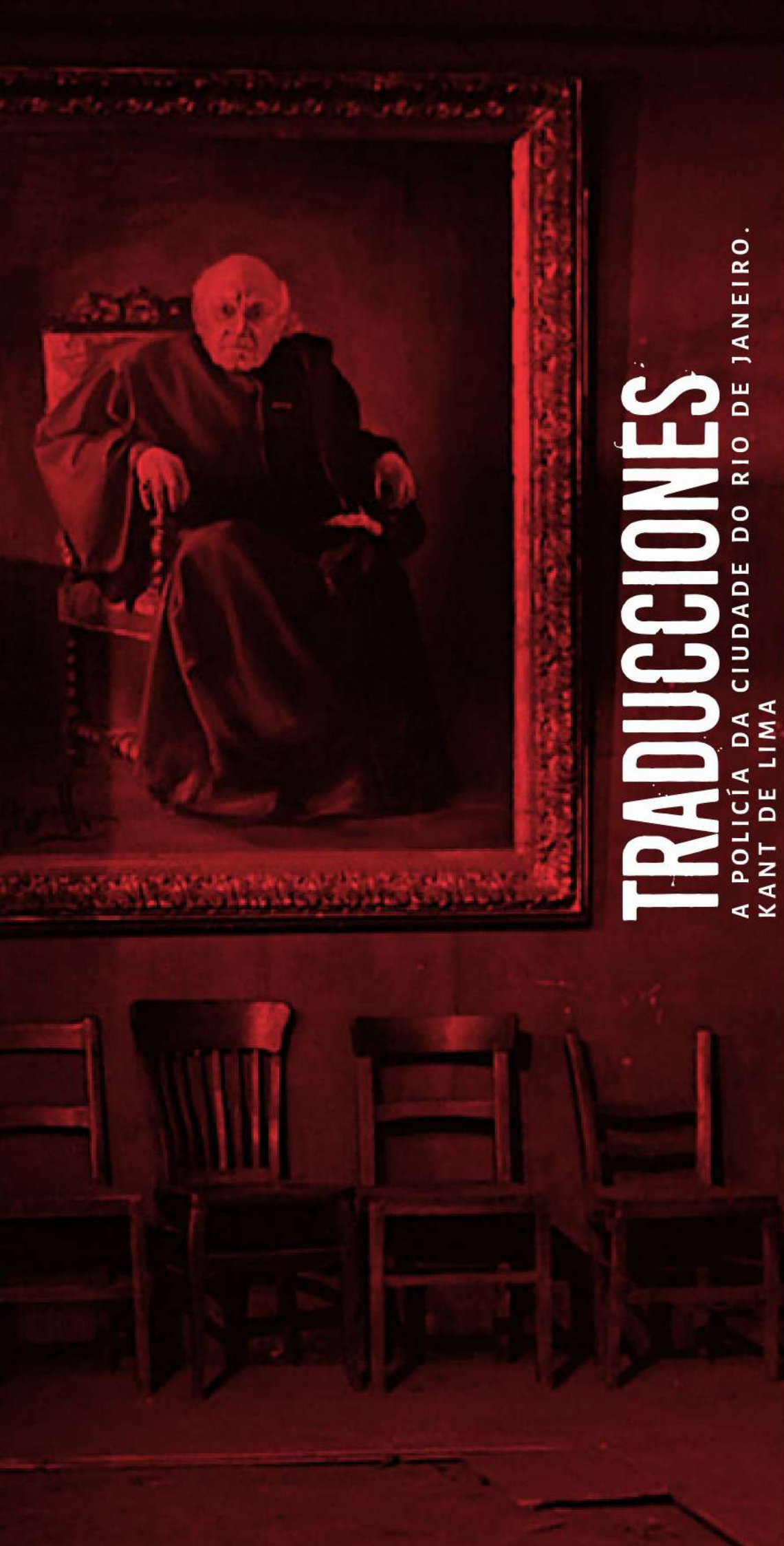
Al menos parte de esta mirada irónica al sistema legal es algo que generalmente la centro-izquierda de Feeley compartía con otros politólogos estadounidenses atraídos hacia la centro-derecha, asociados con figuras como Robert Coase o James Buchanan que Feeley estudiaba de cerca. Desde esta perspectiva, los valores e ideales que se reflejan en las políticas legales o sociales son secundarios a la búsqueda a corto plazo del interés propio racional. Ya sea como causa o efecto, esto llevó a Feeley a adoptar y mantener una postura fuertemente neutral sobre el carácter normativo del sistema judicial que observó en New Haven. En parte esto es un producto de la propia formación de Feeley en las ciencias sociales empíricas "libres de valores", y en parte un reflejo de una época al menos algo más benigna en el sistema jurídico penal estadounidense (compárese a este respecto con el reciente *Crook County* de Nicole Gonzalez Van Cleve).

Esto nos lleva a una razón final de que *The Process is the Punishment* está destinado a seguir siendo un estudio influyente durante los años venideros; y aquí la ironía suena más en el sentido convencional de un desarrollo imprevisto y generalmente no feliz. En este caso, las guerras contra el crimen y las drogas de finales del siglo XX y las formas de encarcelamiento masivo y de policiamiento punitivo que ellas produjeron, y que Feeley aborda en su prólogo en esta revista (y que nuestro autor ha rastreado desde hace mucho tiempo en su investigación). El estudio de Feeley en New Haven es, en este sentido, una imagen previa de la ecología de un delincuente local justo al borde de un cambio climático masivo y calamitoso. El tribunal penal que

Feeley observó a mediados de la década de 1970, era un brazo de un estado de bienestar que aún era relativamente generoso según los estándares históricos para atender las necesidades sociales masivas de lugares como New Haven.

Por supuesto, como observa Feeley en este volumen, las cosas pueden parecer muy similares dentro de los tribunales, pero de manera ominosa el costo asociado con el castigo posterior a la sentencia ha aumentado tanto para los delitos menores, como para los delitos graves, en los que a veces pueden transformarse mediante las mejoras punitivas incorporadas al sistema jurídico desde los años setenta. La contracción o incluso la evisceración del sistema de bienestar social en los decenios intermedios se ha visto enmascarada en parte por la expansión del sistema jurídico penal. De hecho, el sistema se ha vuelto más punitivo en ambos extremos del proceso, extendiendo simultáneamente su alcance a los acusados de delitos menores mediante honorarios, multas y libertad condicional, y profundizando su control sobre los condenados por delitos graves mediante mejoras en la sentencia y oportunidades limitadas de libertad condicional.

No sé si Feeley se considera hoy en día un “abolicionista” penal, pero ha sido durante mucho tiempo un estudioso empírico de formas innovadoras de justicia basada en la comunidad. En el verano de 2020, cuando la mayoría de los manifestantes y votantes más jóvenes de todo el país exijan “desfinanciar” o incluso “abolir” la policía (y presumiblemente también a los fiscales y tribunales que la respaldan), las nuevas formas que surgen, públicas y privadas, para satisfacer las verdaderas demandas sociales que se arremolinaron alrededor de los tribunales penales de ciudades como New Haven en el decenio de 1970 y que sin duda siguen existiendo. Cuando los activistas comiencen a examinarlos desde el terreno, estarán bien armados por este libro, con las armas de investigación de los débiles y un ojo crítico para la ironía.



TRADUCCIONES

A POLICIA DA CUIDADE DO RIO DE JANEIRO.
KANT DE LIMA



ETNOGRAFÍA, POLICÍA Y DERECHO: REVISITANDO UN ESTUDIO INAUGURAL SOBRE LA "POLICÍA CIVIL" EN RÍO DE JANEIRO

ETHNOGRAPHY, POLICE AND LAW: REVISITING AN INAUGURAL
STUDY ON THE "CIVIL POLICE" IN RIO DE JANEIRO.

LUCÍA EILBAUM
UNIVERSIDAD FEDERAL FLUMINENSE

RESUMEN

En este artículo, busco presentar la etnografía realizada por Roberto Kant de Lima, en la década de 1980, en y con la "Policía Civil" de Río de Janeiro, Brasil, que cumple funciones de registro de denuncias e investigación de delitos. Para ello, expongo la trayectoria institucional del libro y del autor con el objetivo de mostrar los caminos recorridos (por ambos) que resultaron en la constitución de un campo de investigaciones y discusiones vinculado a la Antropología del Derecho, con foco en las agencias de Estado y en los procesos de administración de conflictos. Destaco el carácter etnográfico y el abordaje de la comparación por contraste como dos elementos innovadores, en su momento, para los estudios sobre policía. Por fin, resalto cómo la discusión sobre la noción de "ética policial" y el lugar atribuido a la policía dentro de un sistema jurídico de tradición inquisitorial, resultan en y legitiman un régimen de desigualdad, no sólo social y económica, sino también jurídica y moral.

ABSTRACT

In this article, I seek to present the ethnography carried out by Roberto Kant de Lima, in the 1980s, with the "Civil Police" of Rio de Janeiro, Brazil, that is in charge of receiving crime reports and their investigation. To do so, I reveal the institutional trajectory of the book publication and its author. In this way I aim to present the way in which the paths traveled by both, resulted in the constitution of a field of research and discussions linked to the Anthropology of Law, with a focus on state agencies and in conflict management processes. I highlight the ethnographic nature and the approach of comparison by contrast as two innovative elements, at the time, in studies of the police. Finally, I highlight how the discussion on the notion of "police ethics" and the role attributed to the police in a legal system with an inquisitorial tradition, results and legitimizes a regime of inequality, that is not only social and economic, but also legal and moral.

PALABRAS CLAVES

ETNOGRAFÍA / POLICÍA / JUSTICIA

KEYWORDS

ETHNOGRAPHY / POLICE / JUSTICE

Introducción

Conocí el libro *A polícia do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos* en 1997. Era alumna de grado de la Licenciatura en Antropología en la Universidad de Buenos Aires y comenzaba a integrar el Equipo de Antropología Política y Jurídica, de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, coordinado por Sofía Tiscornia. En 1996, Sofía había viajado para un seminario en Río de Janeiro, organizado en la Universidad Federal de Rio de Janeiro¹. Allí conoció a Roberto Kant de Lima, quien, según ella recuerda, participó activamente del seminario y llevó la entonces reciente edición del libro para ofrecer a los participantes. Posteriormente, en el 2000, Kant también visitó Buenos Aires, a invitación del CELS y del Equipo y lo conocí personalmente².

A partir de esos encuentros, la relación de intercambio académico y profesional entre los dos grupos de investigación—el *Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas*, de la Universidad Federal Fluminense, y el Equipo—fue creciendo e institucionalizándose con los años. Principalmente, a través de dos convenios institucionales que permitieron un flujo continuo, entre los años 2005 y 2014, de más de 100 estudiantes, investigadores y profesores, consolidando un diálogo comparado en el área de la Antropología del Derecho y de las formas de administración de conflictos, de forma permanente e institucional³.

¹ Se trata del *Workshop: Rearticulações da Relação entre Estado, sociedade civil e polícia na formulação de políticas para a área de segurança—conquistas e dilemas atuais*, realizado en la Universidad Federal de Río de Janeiro, Campus da Praia Vermelha, los días 3 y 4 de diciembre de 1996.

² Se trata de la Reunión Científica: Violencia y Seguridad Ciudadana en las grandes ciudades. Experiencias comparadas: San Pablo, Río de Janeiro y Buenos Aires”, financiada por la Agencia de Promoción Científica y Tecnológica. Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Nación, coordinada por Sofía Tiscornia, realizada los días 20 y 21 de junio del 2000. Como invitados de Brasil, además de Roberto Kant de Lima, participaron Luis Eduardo Soares, Jaqueline Muñiz, Sergio Adorno y Barbara Musumeci. La reunión fue organizada entre el Equipo dirigido por Sofía y el Centro de Estudios Legales y Sociales.

³ Los convenios fueron aprobados en la convocatoria, de los respectivos Ministerios de Educación, en el Programa de Centros Asociados de Pos-grados Brasil y Argentina (CAPG-BA), entre 2006 y 2010 y entre 2010 y 2014; y en la convocatoria de los respectivos Ministerios de Ciencia y Tecnología, entre los años de 2006 y 2008 y 2009 y 2011. Algunos resultados fueron organizados y publicados en por lo menos cuatro compilaciones de artículos: Lima, R., Pires, L. y Eilbaum, L. (2011); Lima, R., Pires, L. y Eilbaum, L.: Volumes

Recuerdo que, aun con un portugués precario, leí el libro con mucho interés. La idea de desarrollar “trabajo de campo” dentro de una dependencia policial me atraía sobremanera. Frente a las dificultades que estaba teniendo en aquella época para conseguir ese objetivo en una comisaría de la PFA en la ciudad de Buenos Aires, la investigación presentada en el libro sobre las prácticas policiales a partir de la observación participante en *delegacias* de la Policía Civil, en Río de Janeiro, me parecía un paraíso etnográfico⁴. Ese sería uno de los tantos contrastes que encontraría entre las instituciones policiales y el sistema judicial en Brasil y en Argentina y que se tornarían objeto de extrañamiento y reflexión posteriores.

En 2004, decidí “ir a estudiar con Kant”, y así me inscribí en la Maestría en Antropología de la Universidad Federal Fluminense, en la ciudad de Niterói, donde él era profesor⁵. Nuestra relación de dirección académica y, actualmente como colegas de trabajo se extiende hasta hoy. Tomo este pequeño artículo como un modesto homenaje a su dedicación, trabajo y compañerismo en la trayectoria académica y profesional de varias generaciones de antropólogos y otros investigadores que se dedicaron y dedican a pensar el campo de la seguridad pública, la justicia, y las formas de administración institucional de conflictos en perspectiva comparada.

En este artículo busco presentar algunos elementos sobre la trayectoria institucional del autor y del libro en sí con foco en los caminos que llevaron a la constitución de un campo de estudios e investigaciones en Brasil. En un segundo momento, destaco dos de las principales características del libro que, no sólo lo destacan en su época, sino que también, y principalmente, permitieron desarrollos

I e II. (2010); Lima, R., Tiscornia, S. y Eilbaum, L. (2009); y Tiscornia, S. y Pita, M. V. (2005).

⁴ En Brasil, existen dos policías separadas: la Policía Militar, responsable por las funciones preventivas y ostensivas, y la Policía Civil, responsable por las funciones judiciales. Ambas dependen del gobierno ejecutivo estadual. Las *delegacias* son las unidades descentralizadas de la Policía Civil, donde se registran las denuncias y se conduce la investigación de los delitos registrados.

⁵ Kant fue profesor del Departamento de Antropología de la UFF hasta 2010, entre 2010 y 2014 fue profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, cuando se jubiló. Desde su creación, en 1994, hasta la actualidad es profesor del *Programa de Pós-graduação em Antropologia* y desde 2019, del *Programa de Pós-graduação em Justiça e Segurança*, creado en ese año, ambos en la UFF.

posteriores de sus resultados. En esa discusión, apunto algunas nociones centrales propuestas por Kant en el libro, pensando su relación con la política de seguridad pública y de justicia, en Brasil, en especial en Río de Janeiro.

El etnógrafo: "Kant"

Sería incapaz de presentar cualquier tipo de biografía intelectual o personal de Kant, como también creo que no sería de su agrado. Pero basta decir que Roberto Kant de Lima nació el 13 de noviembre de 1944, en la ciudad de Río de Janeiro. Se graduó en Derecho, en 1968, en la Universidad Federal de Río Grande do Sul, en Porto Alegre. Diez años después, cursó la Maestría en Antropología en el Museo Nacional, Universidad Federal de Río de Janeiro. Realizó y escribió una etnografía entre los pescadores artesanales de la playa de Itaipú, en la región oceánica de Niterói (Lima y Pereira, 1997). Escuché varias veces en el relato de Kant, que no era ése su interés inicial. En esa época trabajaba en la Bolsa de Valores. Esa experiencia lo instigaba a tomarla como objeto de su investigación en Antropología. Sin embargo, según cuenta, fue desalentado por diversos profesores que no encontraban en aquella institución un tema "verdaderamente antropológico". Ante las otras opciones dadas, fundamentalmente grupos indígenas y terreros de religiones de matriz afro brasileña, los pescadores artesanales resultaron una elección aceptada por su entonces director de tesis, el antropólogo Roberto DaMatta.

En 1975, fue sorprendido y obligado por él para que se inscribiera en la disciplina "Antropología del Derecho". DaMatta había invitado (y contratado) al antropólogo norteamericano Robert Shirley para que diera ese curso en el Museo Nacional. Como ningún otro estudiante se había inscripto y Kant tenía formación en derecho, no tuvo elección frente al pedido de su director. A pesar de que, según cuenta Kant, quería "librarse" de su formación jurídica, la disciplina resultó en algo más que cumplir el mandato de su director

(Sinhoretto, 2011: 127). Despertó un interés por la literatura y las discusiones en esa área que, en aquella época, no suscitaba muchos adeptos en la antropología brasileña.

A esa experiencia se sumó el propio trabajo con los pescadores que, también valiéndose de la formación de Kant como abogado, le pedían que los orientara y acompañara en conflictos diversos con la policía. Así, se fue tejiendo un interés y curiosidad etnográfica por los meandros de las prácticas policiales y judiciales y, de modo más amplio, por pensar los diálogos posibles entre el Derecho y la Antropología o, dicho de otra forma, cómo pensar el derecho desde una perspectiva etnográfica.

A pesar de ese impulso, el tema llevaría tiempo para consolidarse y legitimarse en el campo de las ciencias sociales y de la antropología en particular. Como mencioné, “verdadera antropología” parecía (aún) aquella realizada con grupos indígenas, religiones afrobrasileñas, campesinos, pobres urbanos, minorías étnicas. El interés y los estudios por camadas medias y altas de la sociedad y, aún más, por el Estado y sus agentes como tema antropológico fue instalándose, progresivamente y no con pocas dificultades, en el campo de la Antropología.

En forma pionera, en 1972, la antropóloga norteamericana Laura Nader publicó un artículo importante en ese sentido “*Up the Anthropologist- Perspectives Gained from Studying Up*”. Llamaba la atención sobre la legitimidad y urgencia de que los antropólogos dirigieran su mirada “hacia arriba”, esto es a las camadas medias y altas de la sociedad, enfocando las relaciones de poder desde el punto de vista de las elites y de las instituciones de sociedades complejas. Ella destacaba tres motivos principales para abordar aquello que denominó como “estudios up”. Primero, la indignación como motor para conferir sentido a la actividad científica. Segundo, abordar los mismos fenómenos y procesos a partir “del otro lado”, de la visión “de arriba” de la sociedad. Tercero, el potencial democrático del trabajo del antropólogo al estudiar las elites en las sociedades

complejas (Nader, 1972: 284). Creo que una combinación de esos elementos ha fomentado varios de los estudios, tanto en Brasil como en Argentina, del campo de la Antropología Jurídica y de una Antropología del Estado y de las Burocracias.

Sin embargo, ello no fue automático. La propuesta de Laura Nader tuvo reflejos tardíos en Brasil. La legitimación por los estudios de las prácticas burocráticas, las redes de poder, las corporaciones e instituciones públicas y las dimensiones materiales y simbólicas del Estado, es un camino aún en construcción⁶. La trayectoria de Kant muestra un poco de ese camino en términos institucionales. No sólo como experiencia personal, sino principalmente como un precursor de la consolidación de un campo en la Antropología y las ciencias sociales y humanas en general, de estudios e investigaciones vinculados al estado, al derecho, a la administración de justicia y a la “seguridad pública”.

En 1986, Kant defendió su tesis de doctorado en el Departamento de Antropología de la Universidad de Harvard⁷. Regresó a Brasil. En 1994, creó, el *Programa de Pós-graduação em Antropologia* (en ese momento, también en Ciencia Política) y el *Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas* (NUFEP), ambos en la Universidad Federal Fluminense. A partir de la actuación en ambos espacios, coordinó inúmeros proyectos de investigación y dirigió más de 140 estudiantes en sus trabajos de conclusión de cursos⁸. A través de ello, fue consolidando un espacio institucional, interdisciplinar e internacional, de estudios empíricos y reflexiones sobre los procesos de administración institucional de conflictos, en el campo de la seguridad pública y la justicia, tanto a través de la perspectiva de las instituciones (Mouzinho, 2019; Nuñez, 2019; Medeiros, 2016, 2018;

⁶ Para más experiencias en esa línea de discusión, ver: Castilho, Sergio Ricardo Rodrigues; Souza Lima, Antônio Carlos y Teixeira, Carla Costa (2014).

⁷ Las dificultades para la producción y elaboración de la tesis se encuentran excelentemente descriptas y analizadas en el libro “A antropologia da academia: quando os índios somos nós” (1997), al presentar una reflexión etnográfica contrastando la academia norteamericana y brasileña.

⁸ Trabajos ya concluidos pueden contabilizarse 27 de grado, 72 de maestría, 27 de doctorado y 15 de posdoctorado. Se registran también otro tipo de becas dirigidas.

Eilbaum, 2008, 2012; Mello, 2011; Figueira, 2008), como de los grupos sociales por ellas involucrados, como vendedores ambulantes (Pires, 2010, 2011), usuarios de drogas (Policarpo, 2016; Veríssimo, 2017), pescadores artesanales (Mota, 2001; Lobão, 2000), comunidades *quilombolas* (Mota, 2014), entre otros.

El punto que me interesa destacar aquí es que, tomando como referencia la finalización del doctorado, pasaron 10 años para conseguir presentar los resultados y discusiones en el campo de la Antropología. Lo hizo en un grupo de trabajo en la Reunión Brasileña de Antropología, el evento más reconocido de antropología en Brasil. No había, en esos años, grupos de trabajo en los congresos de la disciplina, que acogieran esa discusión. En 1996, Kant presentó un trabajo en el “GT: El oficio de la justicia”, coordinado por Luiz de Castro Faria, profesor de Kant y co-fundador del NUFEP. Cuenta Kant que la sala estaba vacía, sin público interesado en esas discusiones (Sinhoretto, 2011: 127), replicando de alguna forma la falta de interés del curso ofrecido por Robert Shirley casi 20 años antes. También es interesante marcar que otros grupos de trabajo sobre el tema eran organizados en los encuentros de la Associação Nacional de Pós-graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), en los que participaban en su mayoría sociólogos, politólogos y criminólogos (Sinhoretto, 2011: 126; Lima, Misse y Miranda, 2000). Pero ese diálogo con la perspectiva antropológica, como mencionaré luego, no era fácil.

La falta de legitimidad y de espacio institucional para las discusiones e investigaciones propuestas fue siendo exitosamente superada por Kant, especialmente a través de un trabajo incansable de formación y consolidación de redes nacionales e internacionales de investigación. Diversas experiencias y proyectos resultaron, en 2009, en la institucionalización de un Instituto Nacional de Ciencia y Tecnología, dedicado al desarrollo de investigaciones en

administración institucional de conflictos en perspectiva comparada⁹. La aprobación y consolidación del Instituto ha permitido el desarrollo de proyectos de investigación y actuaciones profesionales en diferentes áreas. Una de las más significativas fue la creación, en la Universidad Federal Fluminense, de una carrera de grado en "Seguridad Pública" y, posteriormente, una Maestría en "Justicia y Seguridad", dentro del área de evaluación de Antropología. El primer proyecto, en especial, representa la defensa de una visión de la seguridad pública como un campo legítimo para la actuación e intervención de las ciencias sociales y humanas, frente al histórico predominio de los saberes jurídicos y militarizados (Lima, Eilbaum y Pires, 2012).

La biografía institucional del libro

Como referí, el libro es la publicación de la tesis de doctorado, aprobada en el Departamento de Antropología de la Universidad de Harvard, en 1986. Es el resultado de una etnografía sobre el sistema de justicia criminal en Río de Janeiro desarrollada entre 1982 y 1984. Durante tres años de trabajo de campo, Roberto Kant de Lima acompañó, no sólo las prácticas policiales, retratadas en el libro, sino también las instancias judiciales y las prisiones. Por cuestiones de plazo académico, la tesis sólo presentó la discusión sobre la fase policial de la administración de conflictos. Posteriormente, en 1990, Kant volvería a los Estados Unidos, para realizar un post doctorado de seis meses en Birmingham (Alabama) y en San Francisco (California). En el primer caso, junto con la policía de aquella ciudad; en el segundo con la Defensoría Pública. Volvería en 2011 a San Francisco, para otro período de post doctorado en Hastings College of the Law, en la Universidad de California, junto con su colega de

⁹ Se trata del INCT-InEAC, resultado de una política de financiamiento del Ministerio de Ciencia y Tecnología que, entre otras, presentó como área inducida a Seguridad Pública, siendo apenas dos aprobados en ese tema. El InEAC reúne más de 200 investigadores, de instituciones de 6 estados de Brasil (RJ, DF, RR, MG, SP, RS) y 7 países además de Brasil (Argentina, Canadá, EEUU, Francia, Suiza y Portugal). Para más informaciones: www.ineac/uff.br

doctorado en Harvard, el profesor George Bisharat. Ese conjunto de experiencias se tradujo en una vasta producción posterior al libro sobre el sistema de justicia criminal en su conjunto, y en perspectiva comparada (Lima, 2011). Volveré sobre esos desarrollos, pero antes algunas palabras sobre la historia del propio libro.

A polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos tienen ya tres ediciones. La primera, traducida al portugués por el tío de Kant, médico y escritor, fue publicada en 1994 por la editorial de la Policía Militar del Estado de Río de Janeiro (PMERJ). En una iniciativa extraña, el entonces comandante general de la PMERJ decidió crear una Biblioteca Policial y solicitó al profesor y sociólogo Michel Misse la recomendación de tres obras que deberían ser publicadas por la propia editorial de la institución¹⁰. Una de ella fue la etnografía aquí tratada, que, según cuenta Kant, quedó circunscrita a la distribución entre los propios policías que lo fueron consumiendo en la medida en que participaban de un curso con él en la UFF¹¹.

Un año después, en 1995, el libro fue nuevamente publicado por una editorial jurídica, la Editorial Forense, por iniciativa de Augusto Thompson, un abogado y jurista, amigo e interlocutor de Kant en sus incursiones en el *Tribunal do Júri*. Según cuenta Kant, ambas ediciones no fueron exitosas desde el punto de vista del mercado. Sin embargo, en especial la segunda llegó a tener un alcance mucho mayor fuera del campo jurídico, en los cursos de ciencias sociales y antropología que Kant y otros profesores ofrecían. Con el tiempo, el “libro rojo” de la policía (la tapa era de ese color) se agotó.

Recientemente, en 2019, una nueva edición fue publicada por Amazon, con un nuevo prefacio elaborado por Kant y con revisión

¹⁰ Es importante mencionar que el Jefe de la PMERJ era el coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira, que fue comandante general durante los dos mandatos del gobernador Leonel Brizola (1983-87 y 1991-1995). Fue el primer comandante negro de la institución, formado también en filosofía y psicología. Cerqueira representó una de las expresiones intelectuales más importantes de un grupo de oficiales “reformistas” en la PMERJ durante los gobiernos de Brizola. En 1999, fuera de la función policial, fue asesinado de un tiro en el ojo, efectuado por otro policía.

Fuente: https://wikifavelas.com.br/index.php?title=Coronel_Nazareth_Cerqueira

¹¹ Esas informaciones, en relatos más ampliados, pueden encontrarse en la sesión de presentación de la tercera edición del libro, organizada por el InEAC: <https://www.youtube.com/watch?v=ciSTNdI7joI>

técnica de Lenin Pires y Marco Aurélio Gonçalves Ferreira. La edición incluye también un artículo, escrito por Kant, Lenin Pires y por mí, sobre los resultados de investigaciones desarrolladas, en los últimos años y con financiamiento público, en agencias del sistema de seguridad pública y de justicia. Específicamente, discutiendo reformas introducidas posteriormente a los cambios introducidos en la Constitución Federal de 1988, también denominada Constitución Ciudadana.

Dilemas y paradojas

El libro de Kant se estructura a partir de la necesidad (o incomodidad frente) de explicar lo que denomina la “paradoja legal brasileña”: “En Brasil, un orden constitucional igualitario es aplicado de manera jerárquica por el sistema judicial. Diferentes tratamientos legales son dispensados a las mismas infracciones, dependiendo de la situación social o profesional del sospechoso” (2019: 47).¹²

En su etnografía, Kant busca entender la posición de la policía dentro de esa paradoja a partir del punto de vista de sus integrantes, ¿qué es lo que ellos piensan de su función y de su trabajo, dentro del sistema de justicia? Los años conviviendo, acompañando el trabajo y conversando con los policías fueron construyendo esa explicación, en un juego permanente y tenso entre investigar y ser investigado (2019: 69). En mi opinión, esa tensión es importante de ser resaltada, pues demuestra que el encuentro etnográfico no presupone necesariamente la empatía (ni tampoco la simpatía) entre el investigador y los grupos sociales con los que trabajamos, sino una relación de interlocución mutua para que el diálogo y la comprensión del punto de vista del “otro” sean posibles. En palabras de Flavia Medeiros, esa interlocución requirió, en su etnografía también con policías civiles de Río de Janeiro, “construir proximidad en la

¹² Esa noción está inspirada en lo que el antropólogo Roberto DaMatta (1979) llama de “dilema brasileño”: la coexistencia entre una ideología formal igualitaria y un orden social jerarquizado. La noción de Kant enfatiza que la desigualdad de tratamiento que se instaura en Brasil no es apenas una desigualdad social, sino también jurídica e inscriptas en las normas.

distancia” (2018: 260). Una distancia, en ese caso, no sólo de género, racial o edad, sino también ideológica y en muchas situaciones moral.

En el primer capítulo, el libro presenta los aspectos generales de las prácticas procesuales en Brasil, describiendo los dispositivos legales que estructuran la actividad policial. Uno de los objetivos de esa presentación es poner el foco en una de las particularidades del sistema en Brasil que es justamente la existencia de una pieza del proceso, producida enteramente por la policía, de forma administrativa y no judicial, llamada “*inquérito policial*”. Volveré más adelante sobre ese elemento.

La presentación del marco normativo de la actuación policial también tiene como objetivo comprender, a lo largo del libro, las formas diversas y creativas en que las prácticas policiales observadas producen distorsiones de la ley. En un segundo momento, ese capítulo también presenta cómo fue realizada la investigación, evidenciando específicamente la importancia de tejer y activar tramas de relaciones personales que permitieran el acceso al “campo” y la circulación por él.

Los capítulos siguientes están direccionados a la descripción de las prácticas policiales en sí. El primero describe paso a paso la confección de un caso de flagrancia que excepcionalmente fue efectuado en estricta obediencia a la ley. Aquello que sería la norma (en el sentido legal y de patrón) se presenta como excepción y con ello refuerza el argumento sobre el manejo y aplicación desigual de la ley. Ello queda aún más explícito en los capítulos siguientes, al describir las formas cómo la policía negocia, interpreta y distorsiona la ley. El libro analiza principalmente dos prácticas policiales que existen en desobediencia a la ley: las formas en que la policía arbitra y “juzga” las infracciones en su trabajo y las prácticas de punitivas informales que la misma establece para diferentes casos. Ninguna de esas prácticas está regulada por el sistema judicial, sino que están regidas por la “ética policial” que, como veremos, representa valores que “confieren a la policía una identidad característica en relación a

otros grupos sociales y al sistema de justicia" (2019: 187). Por fin, en las conclusiones, Kant presenta características generales de la ideología jurídica brasileña en comparación y contraste con las prácticas policiales.

En ese artículo, busco destacar dos características del libro que me parecen fundantes de un campo y que, por lo tanto, se relacionan con la consolidación de una Antropología del Derecho en Brasil, orientada a tomar al Estado, sus agencias y agentes como campo de investigación, interlocución y, eventualmente, intervención. Se trata del carácter etnográfico y de la perspectiva comparada del análisis.

Etnografía de la policía: la ética policial

El libro de Kant es un divisor de aguas en relación a los análisis realizados, en aquella época, sobre el Estado y aún más sobre las instituciones de justicia y seguridad pública. En Brasil, se trata del primer estudio empírico sobre la policía. Esto representa una clara ruptura con los análisis normativos, tanto desde el punto de vista jurídico como desde los abordajes sociológicos y de la ciencia política en aquellos años. Los primeros porque priorizan las normas y eventualmente la (denuncia sobre) falta de cumplimiento o aplicación de las leyes. Los segundos porque el énfasis está puesto en modelos o tipos ideales contruidos sobre cómo las cosas deberían ser. En estos abordajes, las prácticas policiales suelen ser entendidas como desvíos de una ley o modelo. Se propaga, así, la representación de que, cambiando las leyes y/o ajustando el modelo, el sistema podría funcionar de forma más "eficiente" y "eficaz".

Desde esas perspectivas, la policía se construye como un "problema" para un sistema jurídico que se pretende democrático y garantista. Es, como apunta Kant, puesta en el último escalón de la jerarquía institucional, en una zona "gris" que, si bien interactúa con el poder judicial, es excluida del sistema formal. El argumento central, y no poco provocador, del libro es que, al mismo tiempo en que la policía es relegada y discriminada por el sistema de justicia (hacia

aquello que se encuadra como “seguridad pública”), sus prácticas son absolutamente necesarias para el funcionamiento del engranaje penal. Así, las prácticas policiales, nunca medibles a partir de la ley, sino de la “ética policial”, son el elemento extra-oficial que permite que el sistema de justicia desarrolle su trabajo, filtrando casos, juzgando y castigando a los sospechosos y arbitrando los conflictos, de acuerdo al estatus social y moral de los involucrados.

Desde esa perspectiva etnográfica, a diferencia de los abordajes normativos, la preocupación no está en el *deber ser*, sino en entender cómo las cosas *son* y cuáles son los sentidos y significados que los actores atribuyen y construyen para ellas. Ello tiene varias consecuencias en el campo que estamos trabajando.

En primer lugar, esa perspectiva asume que el problema no está en la distancia entre las leyes y la “realidad”, pues como decía el viejo Malinowski, “el verdadero problema no es estudiar la manera como la vida humana se somete a las reglas—pues no se somete—el verdadero problema es cómo las reglas se adaptan a la vida” (1986 [1966]: 151). Ello prioriza el abordaje contextual y situacional, buscando entender las prácticas policiales en el contexto de su producción. El trabajo de campo en *delegacias* permitió observar cómo la ley es un instrumento manipulado, utilizado e interpretado, no de forma abstracta ni universal, sino dependiendo de las circunstancias, intereses y personas involucradas en los conflictos.

La etnografía de Kant demuestra que el empeño de la policía en hacer cumplir la ley varía de acuerdo con la categoría social de los involucrados y no de la existencia, o no, de actos ilegales (2019: 107). En su trabajo diario, los policías clasifican y encuadran a sus interlocutores de acuerdo con el estatus social y económico y es esa clasificación que orienta las prácticas policiales; sobre si registrar o no un hecho, cómo registrarlo y qué decisiones tomar. En el libro, Kant describe tanto la decisión de no registrar una denuncia como “delito” (desestimulando e inclusive convenciendo al denunciante a no hacerlo), como la administración y tolerancia policial para actividades

ilegales, como juegos de azar clandestinos (*jogo do bicho*) y los usos de la contravención de vagancia para el control y vigilancia de las clases más bajas. En todos esos casos, la policía negocia los usos de la ley de acuerdo con la valoración moral y social de las personas.

Destaco que en esa operación de valoración la variable racial es fundante en la división de quiénes serían “ciudadanos honestos” y “marginales”, apuntada por Kant. En otras investigaciones, hemos observado la perseverancia de la clasificación policial en encuadrar como “negros” a todas las personas que son denunciadas o sospechosas de un delito, aun cuando que el denunciante declare que quien robó pasó velozmente en moto y cubierto de ropa (Lima, Pires y Eilbaum, 2019). Evidentemente, ello también muestra cómo la actuación de la policía refuerza y reproduce estereotipos y formas de racismo y exclusión estructurantes de la sociedad brasileña.

En segundo lugar, la etnografía de Kant demuestra que la no aplicación de la ley no es un desvío. Al contrario, es la norma. Como mencionado, el Capítulo 2 del libro se dedica a describir la “excepción que confirma la regla”. Se trata de un caso que salió del patrón esperado, porque incluye la actuación de un abogado, la participación de medios de comunicación y la propia presencia del antropólogo, y siguió al pie de la letra los mandatos legales. Destacado como “caso atípico” por los propios policías, ese caso se destaca de los otros narrados que explicitan cómo las prácticas policiales no se orientan por las normas legales, sino por una noción fundamental del trabajo: la “ética policial”.

La ética policial es un “conjunto de reglas y prácticas que servía de fundamento para el ejercicio de una interpretación autónoma de la ley” (2019: 119). Ello supone, entonces, la construcción y reproducción de valores que regulan las acciones policiales que, no sólo no se orientan por la ley, sino que muchas veces la contradicen. Pero que, sin embargo, es legítima a los ojos de la institución y de los colegas de trabajo. Esa noción me parece fundamental, por un lado, porque demuestra cómo las prácticas policiales ilegales o ciertos

ilegalismos (de estado) ganan legitimidad, se normalizan y naturalizan dentro de la institución, e inclusive en muchos casos son premiadas por instancias superiores.

Por otro lado, porque es un concepto que permite pensar no sólo a la policía sino a otras instituciones del Estado, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Sistema Penitenciario, entre otras. En ese sentido, esa noción permite superar una vez más la dimensión de lo legal/ilegal, evidenciando la importancia de entender los parámetros de aquello que se entiende como legítimo y/o moral y aquello que transgrediría esos límites.

Al mismo tiempo, si bien se entiende que esas éticas no son homogéneas en el interior de esas instituciones, la noción destaca el carácter corporativo de las agencias estatales. Ello supone un aspecto fundamental del análisis que tiene que ver con la propia concepción de servicio público por parte de la policía, donde lo “público” no es pensado como un bien de la comunidad para su provecho, sino como algo apropiable de forma particularizada de acuerdo con intereses individuales, particulares y/o corporativos, pero nunca universales (Lima, 1999). En este caso, una vez más, la etnografía de/en la policía es una puerta de entrada para pensar no sólo otras agencias del Estado, sino también cómo los valores y prácticas que las integran dialogan de forma más o menos articulada con ciertos grupos sociales.

Esa integración lleva a un tercer aspecto de la perspectiva etnográfica, que caracteriza al libro, que supone entender a la policía como parte de un sistema más amplio. Como dije, a pesar de que el libro trate principalmente de la etnografía en y con la policía, el trabajo de campo fue más amplio—en Brasil y los Estados Unidos—abarcando el sistema de justicia criminal como un todo. Ello no refiere apenas a una cuestión metodológica o de alcance de la investigación, sino a pensar a la policía como parte del sistema criminal. Ello puede parecer obvio, pero en Brasil no lo es, pues tanto en las políticas públicas y las denominaciones utilizadas, cuanto en las representaciones de los actores, se verifica una separación de esferas

entre “seguridad pública” y “justicia criminal”. La primera, dominio de las policías (sometidas al poder ejecutivo); la segunda del poder judicial. Esa representación supone desplazar a la policía hacia el campo administrativo (y no judicial) y también al dominio de la ética policial (y no de las normas jurídicas)¹³. Ello crea una de las mayores paradojas del sistema penal, ya anunciadas: relegar a la policía al “trabajo sucio”, para que el sistema funcione, pero las instancias judiciales no se “contaminen” de los ilegalismos y prácticas ilegales necesarias para ello.

En mi interpretación, ello no quiere decir que la policía - y, cada vez más, otras corporaciones proyectadas desde ella, como las llamadas milicias—no se beneficie de ese lugar “autónomo”, pero es importante destacar que es una posición no formal, donde se la deja actuar de acuerdo con su ética hasta que se torna intolerable, especialmente cuando algún caso genera repercusión pública, en sus dimensiones mediáticas, políticas, institucionales o sociales¹⁴. Ello, evidentemente, refuerza las prácticas y usos diversos de la ley por parte de la policía y sus agentes a fin de no ser culpabilizados o, dicho de otra forma, “agarrados con las manos en la masa”. Pero también genera, a mi ver, una percepción, que se va consolidando en ciertos sectores, de injusticia e insatisfacción sobre el reconocimiento social y político que la institución tendría y desplaza a los policías, en ciertos discursos, al lugar de “víctimas del sistema”.

Por fin, ese sistema dentro del que se encaja la policía, es específicamente caracterizado y analizado, en los escritos de Kant, como parte de una tradición jurídica inquisitorial, donde el secreto, la confesión, la culpa y la tortura forman parte de un engranaje donde, como inspira Lana Lage, “el sospechoso es el culpable” (1999: 17).

¹³ En la propia experiencia del InEAC esa representación se materializó cuando la carrera de grado en Seguridad Pública fue expulsada de la Facultad de Derecho bajo el argumento de que “entre el derecho y la seguridad pública no había sinergia”.

¹⁴ Para un análisis de los efectos de “repercusión” de ciertos crímenes y casos, ver: Eilbaum, Lima y Medeiros (2017) y, en particular, el capítulo de Eilbaum y Medeiros en esa compilación.

Esa tradición distingue a la policía brasileña de sus posibles referencias en otros países.

Perspectiva comparada: saber local e inercia institucional

El segundo aspecto central del libro es la perspectiva comparada, presente no sólo en la elaboración de la tesis, sino fundamentalmente en escritos posteriores y en un proyecto institucional de tejer redes internacionales y promover la circulación de estudiantes e investigadores a través de experiencias de internacionalización¹⁵.

Esa perspectiva comparada encuentra sus fundamentos en la propia etnografía y es también un punto de contraste con los análisis del derecho y de otras ciencias sociales. Para estos últimos, generalmente, la comparación se realiza a partir de la identificación y el destaque de las semejanzas entre instituciones o sistemas de diversos países, o de diversas épocas. Este abordaje se presenta en muchos casos como evolucionista, en el sentido de recuperar un origen común, antiguo y lejano para instituciones que evidentemente ganan su color local y particular¹⁶. En el caso de otras ciencias sociales, y de la propia antropología en sus inicios, la comparación por semejanzas también tiene como efecto la referencia a un modelo ideal al que sería necesario alcanzar y/o imitar¹⁷.

La comparación propuesta aquí, no lo es a partir de las *semejanzas*, sino de la identificación y destaque de las *diferencias* entre realidades sociales distintas. El método de comparación por contraste facilita ese diálogo, pues la percepción y sorpresa de aquello que se presenta como distinto nos permiten desnaturalizar la propia realidad y

¹⁵ La red de investigadores desarrolló diversos convenios institucionales de intercambio internacional, con universidades de Angola, Francia, Estados Unidos, Canadá, Argentina y Portugal.

¹⁶ Un excelente artículo que presenta críticamente esa visión es: “*Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*” (2004) de Luciano Oliveira.

¹⁷ En el caso de la Antropología evolucionista ese modelo ha sido la propia civilización occidental, a la que los pueblos no occidentales (clasificados como bárbaros o salvajes) llegarían algún día, pero siempre caracterizados por la “ausencia” de elementos presentes en Occidente. En el caso de otras disciplinas, los modelos reproducen otros arquetipos como “democracia”, “modernidad”, a partir de los cuales se miden y planifican otras instituciones y realidades.

reflexionar sobre cómo las cosas *son*, pero también sobre las posibilidades y alternativas de cómo *podrían ser* diferentes, o por lo menos, cuestionar que no necesaria y naturalmente deban ser del modo como son (Barth, 2000). En particular, en el caso de la Antropología del Derecho, la perspectiva de comparación por contraste, que, de hecho, ha sido referencia en los trabajos de Kant y de la red de investigadores, se inspira en la propuesta de Clifford Geertz (2002), de pensar al derecho y a la antropología como saberes locales.

En el caso de los estudios sobre la policía, muchos de los abordajes de las ciencias sociales han priorizado la discusión con la literatura de las policías inglesa y norteamericana. A mi modo de ver, ello ha llevado a medir a las policías locales, de otra tradición, a partir de sus faltas o distancias con aquellos modelos. Esos análisis se combinan con iniciativas que se animan con la importación de políticas institucionales o programas de acción extranjeros como elementos innovadores para promover cambios en las instituciones locales. Sin embargo, diferentes experiencias demuestran que esa adopción de modelos extranjeros, de otras tradiciones políticas y jurídicas, no cumplen las expectativas de innovación puestas en ellos y resultan, en la mayoría de los casos, en nuevos ropajes para viejas prácticas. O, dicho de otro modo, en las burocracias brasileñas “todo cambia para quedar igual”.

En las policías en particular, y en la cultura jurídica en general, ello se demuestra a través del análisis empírico de varias políticas y programas de reformas que imprimieron nuevas tecnologías, lenguajes, tiempos y procedimientos, pero no alteraron los valores y tradiciones ya existentes. Algunas de esas experiencias son relatadas y analizadas en el artículo que integra la nueva edición del libro de Kant, en relación a la propia Policía Civil, las Guardias Municipales y los Juzgados de pequeñas causas (2019: 225-265). En el caso de la Policía Civil, también es importante mencionar el estudio coordinado por Michel Misse, en 2010, constatando que las prácticas y formas de

administración de conflictos por parte de la policía se mantuvieron, en palabras de Misse, “inalteradas en relación a los resultados de la etnografía de Kant”¹⁸. Ello, principalmente, por un elemento central, nunca reformado, ni revocado, que es el *inquérito policial*.

Esa pieza es central para entender el lugar de la policía en el sistema de justicia, pero también a la tradición jurídica brasileña en su conjunto. Se trata, como destaca Kant, de un elemento que sólo existe de esa forma en el proceso penal brasileño que se mantiene incólume, inclusive después de las reformas aprobadas en la Constitución de 1988. El *inquérito policial* es un procedimiento administrativo, no judicial, elaborado por la policía judicial, sin control jurisdiccional, a partir del cual tipifica e investiga el delito denunciado. Según ha analizado Kant en diversos trabajos, el *inquérito policial* evidencia la tradición inquisitorial del sistema jurídico brasileño, pues se trata de un procedimiento escrito, sigiloso y sin contradictorio, elaborado en las *delegacias* y refrendado, con poder de fe pública, por la misma policía, a través de su *cartório*. Esa dependencia, definida por un delegado como el “corazón de la *delegacia*”, explica el poder de policía de registrar y refrendar las informaciones por ella misma producidas, en su actividad de interpretación de la ley.

La permanencia del *inquérito policial* y del *cartório* como piezas centrales de las prácticas policiales, en Brasil, demuestra, así, no sólo la dificultad de cambiar el estado de cosas, sino también el poder de la policía en las disputas corporativas dentro del sistema. Ese poder, reconocido por algunos como el “poder de lapicera”, en referencia a la capacidad de otorgar estatus de verdad a sus propios registros, se contrapone, y al mismo tiempo se complementa, con el “poder del fusil”, si bien no exclusivamente, en manos de la Policía Militar¹⁹. Esa combinación, a pesar de las históricas y fuertes disputas corporativas

¹⁸ Fuente: <http://www.ineac.uff.br/index.php/videos/video/roberto-kant-de-lima-a-policia-do-rio-de-janeiro>

¹⁹ Los policías civiles también tienen portación de armas e inclusive cuentan con los fusiles característicos de la policía militar. En especial, existe un grupo operativo que realiza operativos de seguridad llamado C.O.R.E.—*Coordenadoria de Recursos Especiais do Rio de Janeiro*— y al cual se deben varios casos de ejecuciones y muertes en *favelas*.

(inclusive por el dominio de ambos poderes en una misma institución), caracterizan en Brasil una política de seguridad pública extremadamente represiva y militarizada en su brazo operativo y predominantemente inquisitorial en su fase investigativa y judicial.

Caso ejemplar de ello son los llamados "*autos de resistencia*". Se trata de muertes producidas por las agencias de seguridad, registradas como legítima defensa y, por lo tanto, no consideradas delito. En esos casos, es apenas instaurada una "investigación administrativa", que en el 97% de los casos es archivada por el propio Ministerio Público o Poder Judicial, sin confección de *inquérito policial* y sin investigación (Misse *et al.*, 2013)²⁰. La posibilidad de revertir ese registro para la categoría de "homicidio" reside en la acción, o no, de los movimientos sociales y de algunos canales institucionales que, de forma más reciente, pasaron a problematizar la violencia de estado, a través de actuaciones específicas y puntuales²¹.

En mi opinión, se encuentra allí un nudo central del sistema de seguridad pública y justicia en Brasil y en Río de Janeiro en particular, que tiene a la desigualdad jurídica apuntada por Kant y al racismo estructural (Almeida, 2018) como pilares centrales.

Derecho y antropología

La relación entre antropología y derecho acompaña la producción de Kant en su trayectoria. ¿Cómo pensar el derecho de una forma antropológica? ¿Cómo dialogar con el derecho desde esa perspectiva? ¿Cómo desarrollar una etnografía sobre las formas de

²⁰ En 2013, la denominación "*auto de resistencia*", originada en la época de la dictadura militar, se cambió por la de "muerte resultante de intervención policial" y posteriormente por "muerte por intervención de agente de Estado". Las mismas son contabilizadas en las estadísticas oficiales e integran el índice de "letalidad violenta", junto con homicidios dolosos, robo seguido de muerte y lesiones seguidas de muerte. Para el estado de Río de Janeiro, estamos hablando, por ejemplo, para el año de 2019, de 1810 personas muertas por agentes de Estado, principalmente jóvenes negros que viven en barrios de *favela* y periféricos.

²¹ Me refiero específicamente al *Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos*, de la Defensoría Pública de Río de Janeiro (NUDEDH/DPRJ), creado en 2016; en cierta medida al *Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública*, del Ministerio Público de Río de Janeiro (GAESP/MPRJ), creado en 2015, y fundamentalmente a las redes y colectivos de madres y familiares de víctimas de violencia de estado.

producción del derecho? ¿Cuáles son los efectos y resultados de ese diálogo?

Una de las principales formas en las cuales Kant ha trabajado esa relación es a partir del diálogo y la interlocución permanente con juristas, abogados y profesionales de ese campo. A partir de su actuación como profesor en facultades de derecho y específicamente de la formación de grupos de investigación con estudiantes de posgrado de esas facultades y de la dirección de varios trabajos en ese campo, el diálogo entre el derecho y la antropología se ha ido consolidando en el plano institucional²². La principal característica de la inserción en ese campo es el estímulo dado a la investigación empírica, tan resistida en el ambiente jurídico.

Junto con una visión normativa, en Brasil la formación en derecho es fundamentalmente dogmática. Esto es, parte de la producción y reproducción de “verdades consagradas”, legitimadas por la autoridad de quiénes las emiten (“eminencias del campo”) y no por las evidencias empíricas de sus argumentos. En artículo, escrito junto con Bárbara Lupetti, Kant caracteriza ese campo: “(...) la preocupación de los “doctrinadores” en legitimar su saber se torna mayor que el compromiso con el contenido de aquello que sustentan, privilegiando el argumento de autoridad en detrimento de la autoridad del argumento, lo que acaba, muchas veces, restringiendo el conocimiento jurídico al *contraditório* de opiniones, inspirado en tradición de la *disputatio* de la escolástica medieval” (2014: 31).

Esa tenacidad en la auto-reproducción de teorías, sin conexión con una base empírica, produce un derecho basado en los manuales jurídicos, formalista y codificado. El diálogo con la antropología y las ciencias humanas y sociales de modo general, puede contribuir en ese sentido a una visión que permita desnaturalizar tradiciones y modos de proceder anclados y reproducidos en las burocracias públicas;

²² Me refiero principalmente a la formación de grupos de investigación coordinados junto con la profesora y socióloga Maria Stella Amorim, inicialmente en el *Programa de Pós-graduação em Direito*, de la Universidad Gama Filho y posteriormente en el Programa de mismo nombre de la Universidad Veiga de Almeida, donde se desempeña también actualmente.

extrañar y cuestionar categorías y nociones y relativizar las verdades consagradas, características del mundo jurídico y normativo. Sin embargo, ese diálogo no siempre es fácil y lleva a diversas disonancias cognitivas en las formas de explicar ciertos fenómenos y construir los argumentos.

En ese sentido, otra característica de la tradición jurídica en Brasil, enunciada en la cita anterior, se revela fundamental: la *lógica do contraditório*. Según ha propuesto Kant, esa lógica no debe confundirse con el principio del contradictorio, que asegura la amplia defensa como garantía del proceso. La *lógica del contraditório* se manifiesta en la persistencia de una forma de construir los argumentos y establecer los debates caracterizada por la oposición infinita de tesis opuestas, que sólo encuentran fin cuando una autoridad externa impone a una como ganadora y a la otra como perdedora. El resultado más inmediato de esa lógica es la negativa e imposibilidad de producir consensos entre las partes de una discusión, debate o proceso judicial. Tal vez en ello resida una de las trabas más complejas del sistema de justicia en Brasil que supone la permanente descalificación, no sólo de argumentos diferentes, sino también del otro—el autor del argumento—como interlocutor válido de un diálogo entre “iguales, aunque diferentes”.

En una sociedad en la que los principios republicanos se confrontan con una tradición esclavista y oligárquica, la desigualdad y la exclusión del otro se tornan la garantía de un orden conservador (Schwartz, 1993, 2019; Silva, 2018). Esa impronta, presente en varios dominios sociales, se evidencia en la actuación de las agencias estatales vinculadas a los sistemas de seguridad pública y de justicia, a través de lógicas represivas y militarizadas de administración de conflictos, que tienen como premisa, más o menos explícita, la eliminación del “otro”, sea social o físicamente. Es posible pensar, en Brasil, en la consolidación de un régimen de deshumanización de ciertos grupos, vulnerabilizados no sólo social y económicamente, sino también en relación a sus derechos (Eilbaum, 2018). Es sobre

ello que tratan, al final de cuentas, los estudios sobre policía y seguridad pública, y donde encuentran su diálogo con el campo de los derechos humanos. Es en esa línea también posible emprender estudios que ligen la Antropología del Estado con la dimensión de las moralidades que constituyen y son constituidas a través de las prácticas de las burocracias públicas y de las interacciones con los ciudadanos. Es, sin dudas, un campo en el que aún queda mucho por explorar, ante contextos de desigualdad, exclusión, conservadurismo y pandemia mediante.

Referencias

- Almeida, S. L.: *O que é racismo estrutural?*, Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.
- Barth, F.: “Metodologias comparativas na análise dos dados antropológicos”, em: Lask, T. (org.): *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*, Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.
- Castilho, S., Souza Lima, A. y Teixeira, C. (orgs.): *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas sobre burocratas, elites e corporações*, Rio de Janeiro: ContraCapa/LACED, 2014.
- DaMatta, R.: “Você sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil”, en: *Carnavais, malandros e heróis*, Rio de Janeiro: Zahar, 1979, 139-193.
- Eilbaum, L.: *Los “casos de policía en la Justicia Federal en Buenos Aires. El pez por la boca muere*, Buenos Aires: Antropofagia, 2008.
- Eilbaum, L.: *‘O bairro fala’: conflitos, moralidades e justiça no conurbano bonaerense*, São Paulo: Hucitec, 2012.
- Eilbaum, L.: “Medeiros, Flavia. “Entre rotinas, temporalidades e moralidades: a construção de processos de repercussão em dois casos etnográficos”, en: Eilbaum, L., Lima, R. y Medeiros, F. (orgs.): *‘Casos de repercussão’: perspectivas antropológicas sobre rotinas burocráticas e moralidades*, Rio de Janeiro: Consequencia, 2017, 15-42.
- Eilbaum, L., Lima, R. y Medeiros, F. (orgs.): *‘Casos de repercussão’: perspectivas antropológicas sobre rotinas burocráticas e moralidades*, Rio de Janeiro: Editora Consequência, 2017.
- Eilbaum, L.: “Direitos humanos e desigualdade. Balanços parciais a partir de perspectivas antropológicas”, en: Souza Lima, A. (org.): *A antropologia e a esfera pública no Brasil Perspectivas e Prospectivas sobre a Associação Brasileira de Antropologia no seu 60o Aniversário*, Rio de Janeiro: E-papers, 2018, 221-236.
- Figueira, L.: *O ritual judiciário do Tribunal do Júri*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- Geertz, C.: “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa”, en: Geertz, C.: *O Saber Local. Novos ensaios em antropologia interpretativa*, Petrópolis: Vozes, 2002.

Lima, R. K.: *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Lima, R. K.: *A antropologia da academia: quando os índios somos nós*, Niterói: Eduff, 1997.

Lima, R. K.: “Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público”, *Revista Sociologia Política*, 13, 1999, 23-38.

Lima, R. K.: *Ensaio de Antropologia e de Direito: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Lima, R. K.: “Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na justiça criminal”, *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 6 (4), 2013, 549-580.

Lima, R. K.: *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Amazon, 2019.

Lima, R. K., Eilbaum, L. y Pires, L.: “Universidade e Segurança pública: campo político, saber acadêmico e desigualdade no Brasil”, en: Guemureman, S. (org.): *Universidade y políticas públicas: El desafío ante las marginaciones sociales*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, 383-397.

Lima, R. K., Eilbaum, L. y Pires, L.: “Constituição e Segurança Pública: exercício de direitos, construção de verdade e a administração institucional de conflitos”, en: Lima, R. K.: *A Polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos*, 3 ed., Rio de Janeiro: Amazon, 2019, vol. 1, 225-265.

Lima, R. K., Misse, M. y Miranda, A.: “Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia”, *BIB*, 50 (2), 2000, 45-124.

Lima, R. K. y Pereira, L.: *Pescadores de Itaipu: Meio ambiente, conflito e ritual no litoral do Estado do Rio de Janeiro* (Coleção Antropologia e ciência política), Niterói: Eduff, 1997.

Lima, R. K., Pires, L. y Eilbaum, L.: *Burocracias, Direitos e Conflitos. Pesquisas Comparadas em Antropologia do Direito*, Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

Lima, R. K., Pires, L. y Eilbaum, L.: *Conflitos, Direitos e Moralidades, em Perspectiva Comparada* (Volumes I e II), Rio de Janeiro: Garamond, 2010

Lima, R. K., Tiscornia, S. y Eilbaum, L.: *Burocracias penales, procesos institucionales de administración de conflictos y formas de construcción de ciudadanía. Experiencia comparada entre Brasil y Argentina*, Buenos Aires: Antropofagia, 2009.

Lima, R. K., Lupetti, B.: “Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico”, *Anuário Antropológico*, 39, 2014, 9-37.

Lima, L.: “O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado”, *Revista Sociologia y Política*, 13, 1999, 17-21.

Lobão, R.: “Reservas Extrativistas Marinhas: uma reforma agrária no mar? Uma discussão sobre o processo de construção da Reserva Extrativista Marinha de Arraial do Cabo”, *Tesis de Maestría* Programa de Pós-graduação em Antropologia/IFF, Niterói, 2000.

Medeiros, F.: “*Matar o morto*”: *uma etnografia do Instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro*, Niterói: Eduff, 2016.

Medeiros, F.: *Linhas de investigação: uma etnografia das técnicas e moralidades numa Divisão de Homicídios da Polícia Civil do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Autografia, 2018.

Mello, K.: *Cidade e Conflito: guardas municipais e camelôs*, Niterói: EDUFF, 2011.

Misse, M., Grillo, C., Teixeira, C. y Neri, N.: *Quando a polícia mata: Homicídios por ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011)*, Rio de Janeiro: Necvu/Booklink, 2013.

Mota, F.: “O Estado contra o Estado: direitos, poder e conflitos no processo de produção da identidade ‘quilombola’ da Marambaia”, en: Lima, R. K. (org.): *Antropologia e Direitos Humanos 3*, Prêmio ABA-FORD, Niterói: EdUFF, 2001, vol. 3, 133-183.

Mota, F.: *Cidadãos em toda parte ou cidadãos à parte? Demandas de direitos e reconhecimento no Brasil e na França*, Rio de Janeiro: Conseqüência, 2014.

Mouzinho, G.: *Sobre Culpados ou Inocentes: O processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Público Federal brasileiro*, Rio de Janeiro: Autografia Edição e Comunicação Ltda, 2019.

Nader, L.: “Up the anthropologist: perspectives gained from ‘studying up’”, en: Hymes, D.: *Reinventing anthropology*, New York: Random House, 1972, 284-311.

Nuñez, I.: ““Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!”: moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no Tribunal do Júri”, *Tese de Doutorado* Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

Oliveira, L.: “Não fale do código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito”, en: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 137-167.

Policarpo, F.: *O consumo de drogas e seus controles: uma perspectiva comparada entre as cidades do Rio de Janeiro e de San Francisco*, Rio de Janeiro: Consequência, 2016.

Sinhoretto, J.: “Entrevista”, en: Lima, R. y Ratton, J. (org.): *As Ciências Sociais e os pioneiros no estudo do crime, da violência e dos direitos humanos no Brasil*, São Paulo: ANPOCS, 2011, 116-144.

Schwartz, L.: *Sobre o autoritarismo brasileiro*, Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019.

Schwartz, L.: *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e pensamento racial no Brasil: 1870-1930*, Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

Silva, J.: *Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

Tiscornia, S. y Pita, M.: *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y en Brasil. Estudios de Antropología Jurídica*, Buenos Aires: Antropofagia, 2005.

Veríssimo, M.: *Maconheiros, Fumons e Growers: um estudo comparativo do consumo e de cultivo caseiro de canábis no Rio de Janeiro e Buenos Aires*, Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

LA POLICÍA DE LA CIUDAD DE RIO DE JANEIRO: SUS DILEMAS Y PARADOJAS

THE POLICE OF THE CITY OF RIO DE JANEIRO:
ITS DILEMMAS AND PARADOXES

ROBERTO KANT DE LIMA
UNIVERSIDAD FEDERAL DE RIO DE JANEIRO

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda las prácticas policiales en la ciudad de Rio de Janeiro, durante 1982, e investiga hasta qué punto la policía responde a una clasificación social elaborada por ella misma, en lo que claramente se expresa la aplicación sistemática de poderes discrecionales.

Publicado originalmente como: "Capítulo 1: Introdução",
en: *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, 1-21.
Traducción Tomás Bover (CONICET/UNQ).

La paradoja legal brasileira

En Brasil, un orden constitucional igualitario es aplicado de manera jerárquica por el sistema judicial. Se dispensan diferentes tratamientos legales a las mismas infracciones, dependiendo de la situación social o profesional del sospechoso. Desde que esperan su juzgamiento y hasta después de ser condenados, los acusados son sometidos a regímenes carcelarios diferentes, aunque hayan cometido crímenes del mismo tipo.

Este sistema judicial, constituido formalmente por un conjunto jerarquizado de tribunales, atribuye a la policía civil funciones auxiliares y subalternas en la instrucción judicial. La policía debe ejercer sus facultades judiciales bajo la estricta supervisión del Poder Judicial y del Ministerio Público, que es una rama semi-autónoma del Poder Ejecutivo. A la policía la ley también le atribuye potestades de vigilancia, que consisten en la prevención de la criminalidad. En el ejercicio de esta función de vigilancia la policía dispone de poderes discrecionales. Incluso, en la práctica, la policía “contamina” su actividad judicial con sus criterios de vigilancia. En consecuencia, y en clara desobediencia a la ley, la policía juzga casos y castiga delincuentes sirviéndose de principios y criterios diferentes a los utilizados por el Poder Judicial.

Por este motivo la policía es acusada con frecuencia de distorsionar la aplicación de las leyes estatales y los principios y garantías constitucionales. Sin embargo, un análisis más preciso del sistema judicial en su totalidad pone en evidencia que la policía representa en la realidad una instancia de autoridad extra oficial que sirve para complementar al sistema judicial oficial. Las prácticas policiales son un complemento del sistema judicial y no una violación o una degradación de él.

La tergiversación de la ley que se puede observar en las actividades policiales ilustra una práctica judicial tradicional en Brasil. Nuestro sistema judicial oficial opera tradicionalmente por medio de

“entramados” que particularizan la aplicación de leyes genéricas. Se aplican criterios diferentes, conforme la existencia de relaciones (los llamados “entramados”) entre la persona involucrada y las autoridades judiciales. Esos entramados judiciales representan, en un nivel más elevado de la categoría oficial de la justicia, el equivalente a las prácticas policiales discrecionales situadas en un nivel inferior, y extra oficial, de la jerarquía judicial.

La ejecución jerárquica a través del Poder Judicial y de la Policía Civil de los principios igualitarios constitucionales, provoca consecuencias significativas en el ámbito de la ley y de la transformación social en Brasil. Cuando los brasileros desean introducir cambios estructurales, políticos y legales, de naturaleza más profunda, tales alteraciones son canalizadas para el Poder Legislativo que es, en teoría, la única fuente legítima de leyes. Cuando se considera que las transformaciones son radicales, el pueblo elige una Asamblea Constituyente que redacta una nueva Constitución. En ciertas ocasiones, cuando el sistema político es extremadamente autoritario, el propio Gobierno puede promover una nueva constitución que impone la revisión de los principios básicos de organización política y de los derechos individuales.

Sin embargo, la aplicación de los principios constitucionales permanece vinculada al sistema judicial jerárquico y a una teoría judicial elitista. En la práctica, existe siempre una profunda discrepancia entre la aplicación idealmente equitativa de los principios constitucionales igualitarios y la realidad selectiva y elitista de la acción judicial. Las prácticas policiales, y no el sistema judicial, son acusadas de esa distorsión. Así, reformas constitucionales y el control sobre la policía son los remedios recomendados para el correcto funcionamiento de la democracia brasilera.

La sociedad brasilera tiene, de manera general, una noción muy vaga del vínculo que existe entre las funciones oficiales y extra oficiales que la Policía Civil y la Constitución en el sistema político y legal brasilero. Los sentidos ideológicos que les fueron atribuidos

representan el principal apoyo institucional de un sistema legal y judicial elitista. La ideología jurídica elitista se apoya en los principios igualitarios, pero en la práctica las profesiones ligadas a lo legal practican la discriminación por medio de los entramados judiciales y de las prácticas policiales. Como dice un refrán genuinamente brasileiro:

En Brasil todas las personas son iguales, pero siempre hay algunas que son más iguales que otras...

A pesar de que las desigualdades existan también en otras democracias, son los mecanismos particularmente brasileiros los que examinaremos aquí.

Organización judicial brasileira: derechos constitucionales igualitarios, elitismo judicial y prácticas policiales

La combinación de principios constitucionales igualitarios con el sistema jerarquizado de juzgamiento puede ser considerado un ejemplo de lo que los antropólogos brasileiros llaman de dilema brasileiro: la existencia paradójica de una ideología formal igualitaria y un orden social jerarquizado (Da Matta, 1979). El acalorado debate público y la reacción de las esferas intelectuales que despertó la ordenada a la policía del Estado de Rio de Janeiro en 1983 para tratar indiscriminadamente a toda la población como “ciudadanos” ilustra muy bien la principal paradoja a ser resuelta por los sistemas legal y judicial brasileiros: cómo identificar el abstracto y genérico individuo apuntado en la Constitución en una sociedad que atribuye ostensiblemente diferentes grados de ciudadanía a diferentes tipos de individuos¹.

¹ La concepción jerárquica de ciudadanía en Brasil ha sido discutida por antropólogos sociales brasileiros, particularmente en relación a las formas de violencia en la sociedad brasileira (Velho, 1980; Da Matta, 1982). El proceso de reconocimiento gradual de los derechos de ciudadanía para los diversos segmentos de la sociedad brasileira fue definido como “ciudadanía regulada” por Santos (1979).

La actual constitución brasileira (1969) atribuye a los brasileros y extranjeros residentes en Brasil el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad privada. Figura también que todos son iguales frente a la ley sin discriminación de sexo, raza, profesión, religión y convicciones políticas. La ley debe penalizar el prejuicio racial.

La Constitución establece, más allá de esto, que todo acusado goza del derecho a una defensa plena, esto es, del derecho de probar libremente que está dentro de la ley, pudiendo la defensa actuar en igualdad de condiciones y de oportunidades con la acusación (isonimia de las partes), en lo concerniente a la participación en el proceso, inclusive utilizando todos los medios necesarios para esto. No habrá foro privilegiado ni tribunales de excepción. El proceso penal será contradictorio. Tales principios podrían ser considerados como el equivalente, en Brasil, del *due process of law*, norteamericano.

La Constitución establece que no existe pena de muerte o prisión perpetua, ni prohibición de ingreso al país, ni confiscación de bienes excepto en casos de guerra o revolución. Los ciudadanos pueden ser apresados en flagrancia o por orden escrita de la autoridad competente. En estos casos, la detención debe ser inmediatamente comunicada al juez, que liberará al preso si considera que la detención fue ilegal. Las autoridades son responsables por la seguridad física y moral de las personas detenidas o presas.

Tales dispositivos constitucionales universalistas e igualitarios son aplicados en Brasil de una forma típicamente jerárquica. Oficialmente, el sistema está organizado en diferentes niveles de jurisdicción llamados instancias, que constituyen grados progresivos en una sucesión de apelaciones. Existen tribunales singulares y tribunales de jurado en la primera instancia, tribunales regionales en la segunda instancia y tribunales superiores en la tercera instancia. Esos niveles jurisdiccionales son graduales, los juicios se clasifican en entradas y, junto a los tribunales regionales, se subordinan al Tribunal

de Justicia (ámbito estadual). Estos y los tribunales superiores están subordinados al Supremo Tribunal Federal (ver cuadro 1).

La organización jerárquica del Poder Judicial se vincula con una secuencia de procesos penales progresivos. La acusación es obligatoria en crímenes de acción pública. En estos, según la ley, no hay ninguna posibilidad de negociación y el archivo del proceso solo puede ser autorizado por el juez en circunstancias especiales.

Unidad jurisdiccional	Nivel de tribunal / nombre	Profesionales
Unión	Tercera instancia Supremo Tribunal Federal Tribunales Superiores	Ministros
Estados	Segunda instancia Tribunal de Justicia Tribunales Regionales	Jueces
Comarcas Primer entrada Segunda entrada Tercera entrada	Primera instancia Juez singular Tribunal de jury	Jueces

Con un ejemplo ilustraré el funcionamiento del sistema. Por la ley procesal brasilera en vigencia en la época de la investigación, si un ciudadano común cometiese un delito sería probablemente alcanzado por una investigación policial y, entonces, denunciado por el fiscal de distrito convirtiéndose en acusado.

En los casos de crímenes intencionales contra la vida las medidas son más complejas, definiéndose mediante un sistema de acusación progresivo (*cf.* Marques, 1963: 56). Después de la investigación policial, la denuncia del fiscal de distrito y la instrucción judicial, el juez podría condenar al acusado. El veredicto, así como cualquier sentencia de un juez, se puede apelar en la instancia superior y finalmente al Supremo Tribunal Federal.

A diferencia del sistema norteamericano, en el cual la acusación tiene que probar la culpabilidad del acusado, en Brasil es el acusado

quien tiene que probar, en la práctica, su inocencia. La justicia admite *a priori* que el acusado es culpable. Si en cualquier fase de la acción penal el juez puede admitir como cierta la inocencia del acusado, este podrá ser absuelto, pero en la medida en que la acción prosiga, aumenta la posibilidad de que el acusado sea culpable. Como me señaló un policía durante un juicio:

Oye, yo no creo que este tipo sea inocente. Solo por una cosa: nadie que llegue hasta aquí puede ser totalmente inocente. Debe estar "debiendo" algo, ¿no?

Esta acción penal progresiva tiene relación con una concepción jerárquica del sistema social. En cuanto más elevada la posición del acusado, menor será el número de instancias a las que se deba someter en caso de recibir una acusación. Por lo tanto, existe una aplicación diferente de la ley de acuerdo al *status* del acusado. Por ejemplo, algunas de estas etapas graduales de acusación—casi interminables—serán omitidas en el caso de que el acusado sea Juez, Fiscal de distrito, Secretario de Estado, o para determinados funcionarios administrativos judiciales. Aunque se trate de un delito común (sin relación con su actividad oficial) el acusado será juzgado directamente por el Tribunal de Justicia del estado o por el Supremo Tribunal Federal.

En contradicción con los principios constitucionales igualitarios ya analizados, estos acusados privilegiados tendrán un tratamiento especial en la prisión durante el proceso penal y, algunas veces, incluso después de una condena definitiva, como sucede con los acusados que detentan una Orden de Mérito, ex jurados o incluso quienes posean un diploma superior o un elevado *status* social.

La estructura jerárquica de la acción penal descrita ejemplifica la concepción elitista que permea al sistema judicial brasileiro. Aunque esta concepción se contradice con los principios constitucionales

igualitarios. La solución jurídica brasileira para esta contradicción fue conceder poderes discrecionales a la policía.

La tradición jurídica brasileira sigue la tradición de la ley romana. Esto significa que el Poder Legislativo es considerado como la fuente única de la ley. Este es el motivo por el cual las leyes oriundas del legislativo resisten “interpretaciones”—y consecuentes actitudes pseudo legislativas—que particularizan *a priori* todas las situaciones en las cuales deban ser aplicadas (Merryman, 1969). En un sistema como este, el Legislativo intenta prever todas las peculiaridades que pueden formar parte de los casos en que la ley será aplicada. El resultado de la aplicación de la ley, una vez iniciadas las medidas legales, debe ser totalmente previsible, ya que a los jueces les es concedida una libertad de acción muy limitada. Consecuentemente, los poderes discrecionales permitidos a la policía constituyen una excepción en el sistema judicial.

Sin embargo, este sistema no puede disculpar abiertamente que una policía actúe presuntamente contra la ley en todas las situaciones, esto es, cuya autonomía sea absoluta. El sistema judicial precisó entonces, tolerar una policía que actúa discrecionalmente, llegando incluso a contrariar dispositivos constitucionales, con una policía cuyas actividades deben estar bajo control del sistema judicial como parte de ese sistema. La solución fue dividir sus funciones policiales en dos partes: la función “administrativa” que incluye la vigilancia de la población para prevenir la criminalidad y la función judicial, que representa la función auxiliar del sistema judicial de investigación criminal.

Se dice que la policía ejerce sus funciones administrativas teniendo en cuenta la conducta “potencialmente” criminal de cada persona: es su obligación observar atentamente a la población con el fin de prevenir la criminalidad. Se dice que en sus funciones judiciales la policía toma en cuenta la conducta criminal “real” de los individuos: son actividades de investigación de los hechos (Costa, 1979; Costa 1982). Al ejercer las funciones administrativas, la policía goza de

amplia libertad de acción; al ejercer las funciones judiciales, manteniéndose en armonía con el resto del sistema judicial, la policía goza de una limitada libertad de acción o incluso de ninguna.

El ejercicio del poder de policía—puede ser discrecional, pero no arbitrario—se torna crítico al poner en práctica valores reales del sistema judicial brasileiro. La policía actúa como un enlace entre el sistema judicial elitista y jerarquizado con el sistema político igualitario. La particular manera en que la policía ejerce sus funciones revela su papel en el sistema judicial.

La policía “contamina” sus funciones de investigación con las de vigilancia. En lugar de investigar los hechos, la policía vigila poblaciones en un proceso preliminar de selección para la aplicación desigual de la ley. El tratamiento legal dispensado va a depender del *status* social de cada persona, como en el caso de la prisión especial. Al ejercer funciones judiciales, la policía no actúa simplemente como agente del sistema judicial identificando hechos criminales previamente tipificados (previstos) por la ley tal como estipula la teoría jurídica brasileira. En realidad, la policía “prevé” los hechos delictivos por medio de suposiciones relativas al carácter del delincuente, estereotipos de los cuales nos ocuparemos en otros capítulos.

Sin embargo, arrinconada entre dos criterios formales al ejercer sus funciones—la administrativa y la judicial—la policía se encuentra permanentemente amenazada por el sistema judicial. Cualquier acción policial puede ser clasificada como legal o ilegal (o por lo menos como arañando la ley). El efecto práctico resultante es que el sistema judicial y su ideología quedan intactos y “puros”. La policía es la responsable final de la aplicación desigual de la ley. El sistema legal permanece bajo control último del poder de policía, libre para caracterizar la acción policial como legal o como “corrupta” ante la aplicación democrática y liberal de la ley. En consecuencia, la policía es el chivo expiatorio de la ideología jurídica elitista en un orden político teóricamente igualitario.

Al aplicar desigualmente la ley la policía evita, por un lado, que los “delincuentes en potencia”, los marginales, se beneficien de los dispositivos constitucionales igualitarios. Por otro lado, en ciertos casos, especialmente cuando las personas involucradas pertenecen a clases media o alta, la policía al aplicar la ley y actuar de manera compatible con los dispositivos constitucionales igualitarios, reestablece la fe de los marginales en los principios democráticos igualitarios del sistema político brasileiro. De hecho, las prácticas policiales vuelven posible el funcionamiento del sistema político a pesar de sus contradicciones legales internas.

La naturaleza del tema de mi investigación influyó en las estrategias de mi trabajo de campo y en la organización elegida para la presentación de los datos recolectados. En la próxima sección de este capítulo explicaré algunos aspectos generales de las prácticas procesales en Brasil y, luego, de los extensos y complicados acuerdos que me permitieron el acceso a los entramados judiciales de Río de Janeiro. Tales vínculos fueron decisivos para mis investigaciones que alcanzaron a la policía, sus actividades discrecionales extra-oficiales y al sistema judicial altamente jerarquizado.

Describiré más adelante las características del sistema jurídico-penal y los dispositivos legales que estructuran la actividad policial. En el caso de la policía es esencial el conocimiento de esta estructura, pues sólo de ese modo llegaremos a comprender las prácticas policiales clandestinas de distorsión y violación de la ley. Este conocimiento es necesario también para poner en claro la manera en la que el caso de Brasil difiere de los sistemas legales y jurídico-penales angloamericanos.

En los capítulos siguientes el estudio del sistema formal describirá las prácticas policiales. Describiré desde el inicio el armado de una flagrancia que, excepcionalmente, fue efectuada en estricta obediencia a la ley. Mostraré luego, cómo la policía negocia, interpreta y distorsiona la ley, y describiré los límites prácticos internos y externos impuestos a sus actividades de investigación. Finalmente

discutiré dos prácticas policiales que existen en clara desobediencia a la ley: la práctica de juzgamiento (arbitraje) y de castigo.

La presentación etnográfica será seguida de dos capítulos interpretativos. El primero mostrará la dificultad del concepto legal brasileiro de “poder de policía” para explicar las rutinas policiales reales. Las prácticas policiales de juzgamiento y castigo constituyen de hecho un sistema que se organiza según principios diferentes de aquellos que ordenan el sistema judicial. Las actividades policiales se organizan conforme los principios de la ética policial, un conjunto extra-oficial de reglas producidas y reproducidas por el proceso tradicional de transmisión de conocimiento.

En conclusión, discutiré las características generales de la ideología jurídica brasileira en comparación y contraste con las prácticas policiales. Tanto los entramados judiciales como la ética policial funcionan como mecanismo de distorsión de la aplicación universal de la ley.

Existen obvias comparaciones y contrastes a realizar entre los sistemas legal y judicial brasileiro y otros sistemas occidentales. Sin embargo, debido a los límites impuestos para la extensión de este trabajo y a los fines de resguardar los puntos esenciales a exponer, dejaré las comparaciones y los contrastes a cargo del propio lector. Quedarán implícitos en el texto que se focalizará esencialmente sobre el sistema brasileiro.

Importancia de los entramados Legales y Judiciales para el trabajo de campo sobre la policía

El trabajo de campo sistemático que realicé sobre la Policía Civil de Rio de Janeiro se desarrolló principalmente entre febrero y octubre de 1982². En esa época ya se encontraba en proceso en Brasil la transición política hacia una sociedad más democrática (lo que los

² EL jurado que aprobó el resumen previo de mi tesis recomendó un trabajo de campo con la Policía de Rio de Janeiro como primer paso de una investigación más amplia sobre el sistema judicial brasileiro, especialmente el sistema de juri. El trabajo de campo sobre el tribunal de juri de Rio de Janeiro fue realizado durante los años 1983 y 1984. Este será discutido en un trabajo posterior.

brasileros denominaron la redemocratización). Indudablemente eso motivó una actitud más abierta de la Policía y del Poder Judicial en relación a mi trabajo, ya que durante el régimen militar los científicos sociales eran considerados como opuestos al *status quo*, representados en este caso por los sistemas policial y judicial³. Pero, cuando di inicio a mi trabajo de campo, durante el segundo trimestre de 1981, noté inmediatamente que, aun conformando grupos distintos, tanto la policía como el Poder Judicial oponían aún una fuerte reacción a cualquier interferencia externa.

Como representante de la sociedad y de la academia estaba habilitado a entrevistar a las autoridades policiales y judiciales, pero no conseguía vencer un muro de formalismo al que recurrían para evitar ser observados en sus comportamientos y representaciones reales.

Tales formalidades son resultado de algunas características propias del sistema judicial brasileiro. Por un lado, la legislación brasileira está codificada y, como tal, se considera totalmente “conocida” por los profesionales de la ley. No obstante, es materialmente imposible para cualquiera conocer en su totalidad el conjunto complejo de leyes y códigos que siempre están siendo alterados por nuevas legislaciones. Esta situación provoca una permanente actitud defensiva de parte de los profesionales que, en cualquier momento, pueden ser acusados de incompetencia por “ni siquiera conocer la ley”.

Por otro lado, la forma flexible en que el Poder Judicial y la Policía interpretan la ley en un sistema en que cualquier actitud discrecional puede ser señalada como ilegal, impide un intercambio fluido de estos profesionales entre sí y con la sociedad. Consecuentemente, los profesionales de la ley respondían mis

³ Los científicos sociales brasileiros, como resultado del extenso período de gobierno militar, fueron considerados por definición como hostiles al orden establecido, lo que fue motivado por el hecho de que muchos de ellos hayan criticado repetidamente la censura gubernamental, la interferencia en las investigaciones y la enseñanza académica. En algunas ocasiones, científicos sociales e intelectuales en general protestaron contra la violación de los derechos humanos cometida por el gobierno militar, esencialmente en relación a la tortura de presos políticos.

preguntas con declaraciones formales, que se ajustaban a cualquier situación y nunca presentando su opinión personal. Ellos consideraban mis indagaciones sobre sus prácticas y representaciones como una clara amenaza a su saber profesional y, consecuentemente, como un desafío manifiesto a su poder y su posición.

De hecho, este es un aspecto importante de la cultura jurídica brasileira, claramente admitido por muchos profesionales de la ley, mis informantes, jueces, abogados, oficiales de policía y profesionales de la ley en general, quienes están permanentemente amenazados por el estigma del error o sencillamente por ignorar la ley. El citado eslogan "él ni siquiera conoce la ley" era repetidamente usado como una "acusación" para humillar a profesionales que hubieran cometido errores técnicos. Sin embargo, como ya mencioné, es imposible saber de memoria toda la legislación brasileira. La amenaza representa evidentemente un medio para competir por un *status* o, cuando están en juego diferentes subgrupos profesionales de la ley, un medio para incluir o excluir a alguien. Este rechazo a revelar información sobre las prácticas policiales y judiciales reales dificultaba seriamente mi trabajo. Era evidente que necesitaba de una presentación que garantizara mi aceptación por parte de la policía. Esa presentación se viabilizó de una manera puramente accidental. Durante mi residencia en Harvard (1979-1981) conocí a un brasileiro que era candidato el título de Doctor en la Escuela de Leyes de Harvard. Era miembro y líder de un grupo de abogados que proponían importantes reformas en el sistema legal y judicial de Rio de Janeiro. El círculo de influencia de ese grupo incluía fiscales, abogados, oficiales de policía, jueces, así como políticos pertenecientes a partidos de oposición al Gobierno Federal, ocupado por militares. Posteriormente, en la elección de 1982, con la victoria de un candidato opositor para gobernar el Estado de Rio de Janeiro, algunos líderes de ese grupo, como consecuencia del apoyo que prestaron a la oposición, asumieron cargos de jefatura en la nueva administración estadual. El colega que era mi contacto en Harvard ocupó los cargos de Secretario de Justicia y de

Superintendente ejecutivo del Consejo de Derechos Humanos del Estado de Rio de Janeiro.

Este detalle fortuito de la investigación tuvo mucha importancia para mi trabajo de campo. Esto sugiere, desde luego, hasta qué punto los dominios legales, judiciales y políticos del Estado de Rio de Janeiro estaban vinculados entre sí, y cuán importante son las tramas de los profesionales de la ley en el sistema estadual de administración de justicia. Estos profesionales, por su organización política, terminan controlando y ocupando los principales cargos ligados a los sistemas judicial y policial. Fue una inequívoca demostración de la importancia de estos entramados mi acceso al trabajo de campo a los sistemas policial y judicial en la ciudad de Rio de Janeiro.

Con la cooperación de mi colega de Harvard, fui presentado a dos abogados criminalistas que fueron de gran utilidad para mis propósitos. Ambos participaban del mencionado grupo “reformista”. Uno era director de la División de Investigación de la Orden de los Abogados de Brasil, Sección del Estado de Río de Janeiro. Luego de esa presentación, él decidió apoyar mi investigación. Tal apoyo me valió el reconocimiento de la OAB-RJ. Posteriormente fue nominado secretario de Policía Judicial del Estado de Río de Janeiro, responsable de la dirección de la Policía Civil del estado.

La otra presentación decisiva fue la de un renombrado criminalista, profesor de derecho y procurador del estado. Él me presentó a jueces, fiscales, servidores de justicia y policías. El procurador me recibía en su oficina, donde yo tenía la oportunidad de acompañar sus casos, así como participar de actividades judiciales.

Más allá de valerme de las presentaciones de estos informantes, recogí también datos de otras fuentes. Primero, ejercí en el derecho penal durante dos años, especialmente con la policía de Porto Alegre. En esa época (1962-1968) yo era estudiante de Derecho. Después estuve involucrado con la policía en muchas ocasiones, como sucede con gran parte de los ciudadanos brasileiros. También tuve contacto con la policía en calidad de abogado en defensa de amigos, pescadores

y estudiantes en el transcurso de mis actividades de investigación y enseñanza en la Universidad.

En segundo lugar, uno de mis amigos más íntimos, compañero del Departamento de Antropología en el que doy clases, tenía a su padre y su hermano trabajando en la Policía del Estado de Rio de Janeiro. La oportunidad de observar y participar en sus actividades contribuyó mucho, especialmente cuando se trataba de acciones conjuntas con otros policías, para dilucidar innumerables aspectos de la ética policial, o el tradicional "código de honor" de la policía. Las discusiones que mantenía con mi compañero enriquecieron sobremanera mis anotaciones sobre la policía.

Finalmente, participé de un grupo de discusión que reunía abogados y científicos sociales y cuyo tema era la organización policial y judicial. Un resultado de tales debates fue un documento colectivo que proponía modificaciones prácticas para la organización policial de Río de Janeiro. Posteriormente, en un seminario interdisciplinar con la participación del procurador, ese documento fue discutido y esos ensayos prácticos y teóricos fueron incorporados al material de mi trabajo de campo.

Durante el transcurso de este, recibí la confianza y la amistad de mis informantes quienes, a cambio, solicitaban frecuentemente que esclarezca el sentido de mi trabajo y de su perspectiva mientras me transmitían lo que podían de su experiencia profesional. El procurador me invitó a asistir a sus seminarios y conferencias y dicté charlas para sus estudiantes en la Facultad de Derecho donde era profesor. La Orden de Abogados del Brasil—Sección del Estado de Río de Janeiro, me invitó a debatir mi trabajo con abogados y jueces. Escribí también el prefacio de uno de los libros del procurador. A cambio, lo invité a dar una clase a mis alumnos de ciencias sociales. Dado el extremo prejuicio y segregación que reinan entre las diversas disciplinas de los sectores jurídicos y sociales en Brasil, eso representó una experiencia interdisciplinar sumamente interesante. Invité también al procurador y a sus amigos de la policía a mi casa y ellos

retribuyeron la invitación. Compartimos amigos, así como alimentos, bebidas y pensamientos. Pienso que todo ese intercambio fue provechoso para todos nosotros.

La trama formada en el seno de ese grupo de profesionales del área legal, a la cual yo también estaba integrado, fue de crucial importancia para delimitar la muestra de mi investigación. Fue esencial también para establecer claramente mi identidad como investigador volviéndome “conocido” o casi un miembro del grupo. Esta identidad, según la ideología del grupo y las costumbres y prácticas sociales de la sociedad brasileira, me volvió vulnerable al ejercicio de ciertas prácticas de control social informal.

Estas técnicas apuntaban principalmente a impedir mi participación en una acusación pública hacia los miembros del sistema judicial o de la policial. Finalmente, yo era su “amigo” y no podía romper los principios éticos de hospitalidad y amistad típica de los brasileiros. En esas condiciones, los intercambios de información se vieron muy facilitados.

Por ejemplo, el abogado que me inició en las prácticas policiales, era amigo del procurador al igual que yo, por lo que “heredé” las relaciones de amistad que existían entre los dos, como es habitual en Brasil. En la próxima sección discutiré sobre las características del universo de mi investigación y de la muestra utilizada.

El universo y la muestra de la investigación

La ciudad de Río de Janeiro fue capital de la República (por lo tanto, Distrito Federal, DF) hasta 1960, año en que la capital fue transferida a la recién reconstruida ciudad de Brasilia, que asumió la posición de Distrito Federal. La ciudad de Río de Janeiro, ex DF, pasó a constituir una nueva unidad federativa, el Estado de Guanabara (ciudad-estado). En 1975 se produjo la fusión entre el Estado de Guanabara y su vecino Estado de Río de Janeiro. La ciudad de Río de

Janeiro quedó como capital del nuevo y aumentado Estado de Río de Janeiro.

En la época en la que se desarrolló esta investigación la Policía Civil de la ciudad de Río de Janeiro era parte de la Policía del Estado de Río de Janeiro, un órgano constituido por la Policía Civil y la Policía Militar bajo el comando y supervisión de la Secretaría de Estado de Seguridad Pública. Las Policías Militares de los estados, según determina la Constitución Federal, teóricamente están encargados de preservar el orden público en el ámbito de sus respectivos estados, representando junto a los cuerpos de Bomberos, las fuerzas auxiliares del ejército.

Mientras estaba haciendo el trabajo de campo, las Secretarías de Estado de la Seguridad Pública de todo el país estaban a cargo de oficiales del ejército. La policía Militar y la Policía Civil estaban subordinadas a ellos. La Policía Militar, debido a su disciplina militar y a una organización explícitamente jerárquica, tenía como incumbencia específica ejercer la vigilancia de la población habiendo sido estimulada para emprender una “guerra abierta” contra el delito y los delincuentes. Distintos científicos sociales han resaltado al respecto, las relaciones existentes entre el desarrollo de un régimen capitalista autoritario y las funciones represivas atribuidas a la Policía Militar (*cf.* Fernandes, 1973—como ejemplo).

Esta militarización de la vigilancia policial causó, sin embargo, problemas administrativos para ambas organizaciones policiales. El gobernador electo resolvió esos problemas parcialmente en 1983 creando dos Secretarías de Estado, una para la Policía Civil y otra para la Policía Militar. Secretarías que estaban encargadas, con delegación una de la otra, de fijar el *status* y mantener el control de cada una de las policías. Fueron reactivadas las delegaciones⁴ de Vigilancia de la Policía Civil, que pasaron a ser dirigidas por un delegado⁵ nombrado para ese fin, lo que era una antigua demanda de la institución.

⁴ NdT: Comisaría.

⁵ NdT: Comisarios.

La Policía Civil está a cargo, teóricamente, de la investigación preliminar de los hechos en caso de existir un delito. También ejerce los servicios públicos administrativos, principalmente la provisión de un certificado de la situación económica y social de los solicitantes (certificado de pobreza).

Las investigaciones policiales son realizadas por la Policía Civil. Durante esta investigación la población del Estado de Río de Janeiro se encontraba en torno de los 11,5 Millones de habitantes y había 133 delegaciones de la Policía en el Estado que se distribuían en tres categorías según la población del área en la que se situaban. La Región Metropolitana de Río de Janeiro tenía una población de 9,5 Millones de habitantes y disponía de 80 delegaciones policiales. La ciudad de Río de Janeiro tenía una población de 5.000.000 de habitantes y contaba con 48 delegaciones de primera categoría⁶.

La estructura formal de cada delegación requería de un delegado titular (comisario o jefe de delegación) y tantos delegados adjuntos (auxiliares del titular) como la clasificación de la delegación requiera. Las delegaciones de primera categoría contaban con cuatro delegados adjuntos. En el Estado de Río de Janeiro la ley exige que tanto los delegados titulares como los adjuntos posean título de Abogado, no pudiendo acceder al cargo sin éste. Así, como símbolo de su *status* y su autoridad deben, según la tradición brasilera, ser tratados siempre de Doctor y contando con las iniciales Dr. antes de su nombre. A pesar de poseer el título de abogado, también deben calificar mediante un concurso público antes de asumir el cargo de delegado. Estas autoridades policiales son llamadas tradicionalmente como delegados porque ejercen su autoridad en nombre de los poderes Judicial y Ejecutivo quienes lo invisten de poderes “delegados”.

Cada delegación policial tenía tantos equipos judiciales como delegados adjuntos. El delegado adjunto era el jefe del equipo judicial formado por un detective-inspector, un detective, un empleado policial, un grupo de investigación y un equipo operativo. Cada uno

⁶ Los datos sobre las delegaciones policiales se basan en Costa (1979).

de estos dos grupos estaba conformado por dos policías subalternos (agentes de la autoridad policial). Como personal auxiliar había también conductores, carceleros y personal de limpieza.

Durante el trabajo de campo, la Policía Civil del Estado de Río de Janeiro contaba con algunas delegaciones especializadas que eran las de homicidios, narcóticos, seguridad y protección de menores, robos y hurtos y defraudaciones. La delegación de la Policía Política y Social era otra delegación especializada, encargada de investigar delitos de seguridad nacional, vinculada también al Gobierno Federal. La División de Capturas, la Policía Interestatal, la División de Control de Diversiones Públicas y la División de seguridad de órganos y sistemas (que controlaba la seguridad bancaria y las empresas privadas de seguridad), completaban el cuerpo administrativo del Departamento de Policía Especializada. Las delegaciones policiales (DP) de Río de Janeiro estaban bajo la supervisión del Departamento de Policía Metropolitana o de las Coordinadoras de Seguridad Pública, según la localización de la delegación (Costa, 1979).

Hice mi trabajo de campo principalmente en tres delegaciones situadas en distintos puntos de la ciudad: Zona sur, centro y Zona norte. Según los policías, cada una de estas delegaciones poseía una "atmósfera" diferente, su propia "cara". En las palabras de un delegado:

Cada delegación tiene su propia atmósfera. Esta delegación es tranquila. Aquí todo se resuelve en base a conversaciones. En los suburbios hay peleas entre vecinos, un tipo le rompe la cabeza a otro. Aquí lo que tenemos son hurtos de autos o de accesorios, irrupciones, peleas de bar. Todo esto sucede por culpa de este morro que está aquí cerca, es una fábrica de ladrones. Allí hay puñaladas, tiros u homicidios por una garrafa. En el centro de la ciudad hay de todo, asesinatos de prostitutas, peleas de prostitutas, peleas de bar, peleas de vecinos, peleas de familia, de todo.

Las delegaciones estaban identificadas también en función del *status* social de sus usuarios. Todas se sitúan en zonas social y económicamente heterogéneas, mezcladas, características que, además, la propia ciudad posee: gente pobre y gente rica viviendo en la misma zona. Tal como sugieren las declaraciones citadas, el tipo de incidente predominante varía también de acuerdo con el tipo de lugar en el que sucede. Mis datos demuestran que la actitud y la conducta de la policía cambian claramente conforme los distintos códigos culturales de los participantes en el incidente policial. Sin embargo, algunas características estructurales y organizativas siguen siendo las mismas. Según un delegado:

En el centro de la ciudad y en los suburbios, los policías son autoridad, las mujeres “les dan bola”, los hombres los respetan. En los barrios ricos los policías son tratados como empleados — como los servidores públicos que realmente somos—y usados según los intereses de los ricos. En esos barrios, todo el mundo es doctor. Sin embargo, todo el mundo que viene a la policía quiere usarnos.

Estas palabras confirman que los policías tienen consciencia—y son ambivalentes al respecto—de que el poder de policía es ilógico en su objetivo y en su ejercicio, ya que se destina a dar apoyo a un orden social político y económico jerarquizado, dentro de un sistema legal que fue teórica y constitucionalmente estructurado para ser universalista e igualitario. Muchos de ellos aceptan este estado de cosas, alegando filosóficamente la imposibilidad de modificar la perspectiva de la sociedad o del sistema judicial sobre la policía. Ellos suelen decir “a fin de cuentas todo el mundo es corrupto y quien esté libre de pecado que arroje la primera piedra”. Pero es muy común que se sientan ofendidos por ser “usados” por las clases altas y consideran que los regalos ocasionales o favores recibidos desde las partes

interesadas son justos tributos por sus “servicios”, el ejercicio estructuralmente distorsionado del poder de policía y los riesgos que corren en el desempeño de su profesión. Evidentemente, las recompensas y las relaciones personales son interpretadas de manera distinta según el *status* de las partes.

Realmente, según los policías, la Policía Civil de Rio de Janeiro usa tradicionalmente personas no remuneradas, ajenas a la policía, para ejecutar sus tareas. Ese era el caso de los secretarios ad hoc, civiles que elaboraban los registros de los procedimientos policiales a pedido del delegado o la autoridad equivalente a cambio de beneficios eventuales que pudieran derivar de su actividad⁷.

Esta práctica, aparentemente, continuaba vigente entre los policías de Rio de Janeiro. Esto se reflejaba, por ejemplo, en el horario de trabajo de los delegados adjuntos y sus equipos. Teóricamente ellos hacían un turno continuo de 24 horas seguidas de un descanso de 72 horas. Frecuentemente, sin embargo, ellos trabajaban más que eso. La justificación oficial de este trabajo excedente era la escasez crónica de personal en las delegaciones. Pero no se podría descartar como explicación que en esas horas extras hubiera una competencia interna por las ventajas externas del ejercicio del poder de policía.

El trabajo de campo en las delegaciones fue realizado de marzo a noviembre de 1982. El mismo consistía principalmente en mi permanencia en el área de actuación de una delegación durante el turno de 24 horas, acompañando todas las actividades desarrolladas. En el curso de esos ocho meses de trabajo de campo participé de cerca de 80 turnos de 24 horas, en tres delegaciones diferentes. Observé más de 150 interrogatorios a sospechosos, un igual número de audiencias, además de un menor número de otros procedimientos policiales. Hice 50 entrevistas formales con policías y abogados. Además, mantuve centenares de conversaciones informales con los mismos informantes en situaciones sociales de lo más variadas.

⁷ En Brasil, la apropiación privada de los funcionarios ha estado tradicionalmente asociada con prácticas de apadrinamiento político.

En verdad, gran parte de mis valiosos datos fueron recogidos en esas conversaciones informales que ocurrían durante los turnos nocturnos y los recreos de nuestras actividades. Esto se explica por la ambigüedad de la actividad policial en relación al sistema jurídico formal. Sumada a esta ambigüedad, las prácticas formales de investigación policial en Brasil son, por fuerza de ley, efectuadas secretamente, como una garantía de éxito de las investigaciones. En ningún caso los ciudadanos comunes toman conocimiento de los detalles de las actividades policiales.

En estas condiciones, el apoyo práctico y moral que recibí de mi amigo delegado fue esencial para viabilizar esta investigación y definir mis relaciones con otros policías. No obstante, este vínculo amistoso con el delegado a veces resultaba inconveniente por mi identificación con él, que tenía un puesto superior al de otros policías. Intenté atenuar esta identificación teniendo el cuidado de no involucrarme ostensiblemente en asuntos internos de la delegación, pero en ciertos casos no pude evitar que esa identificación dificultase una relación más estrecha con otros informantes.

Frecuentemente, mis actividades de investigación eran vedadas. Por ejemplo, no me permitieron fotografiar las delegaciones y a veces me pedían que no registre lo que estaba sucediendo. De todos modos, en otras ocasiones me permitían y hasta me incentivaban a registrar ciertas situaciones, como fue el caso flagrancia que describiré en el capítulo siguiente. Si me autorizaban o no a asistir a determinada actividad no parecía depender de la naturaleza de la actividad en sí. Daba más la impresión de ser un ejercicio arbitrario de poder, destinado a recordarme la situación de dependencia y subordinación en que me encontraba delante de mis informantes y demostrar la falta de obligación de satisfacerme, en cuanto a sus actitudes, lo que revelaba era el tipo de relación que creían tener con la sociedad.

Desde el inicio de mi trabajo de campo los policías tuvieron conocimiento de que yo era antropólogo y abogado. Esto tal vez explique su conducta al mostrarme cómo era la ley y al mismo tiempo

cómo la desobedecían. Muchas veces justificaban abiertamente esta conducta como si fuera parte de sus obligaciones policiales.

Durante los periodos informales de la investigación, la policía iría también "investigándome". Manteníamos extensas conversaciones "amistosas" durante las cuales me evaluaban y reevaluaban para descubrir mis intenciones académicas y propósitos políticos. Era un proceso cuyo tono oscilaba entre la reserva y la vehemencia. A la formalidad extrema le seguían con frecuencia informalidades, pero yo estaba siempre en guardia como sometido a un riguroso proceso de investigación. Al mismo tiempo, yo era adoctrinado constantemente sobre los puntos de vista de la policía sobre los sistemas judicial y legal, lo que incluía sus opiniones sobre la sociedad y la cultura de Brasil y de Rio de Janeiro.

Investigar la policía, a veces ofrecía momentos difíciles. Por un lado, tenía la idea muy incómoda, de ser un investigador profesional rodeado de investigadores profesionales que usaban básicamente los mismos métodos que yo. Sobre todo, sentía en la piel lo que es ser "profesionalmente" estudiado por mi propio objeto de investigación. Tales situaciones me daban la impresión de que estaba presenciando la unión espuria del uso del poder con los métodos de generación de conocimiento. Como un policía me recordó durante una entrevista formal:

Si investigo a 100 personas, ellas no perciben que están siendo investigadas.

Por otro lado, la policía posee una identidad ambigua. Ella carga un evidente "estigma" proveniente de la sospecha de corrupción que le es imputada permanentemente por su papel estructural en el que vuelven flexible la aplicación de la ley para proteger el (oficialmente) rígido y cerrado sistema judicial. Por definición, la policía se ocupa de los aspectos "oscuros" de la sociedad. Este fue el motivo de varios intentos de "contaminarme" con su identidad.

Como mencioné, yo era no solo “investigado” por la policía sino también adoctrinado. Después de algún tiempo, comenzaron a decir que yo ya tenía “el aspecto” de un policía: vestía de traje sin saco ni corbata, camisa con las mangas arremangadas hasta el codo y exhibía un modo especial de caminar y balancear el cuerpo que difería mucho de lo habitual en un académico brasileiro. Esto era la consecuencia de un proceso consciente e inconsciente de socialización cuando alguien convive con la policía, o se convierte en policía o está contra ellos. La policía no reconoce diferencias. Ella hace explícita o implícita la existencia de desvíos.

Describiré en el próximo capítulo, desde un punto de vista formal, las características del sistema procesal-penal brasileiro y también los dispositivos legales que estructuran las actividades policiales en Brasil. Estos temas son de mucha importancia porque en los capítulos siguientes voy a compararlos con las prácticas reales de la policía, que desfiguran y desobedecen la ley.

Referencias

Costa, J. A.: *Fundamentos de polícia judiciária. Teoria e prática*, Rio de Janeiro: Forense, 1982

Costa, M. L.: *A Polícia no Estado do Rio de Janeiro (policiamento civil velado e ostensivo)*, Rio de Janeiro: Edição do autor, 1979.

Da Matta, R.: “Você Sabe com quem está falando?”, en: Da Matta, R.: *Carnavais, Malandros e Heróis. Para uma Sociologia do Dilema Brasileiro*, Rio de Janeiro: Zahar, 1979, 139-193.

Fernandes, H.: *Política e Segurança. Força Pública e do Estado de São Paulo, Fundamentos históricos sociais*, São Paulo: Alfa Omega, 1973.

Marques, J. F.: *O Júri e sua Nova regulamentação legal: A Instituição do júri*, São Paulo: Saraiva, vol. I, 1963.

Merryman, J.: “The civil law tradition”, en: *An introduction to legal systems of western Europe and Latin America*, Stanford: Stanford University Press, 1979.

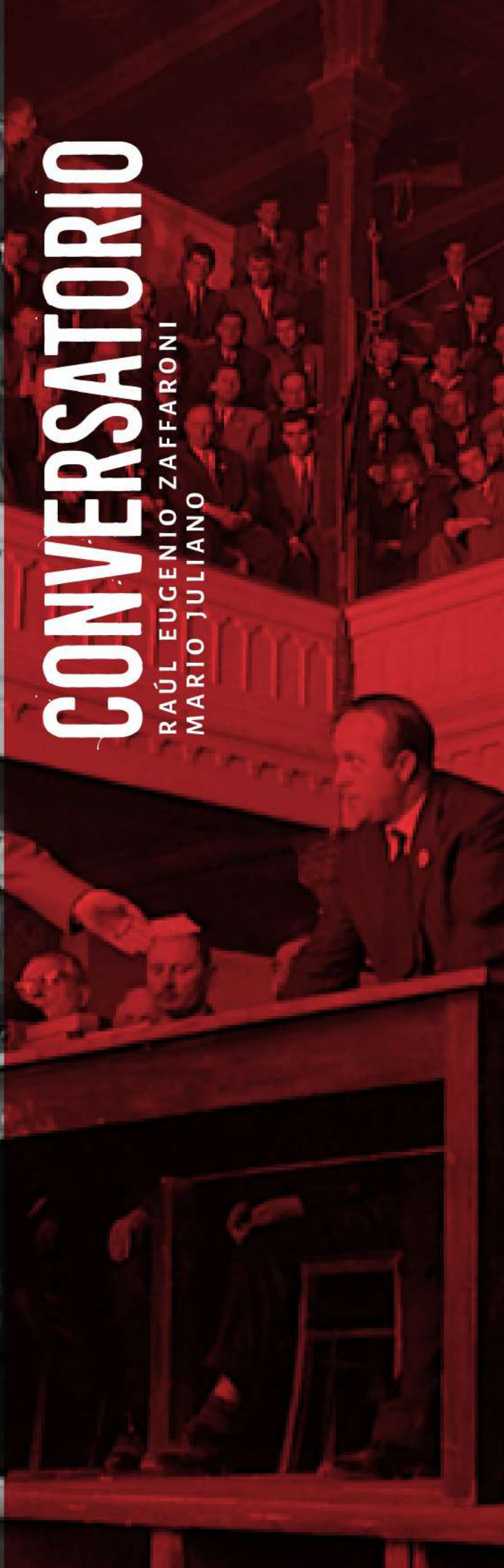
Santos, W.: *Cidadania e Justiça. A Política social na ordem brasileira*, Rio de Janeiro: Campus, 1981.

Velho, G.: “Violência e cidadania”, *Dados, Revista de Ciências Sociais*, 23 (3), 1980, 361-364.



CONVERSATORIO

RAÚL EUGENIO ZAFFRONI
MARIO JULIANO



INÉS OLEASTRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

Eugenio Raúl Zaffaroni es juez, jurista y criminólogo argentino, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales que contribuyó en su carrera profesional en diferentes áreas de la vida jurídica de nuestro país. A través de sus múltiples funciones, como juez penal, legislador de la Ciudad de Buenos Aires, interventor en el INADI, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en su rol docente y en sus diferentes obras, se destacó siempre por su enorme compromiso con repensar la cuestión del delito y la competencia de la Justicia en la experiencia argentina y regional.

Mario Juliano, por su parte, fue juez el Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea. Si bien su carrera comenzó en el ámbito laboral rápidamente se convirtió en juez penal y luego también en Director Ejecutivo de la Asociación Pensamiento Penal (APP). También coordinó dentro de APP la asociación Víctimas por la Paz, en la que se proponía pensar otras vías de diálogo por parte de personas que habían sufrido ser víctimas de delitos graves y proponían otras medidas de compensación por fuera del punitivismo tradicional. Coordinó el Comité de Resolución de Conflictos de la Unidad 15 de Batán y motorizó la creación de estos Comité en todas las unidades penales de la provincia de Buenos Aires. Como juez es uno de los mayores exponentes de muchas de las luchas por mejorar las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad.

La elección de ambos no es aleatoria. Desde diferentes recorridos y experiencias, ambos jueces decidieron poner los pies en el barro para pensar y re-pensar la justicia argentina. Llevaron adelante proyectos de reforma, implementaciones de normativas, pisando el territorio y dando el debate público necesario. A partir de su compromiso con la causa de una justicia más justa pusieron a disposición sus funciones y también, su tiempo libre. Con todo esto se encontrarán en estas entrevistas que, a micrófono abierto, ponen en debate puntos cruciales de la justicia de la región en la actualidad.

EL DERECHO SIEMPRE ES LUCHA

[ENTREVISTA A
EUGENIO RAÚL
ZAFFARONI]

INÉS OLEASTRO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

ANA PASSARELLI

UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

¿Es la justicia actualmente una agencia democrática? ¿Qué tienen que tener la justicia para democratizarse?

La función de la justicia en un Estado de derecho enmarcado en principios republicanos debe ser doble: prestar un servicio a los habitantes y ejercer el control propio de un sistema de pesos y contrapesos. En el primer caso, se trata de garantizar un acceso lo más igualitario posible a su servicio y, en el segundo, el de cumplir el papel que corresponde a una separación de poderes como control recíproco.

Nunca estas funciones se cumplen en totalidad, porque no hay en el mundo—ni nunca ha habido—un Estado de derecho perfecto. Se trata en ambos casos de un estándar de realización de sus principios, que siempre deben ser empujados hacia un mayor nivel, mientras sabemos que, en toda sociedad, operan grupos de presión que resisten ese ascenso de realización. En otras palabras: todo Estado de derecho encierra o encapsula las pulsiones permanentes de un Estado de policía, que pugna por romper el corsé de derecho que lo contiene. Es un permanente juego de pulsiones y contrapulsiones, no una dialéctica, porque no hay síntesis. Esto es lo que muestra la realidad en todos lados, por eso el derecho siempre es lucha.

El estándar de realización en la justicia argentina es a mi juicio demasiado bajo. Que sea menor en otros países no es consuelo, también hay otros en los que es mayor y los argentinos no tenemos menos neuronas que los habitantes y académicos de otros países con más altos estándares de realización de los principios republicano y democrático plural.

Lo primero que debemos hacer es comprender que tenemos un poder judicial estructurado de una manera deficiente. En el marco constitucional vigente hay espacio para mejorar mucho la estructura, empezando por la propia Corte Suprema, la desconcentración del poder en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires, otra regulación del control de constitucionalidad más eficaz, la

obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la mayor transparencia de los concursos para jueces, el ingreso por estricto concurso de los empleados, una regulación que despartidice al Consejo, acabar con la persecución de jueces y, sobre todo, en las universidades, revisar bien lo que se enseña, o sea, como se entrena a los futuros operadores del poder jurídico.

¿Cuáles cree que son las transformaciones de la justicia en la región? ¿Y cuáles las continuidades? ¿Cuáles cree que fueron los sucesos que más influyeron en este proceso?

Lo que más ha influido en el último tiempo en la región ha sido la irrupción de gobiernos que responden al actual tardocolonialismo financiero que nos domina, como resultado del totalitarismo resultante de la financiarización de la economía y que se encubre con la máscara de la ideología autodenominada “neoliberalismo”, que es hoy el discurso totalitario que confronta con los derechos humanos, como en otras épocas los hizo el estalinismo, el nazismo, el fascismo, etc.

Estos gobiernos han debilitado a los Estados y han pisoteado en Estado de derecho en la región, incurriendo en lo que ahora se llama “lawfare”, que consiste en la operatoria de asociaciones ilícitas formadas por jueces prevaricadores junto a agentes de inteligencia, policías corruptos, dueños de comunicación únicos, supuestos periodistas y comunicadores a sueldo de los anteriores y funcionarios oscuros de los ejecutivos.

Se trata de la decapitación mediática de opositores políticos y disidentes. Es obvio que esto se hace más manifiesto donde ha habido golpes de Estado, ni siquiera “blandos”, sino clásicos, como en Bolivia, en que los jueces y sus familias son amenazados incluso físicamente.

No es nada nuevo, salvo el nombre en inglés. Estas cosas las protagonizaron en otros tiempos conforme a los once principios de Göbbels. Entre nosotros lo vivimos con posterioridad a 1955, con los

jueces de facto del golpe que acabó fusilando sin proceso y proscribiendo al partido mayoritario. Antes lo habíamos vivido en 1930, con la persecución a los radicales, la legitimación del golpe por la Corte Suprema, las acusaciones y el “indulto” del dictador ridículo a Yrigoyen, el confinamiento en Ushuaia, etc. Basta mirar nuestra historia para verificarlo.

En este sentido, ¿qué evaluación haría hoy sobre el estado de la justicia penal en Argentina y en otros países de la región? ¿Cree que actualmente la justicia en general y los jueces en particular respetan el principio de inocencia frente a casos resonantes?

Fuera de los propios casos de persecución política, en general la justicia penal en la región se caracteriza por no hacer nada por paliar las notas de selectividad, violencia, corrupción, discriminación racial, de género, etaria y clasista del ejercicio del poder punitivo en la región. La Argentina no lleva la peor parte, por cierto, pero eso no debe servirnos de consuelo ni mucho menos.

Las cifras y los índices de prisionización de las últimas décadas muestran el avance exponencial del “gran encarcelamiento” que, obviamente, ha sido legitimado por los jueces de toda la región, hasta llegar al punto de que la pena de prisión se ha convertido en pena de tortura en prisiones superpobladas y manejadas por bandas internas que generan condiciones de humillación, servidumbre, violencia letal, morbilidad, etc. Los jueces que envían a personas a esos campos de concentración están imponiendo penas ilícitas, pero nadie parece percatarse de eso. ¿Los jueces de muchos países no serán autores mediatos de torturas? Hoy puede sonar a exageración, pero en el futuro, seguramente que la historia los recordará de este modo, no me cabe ninguna duda.

Respecto al principio de inocencia, basta verificar que en nuestra región padecemos crónicamente un altísimo porcentaje de presos no condenados, más del 50% promedio regional, para verificar que hay una población flotante de delincuencia no muy grave, que a veces

agota la pena en prisión preventiva y, obviamente, esto configura una clara violación del principio de inocencia y verifica que la prisión preventiva se maneja como una pena: primero se pena y luego se dicta la sentencia, es decir, se invierte el proceso penal.

En los casos resonantes sucede lo mismo, sólo que, por tratarse de personas con alta figuración pública, se pone en evidencia, pero es lo “normal” en la justicia penal regional. Lamentablemente, las violaciones a los derechos humanos se ponen de resalto cuando afectan a personas pública o conocidas, pues mientras afectan a los pobres infelices de nuestras sociedades nadie las toma en cuenta, porque los presos nunca fueron buen negocio político para nadie.

El “gran encarcelamiento” latinoamericano tuvo lugar a lo largo de muchas gestiones de todos los colores políticos y nadie lo interrumpió, tampoco los gobiernos populares. Es bueno que parta el futuro lo tomen en cuenta las víctimas actuales de persecución. En Bolivia se mantiene en prisión al anterior ministro del interior, donde están los mismos que metió presos durante su gestión y que debe pagar protección a otros presos para poder ir al baño y nadie hace nada, incluso a nivel internacional, pese al peligro de vida que corre y a las enfermedades que padece.

¿Por qué le parece que la justicia se ha transformado en la arena donde se dirimen las disputas políticas? ¿Cree que la justicia penal tiende a imitar a la justicia mediática? ¿Le parece que los medios influyen en decisiones específicas de los jueces?

Me parece muy claro que son formas renovadas de persecución política, en las que, como dije, participan algunos jueces y funcionarios, no todos ni mucho menos, sino los cuidadosamente seleccionados entre el grupo minoritario de quienes quieren tener protagonismo político, trepar más rápido en la jerarquía interna, preservar su posición al amparo del gobernante de turno o, simplemente, sentirse más seguros a cubierto de los linchamientos mediáticos de los medios monopólicos.

Los jueces temen a los medios monopólicos que son los creadores de realidad única que deturpan nuestras democracias plurales. La gente vive la creación de realidad de los medios. Todos creen que las cárceles están llenas únicamente de homicidas patibularios y violadores seriales, porque esa es la realidad creada por los medios.

Ningún medio muestra que, aparte de un 20% de más o menos psicopáticos, el resto de nuestras poblaciones penales son los delincuentes de subsistencia, contra la propiedad o por distribución minorista de tóxicos, en gran parte sin violencia física alguna. Obviamente que cuando un juez pretende disminuir el estándar de arbitrariedad punitivo en cualquier sociedad, inmediatamente es linchado por el partido único mediático de Pravda estaliniano o del “völkischer Beobachter” local, que responde al “virreinato” del totalitarismo financiero.

¿Qué rol cree que cumplen organizaciones sociales y otros actores de la esfera política y social en la justicia argentina? ¿Cómo cree que el sistema judicial responde a las diferentes demandas sociales a nivel nacional y latinoamericano en general?

No creo que otros actores sociales tengan gran peso en las decisiones de política criminal, salvo que los levanten o impulsen los partidos únicos mediáticos porque les resultan funcionales a sus campañas de “tolerancia cero”, tomada de un demagogo norteamericano que ahora, descartado políticamente, se dedica a vender aparatos e ingenios de seguridad por el mundo, después de cobrarle algunos millones de dólares a los mexicanos para decirle unas cuantas tonterías.

Esto se refleja en las prisiones en la forma en que ya dije: las convierte en campos de concentración. En cuanto a la agenda de política criminal, es obvio que la establecen los partidos únicos mediáticos. En lo que respecta a los jueces, les infunden miedo,

especialmente porque políticos inescrupulosos que aspiran a ser candidatos a “virreyes” de los partidos mediáticos únicos se suman al pedido de sanciones a los jueces.

Alguien dijo que el código penal es para los pobres y el civil para los ricos. Aunque a veces lo repetí, no es verdad lo segundo. Los muy ricos se las arreglan al margen de la justicia civil (árbitros, etc.), en tanto que los más pobres tampoco acceden a ella, que es lentísima y compleja. La justicia civil queda reservada a algunas fajas de la clase media que no tienen otro recurso que acudir a ella. En cuanto a la justicia laboral, ya vimos como nuestro “virrey” trató en su momento a los jueces laborales, cuando con descarada sinceridad reclamó “jueces propios”. La justicia previsional está totalmente colapsada.

¿Cómo cree que fue el proceso de transformación en estos términos en torno a la figura del femicidio? ¿Y con el caso de la Reforma de la Ley de Ejecución Penal 24.660?

Es absolutamente razonable que poco importa que haya mediado matrimonio o no para calificar la muerte del “pariente”, porque el fundamento es que la intimidad hace más vulnerable a la víctima, al margen de formalidades. También es claro que, aunque mediase matrimonio, nadie tiene derecho a violar. El homicidio triangular, es decir, matar a otro para que sufra un tercero, tampoco es ilógico calificarlo. Esas reformas son razonables. Incluso creo que hay un supuesto de femicidio que no está calificada: es el caso “Felicita Gerrero”, me parece problemático considerarlo calificado en la ley vigente, creo que habría que pensarlo. La verdad es que no encuentro la fórmula, pero la podría pensar. Esto es la cuestión técnica desde los jurídico penal.

El resto es propaganda que, lamentablemente, debe manejarse con cuidado. El poder punitivo nació misógino, quemando alegremente mujeres por toda Europa durante siglos. Que haya dejado de asesinar mujeres de esa forma, no significa que no haya

seguido reforzando la discriminación de género y de orientación sexual por el mundo.

Tipificación del adulterio en forma discriminatoria, habilitación de impunidad para el “marido ofendido” homicida doble (origen de nuestra “emoción violenta”), tipificación de la “sodomía”, reclamo de “honestidad” de la víctima en el estupro, impunidad de la violación por “matrimonio” posterior, impunidad de la violación dentro del matrimonio y de la violación de la prostituta, con el argumento de que la violación es un delito contra la “honestidad” y la prostituta no es “honesta”, el desinterés por las mujeres pobres que mueren en abortos, etc., son todas muestras de que el poder punitivo ha servido para querer garantizar la “normalidad” del patriarcado, contra las mujeres “díscolas” mucho después de haber dejado de quemarlas como “brujas” y también contra todos los que no respondan a los cánones de una “sexualidad oficial” que lo traicione. Todo esto estaba en nuestras leyes o habilitaba persecución policial por “edictos” y “moralidad” hasta no hace muchos años y tampoco ha desaparecido del todo.

El feminismo debe tener mucho cuidado ante los cantos sirenaicos del punitivismo populachero, que sólo quiere entregarles un diploma de víctimas. Puede apelar a él, pero debe tener en cuenta que sólo podría hacerlo como en algunas técnicas de defensa orientales, o sea, que sería usar la fuerza del enemigo contra éste, porque el poder punitivo es histórica y esencialmente misógino, patriarcal y discriminatorio. La lucha feminista debe seguir en un campo mucho más amplio. No me olvido que cuando nació mi madre, mi abuela no podía disponer de sus bienes sin la firma de mi abuelo, y cuando yo nací, mi madre no podía votar. Esto no lo resuelve el poder punitivo, que suele vender espejitos de colores.

QUIERO UN PODER JUDICIAL POLITIZADO

[ENTREVISTA A
MARIO JULIANO]

ESTEBAN RODRÍGUEZ ALZUETA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

¿Cuáles cree son las características del sistema judicial penal en Argentina?

Hablar de las características del sistema judicial penal no deja de ser una generalización que trae aparejado el riesgo de incurrir en inexactitudes. La Argentina es un país federal y, como tal, presenta múltiples realidades. Sería equívoco comparar a la justicia federal con la de las provincias. E inclusive la realidad de distintas provincias donde existen procesos de reforma diferentes. Y también las diferencias que existen entre las personas que componen ese sistema, donde encontramos una variada gama de particularidades.

Hecha esa aclaración, es posible hacer una aproximación al tema propuesto. Haré abstracción de las categorías más transitadas a la hora de definir este tópico: justicia machista, patriarcal, clasista, burocratizada, endogámica. Coincido, en general, con la mayoría de esos conceptos que nos definen. Pero desearía hacer hincapié en un aspecto no tan explorado y que, en alguna medida contiene al resto de las categorías: la dificultad (o incapacidad) para dialogar con el resto de los poderes públicos y la sociedad en general.

El argumento de la independencia judicial (usualmente invocado para la defensa de algunos privilegios pero que, lejos de ser un mero argumento, es una verdadera garantía constitucional) es malinterpretado, a mi criterio, para justificar el enclaustramiento y ostracismo de juezas y jueces y el resto de los funcionarios judiciales, imposibilitando conocer la justificación de muchas decisiones que se adoptan, pero también mantener relaciones colaborativas, principalmente en materia de políticas públicas a las que en forma cada vez más frecuente somos llamados a pronunciarnos (cárceles, políticas pospenitenciarias, política criminal, etcétera).

Esta dificultad o incapacidad comunicacional reafirma los peores rasgos de este poder de la República, que lejos de involucrarse con sus respectivas realidades, consolida características monárquicas que profundizan los abismos que nos separan del resto de la sociedad.

¿Por qué cree que la política se ha judicializado? ¿Por qué le parece que la justicia se ha transformado en la arena donde se dirimen disputas políticas? ¿Por qué cree que la política se judicializa cuando la justicia goza de la desconfianza ciudadana?

La política (otra categoría con muchos matices) también ha demostrado en las últimas épocas dificultad o incapacidad para el diálogo, para establecer la agenda de los grandes temas, sin que esta función la cumplan los medios de comunicación. Tarea que, se supone, debería desarrollarse en el Congreso y que, sin embargo, ha parecido estar más ocupado en dirimir disputas menores y rencillas domésticas que deliberar sobre políticas públicas.

Este déficit democrático (que a mi criterio trataba de zanjar el presidente Alberto Fernández con una política de tender puentes hasta que llegó la pandemia e impuso otras urgencias) necesita de árbitros que diriman las disputas y aclaren reglas de juego que deberían estar sobrentendidas. Recordemos que en nuestro país se llegó a judicializar la fecha en que terminaba un mandato judicial y comenzaba otro.

Pero, como se plantea en la pregunta, la situación encierra varias paradojas.

La primera, la certeza que cuando la justicia atine a dar una respuesta al conflicto habrá pasado tanto tiempo que ni siquiera recordaremos de qué estábamos hablando. La segunda, que la respuesta que se obtenga, viniendo de un poder tan cuestionado, difícilmente dirima ningún pleito y, lejos de ello, se potencie en medio de sospechas de parcialidad y corrupción. Y la tercera, el escepticismo con que la sociedad observa estas maniobras, generando cada vez más distancia entre la población y el mundo de la política.

¿Cuáles son los riesgos de la politización de la justicia?

El Poder Judicial es uno de los poderes políticos de la República.

Cada vez que una jueza o juez da una sentencia habla sobre el modelo de país en el que queremos vivir y, en buena medida, contribuimos a delinearlo. Imaginemos las resoluciones en materia de drogas, sobre el aborto, jubilaciones, la atención de las obras sociales y otros cientos de temas que atraviesan la realidad cotidiana. En este sentido, quiero un Poder Judicial politizado, consciente de la dimensión de sus funciones y actuando en consecuencia.

La cuestión problemática es cuando las preferencias partidarias de las juezas y jueces son determinantes para resolver las cuestiones que les son sometidas a conocimiento y que, en buena medida, debilitan el poder dirimente de las sentencias.

Por supuesto que no participo de la idea de juezas y jueces descerebrados, que no tengan preferencias partidarias. Eso es materialmente imposible y hasta, diría, inconveniente. Pero en este sentido participo de la idea más ortodoxa (o conservadora) de que esas preferencias deberían quedar reservadas para el fuero interior o que, al menos, no formen parte de exteriorizaciones públicas.

¿Cómo influyen las inercias institucionales en la administración de justicia?

Inercias institucionales me parece un concepto muy interesante para definir buena parte de los comportamientos del Poder Judicial, pero también de la administración pública en general.

La inercia institucional es una herramienta que, consciente o inconscientemente, manipulan las burocracias estatales para impedir cambios y transformaciones.

Recuerdo que hace más de veinte años, ya en funciones como juez penal, llamé un día por teléfono a la Dirección de Ceremonial de la Corte bonaerense para que me indicaran de dónde surgía que en las comunicaciones oficiales nos tuviesen que llamar “excelencias” o “señorías” y que al final hubiese que encomendar que Dios nos salvara. Obviamente, mi propósito era prescindir de esas formas. El funcionario que me atendió, lejos de captar mis intenciones

(recordemos que esto sucedió hace más de veinte años) invocó todo tipo de argumentos, pero ninguna norma legal, para justificar que las cosas funcionasen de ese modo.

Podríamos hablar largo rato sobre esta tendencia a la preservación de las zonas de confort, los lugares seguros de la administración pública, la ausencia de conciencia crítica para revisar la eficiencia de nuestros actos. Pero prefiero referirme a los desafíos que es preciso seguir afrontando. En este sentido creo que se ha avanzado bastante en algunas provincias en la revisión de las prácticas, en la desformalización, en la simplificación de los trámites, en facilitar a las personas que necesitan de la justicia un acceso más sencillo. Y lo que me parece interesante señalar es que la mayoría de estos progresos se han logrado sobre la base de las buenas prácticas, sin necesidad de reformas legislativas que nos indiquen cómo tenemos que comportarnos. Simplemente apelando al sentido común y la razonabilidad.

¿Por qué le parece que muchos jueces y fiscales son permeables a las opiniones del periodismo? ¿Cómo influye la prensa en el tratamiento de un caso que lleva la justicia? ¿Le parece que los medios influyen en decisiones específicas de los jueces?

Los integrantes del Poder Judicial, salvo excepciones muy raras, somos muy permeables a las influencias de los medios de comunicación. Cuestión que no es privativa de jueces y fiscales, sino que también ocurre con el resto de los poderes. Esa es la realidad e ignorarla es querer tapar el sol con las manos.

La cuestión es si esa influencia está bien o mal, si es correcta o incorrecta. Me inclinaría por la segunda de las posibilidades (que es una influencia mala e incorrecta) si esa influencia es dirimente y determinante, si jueces y juezas resuelven previo consultar la opinión publicada sobre el tema. Ahora, si esa corriente de opinión publicada es uno más de los elementos que juegan en la cabeza de la persona que tiene que decidir, no estoy tan seguro que sea tan malo e

incorrecto. Es que se trata de una operación inevitable en un mundo altamente conectado, donde la información circula a ritmo vertiginoso, a la que humanamente resulta casi imposible sustraerse. Como no fuera que aspirásemos a juezas y jueces abstraídos de la realidad, viviendo en una torre de marfil.

Lo interesante en que deriva este debate es sobre la característica contramayoritaria usualmente atribuida al Poder Judicial, característica que muchos operadores se toman muy a pecho. ¿El Poder Judicial debe ser, necesariamente, contramayoritario? Me parece un debate sumamente rico e interesante que no pretendo resolver en este sitio (ni siquiera sé si estoy en condiciones de arrojar alguna certeza).

El imperio de la ley, igual para todos y todas, pero fundamentalmente la protección de las minorías, exige que, llegado el caso, emitamos un pronunciamiento contrario a la opinión pública mayoritaria. Ahora, la cuestión tiende a complicarse si participamos de la idea que la ley es interpretación y que, como tal, admite más de una solución, como usualmente ocurre. Y se complica aún más cuando nuestras interpretaciones de la ley usualmente tienden a oponerse de modo habitual a la forma en que la sociedad resolvería un conflicto. Sobre todo, en un contexto donde el concepto contramayoritario no ha sido usualmente empleado para proteger a las minorías o sectores vulnerables.

¿Qué otros actores influyen con sus demandas en los procesos judiciales? ¿Qué rol cree que cumplen organizaciones sociales y otros actores de la esfera política y social en la justicia argentina?

Retornando a las reflexiones de la pregunta anterior, son múltiples los actores que procuran influir, de modo deliberado, en las decisiones del Poder Judicial, cuestión que, insisto, no estoy seguro esté tan mal.

De un tiempo a esta parte comenzaron a proliferar los *amicus*

curiae, donde organizaciones de todo tipo se presentan en causas de las más variadas para aportar sus puntos de vista para la solución de los casos. De mismo modo, en determinados temas particularmente sensibles, fundamentalmente la Corte federal ha convocado a audiencias públicas para oír la opinión de personas y entidades interesadas.

En este sentido encuentro correcto y conveniente un modelo de Poder Judicial que dialogue en forma más habitual con el resto de la sociedad, que escuche diversas opiniones, aportes y soluciones variadas, previo a resolver. Y tengo la impresión que de esta forma se contribuye en muy buena manera a desarticular al Poder Judicial elitista y aristocrático en beneficio de un Poder Judicial más democrático e integrado.

¿Cuál es el papel que tiene la víctima hoy día en los procesos?

El interrogante me evoca una vieja publicidad de cigarrillos, cuando aún se permitía la publicidad del consumo de tabaco: “Muchacha, has recorrido un largo camino”.

Los procesos de reforma procesal penal iniciados en los 90 en la Argentina focalizaron su atención en el blindaje de los derechos y garantías de los imputados por la comisión de delitos, lo cual era muy lógico y razonable, ya que había que salir de un período donde, por ejemplo, abundaban los interrogatorios en las comisarías con métodos coercitivos, los jueces penales (casi no había juezas) hacían de jueces y fiscales, las actuaciones eran secretas, y otras linduras por el estilo.

En esa faena la institución de la víctima no solo que fue dejada de lado, sino que, en buena medida era vista como una enemiga más de la vigencia de los derechos y las garantías, a la que había que obturarle el paso. Cuestión bastante contradictoria, ya que aquellos mismos que sosteníamos esa tesitura (me incluyo) a la par recitábamos con la criminología crítica que el Estado había expropiado el conflicto

penal, que imponía sus soluciones violentas, y que era preciso restituírselo a las partes. Lo que era bastante dificultoso con una víctima invisibilizada y amordazada.

Estas estrategias estaban acompañadas (aún hoy lo están) de una mirada prejuiciosa y estereotipada de la víctima, generalmente identificada con la versión de algunas víctimas que han sufrido hechos gravísimos y reclaman ante cada micrófono que se le coloca delante el peor de los mundos para sus agresores. Por supuesto que existen esas víctimas con las que resulta muy dificultoso entablar un diálogo y que “el peor de los mundos” para sus agresores les suele resultar insuficiente (por ejemplo, la prisión perpetua). Pero pensar que todas las víctimas responden a ese estereotipo es un verdadero error estratégico y político.

También me interesa apuntar que el estereotipo de la víctima vindicativa en buena medida ha sido construido gracias a la indiferencia judicial y la obturación de las vías de acceso a justicia. Ante la dificultad o imposibilidad de ser escuchadas, ser atendidas y contenidas, responden públicamente con sus instintos más primarios que, quizá, podrían ser tamizados con un abordaje amable y comprensivo. Pero, sin perder de vista que muchas veces las personas que reaccionan de esa manera han sufrido hechos gravísimos en sus personas o la de sus familiares, y que ni siquiera nosotros mismos (los que reclamamos comprensión) estamos seguros de poder reaccionar de un modo diferente.

Desde la década pasada comenzó a crecer en la Argentina la noción de justicia restaurativa como respuesta evolucionada a los conflictos penales y de la mano de esta propuesta a abrirse paso para que las víctimas puedan ser escuchadas y atendidas. Y la apertura de las puertas de los tribunales a las víctimas permitió confirmar algo que ya sabíamos y que es lógico y elemental: que no todas las víctimas son iguales, del mismo modo que tampoco somos iguales quienes no somos víctimas, como tampoco son iguales las personas que se encuentran imputadas por la comisión de delitos.

También es preciso reconocer que las víctimas que ganaron las calles (en ocasiones de un modo y con propuestas con las que no coincido) contribuyeron a que se tuviese que reconocer sus derechos con mayor amplitud.

Y la visibilización de las víctimas posibilitó que, por ejemplo, se conformasen nucleamientos como Víctimas por la Paz (que tengo el honor de coordinar) integrado por mujeres y hombres de todo el país y otros países de la región, que habiendo sufrido hechos muy graves tuvieron la posibilidad de reaccionar de un modo racional, transformando la bronca y el dolor en actitudes constructivas.

En resumidas cuentas, coincido y promuevo la más amplia participación de la víctima en el proceso penal, las víctimas con las que coincidimos y también las otras.

¿Por qué le parece que muchos de sus colegas apelan sistemáticamente al uso de la prisión preventiva?

El uso indiscriminado de la prisión preventiva es un problema regional en el que, inclusive, la República Argentina no es el país con las situaciones más agudas, lo que no lo planteo como excusa para justificar que estemos bien. Creo que el uso indiscriminado de la prisión preventiva responde a múltiples factores (desidia, temor, desinterés, falta de compromiso, ausencia de apego al modelo constitucional) pero, también lo atribuyo, en buena medida, a la falta de gestión del conflicto. Y cuando hablo de gestión del conflicto hablo de la predisposición para involucrarse en el hecho y las circunstancias de sus partícipes, a generar las condiciones para que las personas involucradas puedan entablar un diálogo constructivo y reparador, dejar de actuar en forma maquinal y burocrática.

Este parece ser el modelo adoptado por la provincia de Neuquén, que claramente lleva la vanguardia en esta y otras temáticas. De acuerdo a datos estadísticos su nivel de encarcelamiento es de 90/100.000 (muy por debajo de la media nacional que se ubica por

encima de los 200/100.000). Pero, como dato relevante, solamente el 8% de las personas encarceladas se encuentra bajo el régimen de la prisión preventiva.

Este dato constituye una buena noticia, junto a la buena práctica recogida legislativamente en algunas provincias) de poner plazo fijo a la medida cautelar, que aparece como una buena forma de evitar que se convierta en un anticipo de condena.

¿Qué opina del juicio por jurados?

Soy partidario, promotor y defensor del juicio por jurados, no porque se trate de la panacea universal, o una herramienta infalible, sino por el grado de legitimidad político institucional que tienen sus decisiones, a diferencia de lo que ocurre con la justicia profesional.

Tengo la convicción que el juicio por jurados nos hace mejores sociedades, más participativas, más involucradas con las instituciones, con ciudadanas y ciudadanos cada vez más involucrados con la realidad social. El modelo de justicia popular y ciudadana ha sido resistido, en nuestro país y el mundo, por los sectores “ilustrados”, que desde una visión muy elitista de la administración de justicia y con distintos argumentos que fueron derribados uno a uno con la implementación del sistema, lo que en realidad pretendían era reservar ciertas áreas del Estado a una aristocracia intelectual que, en los hechos, no parece haber prestado grandes servicios a la sociedad. Más vale todo lo contrario.

Pienso también que el juicio por jurados puede ser una oportunidad histórica para el Poder Judicial, el puente de plata para cerrar la brecha que tanto nos ha distanciado de la ciudadanía. En este sentido observo con agrado de qué manera, a partir de la implementación del juicio por jurados en varias provincias argentinas, el Poder Judicial comenzó a plantearse la necesidad de hablar y escribir en un lenguaje sencillo, accesible para los legos. No digo que esta política que ha cobrado fuerza en los poderes judiciales deba

atribuirse en forma exclusiva al juicio por jurados, pero creo que ha tenido una gran incidencia.

¿A qué mecanismos de rendición de cuentas deberían estar expuestos los jueces en una democracia?

Los jueces y las juezas somos funcionarios públicos, y una de las características principales de esa categoría es la rendición de cuentas, mostrar y exhibir al resto de la sociedad de qué forma cumplimos con el cometido legal y constitucional que nos ha sido encomendado.

A modo ejemplificativo no totalizador, me resulta muy interesante el sistema del Consejo de la Magistratura del Chubut que, dicho sea de paso, tiene representación popular en su composición. A los tres años de la designación de una jueza o juez, debe volver a comparecer ante el Consejo a rendir cuentas de su gestión, mostrar sus estadísticas, si hay atraso en su despacho, cuál es el concepto que tienen los empleados y empleadas sobre su desempeño. Si la rendición de cuentas resulta satisfactoria, la jueza o juez adquieren estabilidad definitiva. Si la rendición de cuenta no es satisfactoria, se abre un proceso de juicio político para proceder a la eventual destitución.

Es probable que se pudiera implementar un sistema de esa índole, a mi criterio con algunos recaudos. Soy de la idea que ese control no debería ser de índole ideológico, como no sea que esa ideología repugne al sistema constitucional (xenofobia, ausencia de perspectiva de género, discriminación). Soy partidario de un Poder Judicial pluralista, donde tenga lugar todas las expresiones políticas, en el más amplio y genérico sentido de la palabra. También la econometría de la gestión debe ser muy cuidadosa, para no favorecer al que resuelve como una máquina de hacer chorizos en desmedro de los que elaboran sus decisiones con más tiempo. Estas ideas ya han sido intentadas llevar a cabo en otros momentos y fueron fuertemente resistidas desde el Poder Judicial por entenderlo como una puesta en peligro del sacrosanto principio constitucional de la independencia judicial, que más que independencia judicial parece ser tributario de

un sistema monárquico.

Creo que hay que llegar a un punto razonable, en el que la rendición de cuentas no sea utilizada como herramienta de persecución política o ideológica, pero donde los funcionarios públicos demos razones de nuestro desempeño. Considero que ese es un modelo más compatible con el sistema republicano.

¿Existe una competencia entre los jueces y los fiscales hoy día?

Tengo la impresión que esta pregunta se encuentra mucho más relacionada con el funcionamiento de la justicia federal que lo que ocurre en las justicias provinciales, como no sea eventuales cortocircuitos entre algunos Procuradores o Procuradoras Generales y jueces y juezas (por ejemplo, las recientes controversias entre el Procurador bonaerense Julio Conte Grand y el Tribunal de Casación Penal de la misma provincia).

En el orden federal (Comodoro Py, diría) es mucho más frecuente asistir a las públicas controversias entre jueces y fiscales por la gestión de distintos conflictos (pienso en este momento en las derivaciones de la muerte del fiscal Nisman, la denominada causa de los cuadernos, el espionaje y aprietes a funcionarios). Competencia que, en ocasiones se traduce en moneda de vedetismo.

El sistema federal es un sistema estructuralmente enfermo, que debe ser reformado urgentemente. En ese sentido, es imperiosa la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal Federal que, entre los principales aspectos, delimite claramente la función específica que compete a cada funcionario. Hoy por hoy, los juzgados y fiscalías federales son más bien vistas como cotos cerrados donde se manejan enormes cuotas de poder. Y, fundamentalmente, implementar herramientas que impriman celeridad al trámite de esas causas que tanto impacto tienen en la opinión pública. No es posible que los juicios ocurran cuando ya nadie ni siquiera recuerda de qué trataba el tema que se juzga.

Y también creo (aprovecho para introducirlo) que en una de las principales materias de incumbencia de la justicia federal (las causas por corrupción) deberían ser decididas por juicio por jurados. Que las mismas personas que depositaron en los funcionarios públicos la confianza para que los gobiernen sean los encargados de decidir si esa confianza fue traicionada.

La constitución dice que los jueces son responsables de la ejecución de la pena. ¿Cómo lleva esta responsabilidad en su labor diaria?

Si bien mi trabajo específico es el de ser juez de juicios, lo cierto es que también controlamos la ejecución de las penas que no se encuentran firmes, que en los hechos representa un mayor cúmulo de trabajo que los juicios mismos.

En mi caso específico he tratado de tener un fuerte involucramiento con la vida carcelaria, procurando contribuir a la introducción de todas las mejoras que se han encontrado a mi alcance, lo que en mi experiencia ha sido un proceso progresivo y, en algún punto traumático, ya que tengo una visión “agnóstica” de las cárceles. Pero guardo ese agnosticismo o abolicionismo para mis especulaciones intelectuales, ya que lo cierto es que en el día a día tengo responsabilidades concretas como funcionario público y sería bastante hipócrita ir a decirle a las personas que mandé a la cárcel que no tenemos que creer en ellas, pese que las están tocando y padeciendo.

Siempre permanecí muy atento a las experiencias que se llevan adelante en otros países, y más puntualmente en la región, tratando de extraer aprendizajes que pudieran ser aplicados en la Argentina. En todas partes ocurren todo el tiempo iniciativas que sobresalen por sus características innovadoras y me ha preocupado captar cuáles han sido sus lógicas, cuáles fueron los factores que permitieron que ocurriesen (tengo algunas nociones de esos aprendizajes, pero este no es el lugar para exponerlas).

Mi involucramiento más directo ha sido y es con la Unidad Penal 15 de Batán, que es el establecimiento penitenciario más cercano al tribunal donde trabajo y donde usualmente se derivan las personas encarceladas del Departamento Judicial Necochea.

He tratado de promover la idea de la “comunidad penitenciaria”, esto es, el conjunto de actores que cotidianamente inciden en la dinámica de la vida carcelaria y que es preciso acompañar para que trabajen de modo coordinado. Esta noción, tan sencillamente dicha, ha supuesto tener que superar muchos prejuicios y estereotipos que, por lo general, no impiden incidir en la realidad de modo eficaz.

Superar, principalmente, la idea particularmente instalada en algunos sectores de los organismos de Derechos Humanos que tienen la visión de que todos los penitenciarios son torturadores, que gozan con el sufrimiento ajeno y que son nuestros enemigos. Por supuesto, lamentablemente, hay penitenciarios que responden a esa descripción, pero también hay muchos y muchas otras que tienen abierta predisposición a involucrarse en los cambios y son las personas con las que tenemos que establecer alianzas. Es que, desde mi perspectiva, resulta iluso pensar en una reforma del sistema penitenciario contra los servicios penitenciarios o sin los servicios penitenciarios.

Del mismo modo respecto de las personas privadas de la libertad, respecto de las cuales existe una cierta visión romántica que sostiene que son presos políticos del sistema y que son todos nuestros hermanos. En este sentido es preciso abandonar la posición paternalista o maternalista a su respecto y reclamarles que tienen que convertirse en protagonistas de su propio destino, haciéndose cargo de sus situaciones y adoptando actitudes constructivas, que benefician al conjunto.

La experiencia más rica que estoy transitando es la puesta en funcionamiento de los Comité de Prevención y Solución de Conflictos (primero en Batán y ahora en la mayoría de los establecimientos bonaerenses) integrados, precisamente, por la comunidad penitenciaria: personal penitenciario, personas privadas

de la libertad y los múltiples actores que atraviesan su realidad (ONGs, judiciales, educación, trabajo, deporte, cultura, cooperativas, religión, etcétera).

Estos Comités han tenido por función primigenia la de gestionar la conflictiva de los establecimientos por fuera del régimen disciplinario sancionador, para aplicar reglas de justicia restaurativa. Pero, con el correr de la experiencia, también comenzaron a gestionar múltiples cuestiones de la vida cotidiana de los establecimientos, que comienzan a ser resueltas con el aporte de todas las visiones del problema.

No quiero sonar presuntuoso, pero estoy convencido que esta se trata de una de las experiencias más importantes que se han desarrollado en la Argentina en las últimas décadas, ya que supone una gestión democrática, participativa y horizontal del gobierno penitenciario. Si bien en la Argentina es claro que el gobierno de las cárceles compete al Estado, eso no significa que la construcción de la autoridad penitenciaria puede ser revestida de atributos democráticos, donde, lejos de debilitarse, de fortaleza en base al consenso y la legitimidad.

En mi perspectiva se trata de una construcción política que, quizá (espero, deseo) pueda convertirse en una herramienta que sirva para dignificar la vida en las cárceles.

¿Cuál cree que es el rol que debe asumir la justicia frente a situaciones de emergencia excepcional, como por ejemplo la situación de emergencia sanitaria a partir de la pandemia mundial del COVID-19? ¿qué desafíos plantea una situación de emergencia respecto a procesos burocráticos que suelen demorarse en el sistema de justicia? Y en relación a la situación en las cárceles en situaciones de emergencia, ¿Qué lugar deberían ocupar allí los jueces y el sistema judicial en general?

La pregunta tiene ciertas complejidades, pero las emergencias siempre representan el riesgo de la adopción de medidas

extraordinarias, usualmente lesivas para derechos y garantías ciudadanos. Dicho lo precedente, considero que la pandemia constituye una circunstancia verdaderamente extraordinaria que, como tal, justifica la adopción de medidas extraordinarias orientadas a minimizar sus consecuencias. Lo precedente es doctrina constante de la Corte respecto de otras emergencias.

La emergencia sanitaria nos sorprendió a todos, y la capacidad de reacción ha sido distinta. Por supuesto, el Poder Judicial no se caracteriza por la rapidez de sus reflejos, sin embargo, observo que en varias provincias se han ido adaptando medios tecnológicos para posibilitar el acceso a justicia, principalmente en temas que no pueden esperar que se resuelva la pandemia. ¡Y también han ocurrido algunos milagros! Tal el caso de la provincia de Buenos Aires, que a partir del 1 de junio ha reemplazado todo el soporte en papel por los registros electrónicos. ¡No más los voluminosos y la costura! Hoy abogadas y abogados pueden realizar sus presentaciones desde sus estudios, y aún desde sus teléfonos celulares y, del mismo modo, recibir las notificaciones por la misma vía. Para quienes hace rato que doblamos la curva de los 60 y que durante mucho tiempo luchamos por la simplificación y agilización de los procesos, esto parece casi mágico y, curiosamente, conseguido prácticamente de la noche a la mañana y por circunstancias ajenas, como ha sido una pandemia.

Queda pendiente un debate acerca de la posibilidad de realizar juicios orales, y aún juicios por jurados, por plataformas remotas que, de hecho, en varias provincias ya se están realizando. Ver si existe la posibilidad de asegurar una defensa eficaz, una real y verdadera inmediación con la prueba. Honestamente, a este respecto no tengo una postura definida, ya que escucho buenos argumentos de ambos lados, de quienes defienden esta modalidad y quienes la denotan. Creo, de momento, inclinarme por una posición intermedia, del tipo de a presencia del tribunal y las partes en un mismo recinto (resguardando a distancia social), recepcionando a mayor cantidad de prueba por plataformas virtuales (previo acuerdo al respecto entre

acusación y defensa) y sin público (salvo excepciones), posibilitando la publicidad del acto por redes sociales, transmitiendo en vivo. Considero que una solución de esta índole, debidamente consensuada, puede llegar a contemplar todos los intereses, pero fundamentalmente resolver los pleitos pendientes llevando en este sentido certeza a las partes y el resto de la sociedad, que en muchos casos está pendiente de los resultados.

Respecto del rol del Poder Judicial en las cárceles soy partidario que, además del cumplimiento de las funciones específicas asignadas por la ley, juezas y jueces tenemos que asumir un papel mucho más activo de involucramiento, aprovechando la autoridad que confieren nuestros cargos. Básicamente, tratando de conciliar intereses que usualmente suelen estar en contradicción, pero fundamentalmente promoviendo acciones conjuntas de la comunidad penitenciaria (principalmente, personas privadas de la libertad y el personal penitenciario). En este sentido, la implementación de mecanismos de justicia restaurativa para gestionar los conflictos que suscitan al interior de los establecimientos penitenciarios puede ser un buen comienzo.

¿Cómo se establece una “agenda judicial”? En términos de prioridades y problemáticas a atender.

Naturalmente, la dirigencia de los poderes institucionales tiene una relevancia decisiva en la fijación de la agenda de los temas a abordar por el Poder Judicial. Sin embargo, soy de la idea de la relevancia del activismo para instalar determinadas temáticas. La historia reciente es rica en ese sentido como, por ejemplo, toda la temática vinculada con la perspectiva de género y la simplificación del lenguaje.

¿Qué le falta a este poder judicial para su democratización?

Supongo que ese será siempre un ideal inacabado. Visto en

perspectiva considero que existen avances. Insisto, pensemos en el Poder Judicial de hace 50 años comparado con el de ahora en lo relativo a equidad de género, composición social y las diferencias son importantes. A mi gusto se debería avanzar en la urgente implementación del sistema acusatorio en el fuero federal y nacional, desarticulando ese enclave de poder concentrado, la implementación del juicio por jurados en todo el territorio nacional y la participación popular para los procesos de selección de magistradas y magistrados.

ESTEBAN RODRÍGUEZ ALZUETA

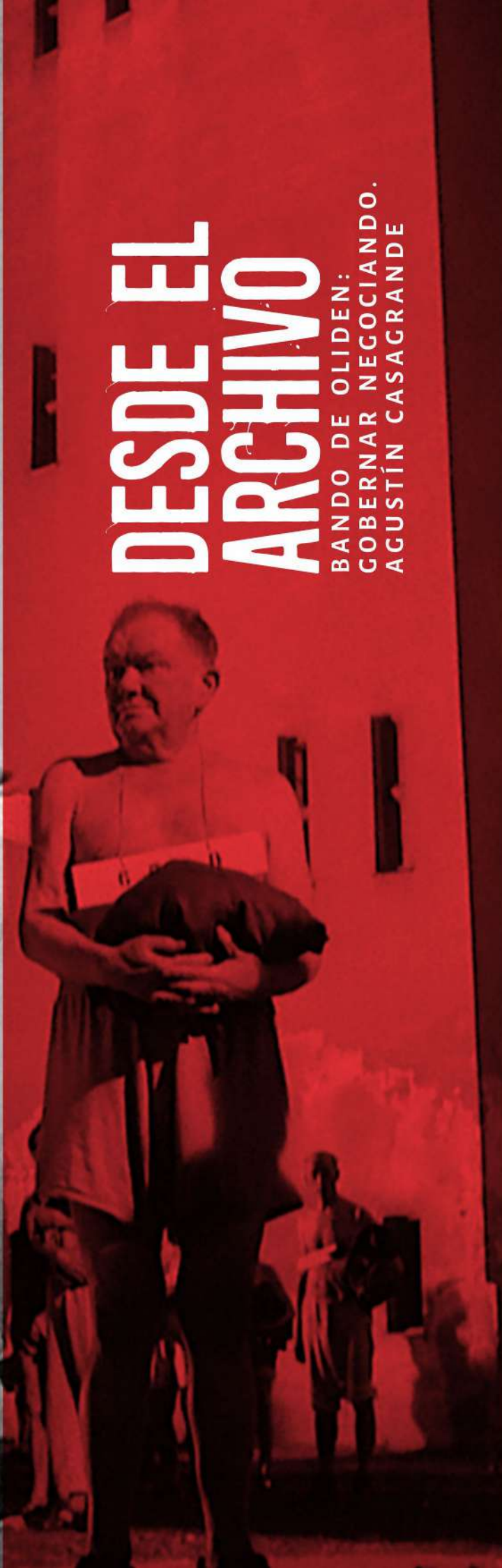
UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

LA SONRISA Y LA CONFIANZA DE MARIO ALBERTO JULIANO

La amistad con Mario se la debo a las redes sociales y a su insistencia. Vivíamos a larga distancia de modo que había que ponerse a escribir. La lejanía nunca fue para él un obstáculo, siempre encontraba la manera de estar cerca. Yo le mandaba a Mario lo que escribía y Mario hacía lo mismo con algunos de sus escritos. No importaba la hora, te escribía a la madrugada o a la noche muy tarde. Abrías el correo y tenían un mensaje de Mario. No le gustaban los guiños de ojo, cultivaba la amistad con franqueza y no le temía a ninguna discusión. De modo que siempre era implacable, si tenía que serlo. No hacía concesiones. Mario creía que no había que estar de acuerdo para construir algo, bastaba con tener un horizonte en común. El resto era cuestión de tiempo, de poner las cosas en el tiempo. No solo fue un gran tipo sino también un gran juez, alguien que no se limitaba a hablar a través de la sentencia, le ponía el cuerpo a los expedientes hasta humanizar la justicia que administraba. Llegaba a las causas con otras preguntas porque se acercaba con otra sensibilidad. Sabía que detrás de un expediente había gente de carne y hueso, había dolor y bronca, y entendía que hacer justicia era, también, hacerse cargo de esas emociones. Una sentencia siempre será injusta si le da la espalda a esas dimensiones afectivas. Y Mario siempre trato, al margen del expediente, de acercar a las partes, de bajarle los decibeles a las discusiones, de reponer la concordia. No hay justicia si no ponemos los pies en la tierra, no hay justicia sin piedad. Porque para Mario la justicia no era incompatible con el perdón. Al contrario, era su mejor complemento. Para muchos, Mario era incorrecto. Por ejemplo, cuando juntaba a las víctimas con los victimarios, a los presos con los penitenciarios. Peleaba para que las víctimas tramitasen su dolor con comprensión y sin rencores, reconciliándonos entre todos. Sabía que abordar las violencias en las cárceles implicaba dialogar con los penitenciarios. Siempre había otra oportunidad para las personas, sean los presos, las víctimas, los penitenciarios o los funcionarios. Porque Mario creía que había que construir desde la confianza, apostando por las personas, nunca estaba dicha la última palabra, siempre podíamos cambiar. Mario se la pasaba viajando, porque era una máquina de militar. En esos viajes conoció a mucha gente que fue poniendo en contacto entre sí. Porque eso era lo que hacía: abría espacios de militancia, es decir, de debate y libertad. Sabía que la injusticia no se transforma con una sentencia, por más oportuna sea esta. Las transformaciones necesitaban la participación comprometida de muchos y muchas personas. Y Mario se dedicaba a reclutar ese tiempo, esa energía. Creía que la libertad de uno no terminaba en la libertad del otro. Más bien todo lo contrario: que la libertad de uno se reforzaba con la libertad del otro. Si el otro no era libre entonces yo no era tan libre como declamaba serlo. Por eso Mario militaba incansablemente desde la amistad, con la amistad. La amistad era su mejor aliada. A través de Mario conocí a mucha gente maravillosa. Con muchas de ellas nos unen las discusiones y las ganas de transformar. Y los mejores insumos que necesitan esos cambios, sobre todo cuando requieren tiempos largos, son la confianza y la sonrisa. Son las dos cosas que me dejó su amistad, las dos cosas que seguiré encontrando en todos los amigos que me legó.

DESDE EL ARCHIVO

BANDO DE OLIDEN:
GOBERNAR NEGOCIANDO.
AGUSTÍN CASAGRANDE



BANDO.—Don Manuel Luis de Oliden, Gobernador Intendente de la Provincia de Buenos Aires, delegado de Correos, etc. Con fecha 9 de Agosto de 1813 se circuló por este Gobierno á los Alcaldes de Hermandad de la Campaña la orden del tenor siguiente:—El arreglo de la campaña es uno de los puntos mas interesantes al Estado y para consultarlo en algun modo, tendrá vd. presente los siguientes artículos:—Artículo 1º En las batidas ó correrías de perros cimarrones, que se han encargado repetidamente, concurrirán los hacendados y vecinos con mayor ó menor número de peones, segun sus facultades y ganados que tengan espuestos al daño que causan estos animales. 2º Aproximándose la yerra prevendrá Vd.

—Art. 10. Para que ningún individuo particular pueda abusar de esta facultad, y seguirle perjuicio al que transite, sufrirá la pena arbitraria que se deja reservada este Gobierno, justificada su maldad. —Art. 11. En atención á la escandalosa destrucción que padece la campaña por la matanza de machos y hembras caballares, se prohíbe absolutamente matar una sola cabeza de este ganado marcado, ó sin marcar, bajo la pena de veinte y cinco pesos de multa por cada cabeza á los puercos, y tres meses de presidio á los que no lo sean. —Publiquese por bando en esta capital, en los pueblos y cabezas de partido de la Provincia, fijándose diez días perentorios desde la publicación para su cumplimiento. —Buenos Aires, 30 de Agosto de 1815. —MANUEL LUIS DE OLIDEN. Bernardo Velez, Secretario. —Es cópia. —Velez.

Departamento de la Guerra.—Las comunicaciones oficiales del General del Ejército auxiliar del Perú, llegan hasta el 27 de Julio próximo anterior: en ellas participa al Gobierno que el enemigo se mantiene en sus posesiones de Chayamayo y Condo, esperando algun refuerzo que probablemente se le unirá al mando del Brigadier Ramirez: que entretanto las tropas de la patria se disciplinan, y aumentan con rapidez; y que en caso que el General Pezuela tenga la osadía de atacarlas lo espere reunido con las Divisiones de Cochabamba al mando del Coronel D. Juan Antonio Alvarez de Arenales, y las de Chayanta al del Teniente Coronel D. Vicente Camargo. Con este motivo ha dado el Gobierno órdenes terminantes para que en Juji se organice un cuerpo de Caballeria, que este y las fuerzas de Salta, sean integras, ó en fracciones, y sus armamentos se tengan á disposicion de dicho General: que en Tucuman se active el apresto de varias piezas de artilleria que de antemano se habian mandado montar; y que de esta Capital salgan los Regimientos de Infanteria 2 y 3 y una division de artilleria á marchas forzadas á recibir órdenes en el camino del mismo General, quedando listo para el primer aviso, el Batallon núm. 10. Al mismo tiempo, se han circulado órdenes á todos los pueblos pidiendo reclutas para reemplazar el Ejército de reserva.—*Balcarce.*

(Gaceta de Buenos Aires, núm. 19.)

El Secretario de la Guerra me dice en oficio de 7 del corriente lo que sigue:— Con esta fecha se ha servido el Director del Estado expedir el decreto del tenor siguiente: Con el fin de aumentar cuanto sea posible el Ejército de reserva en esta capital, he tenido á bien prolongar por cuatro meses el término señalado en decreto de 19 de Junio del corriente año, contado desde el día en que espire el primero, para el abono de los seis pesos de enganchamiento, al recluta que por sí

GOBERNAR NEGOCIANDO EN LA CAMPAÑA BONAERENSE. EL BANDO DE OLIDEN (1815)

GOVERN BY NEGOTIATING IN THE BUENOS AIRES
CAMPAIGN. EL BANDO DE OLIDEN (1815).

AGUSTIN CASAGRANDE
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

“Bando, nombre Toscano, el pregón que se da, llamando
Algún delincuente que se ha ausentado, y de aquí se
dijeron Bandidos, y bandoleros, comúnmente bandoleros,
por estar Echado vando y pregón contra ellos en la
república” (sic).

—*Diccionario de Covarrubias*, 1611, p. 237.

“El Bando de Oliden”: derecho e imaginación histórica

La relación entre archivos y justicia posee una función práctica que excede la tarea del historiador. Las prácticas judiciales, policiales y de la administración encuentran en los antecedentes recursos lógicos de interpretación de acontecimientos que no sólo invocan la autoridad del pasado como guía práctica, sino que, en dicho acto, incorporan al mundo jurídico, la materia cruda de lo judicializable, definiendo así qué comporta un objeto jurídicamente relevante. No es extraño, entonces, que al jurista lo desvele la historia, a la cual mira, muchas veces, desde un anacronismo práctico y productivo; puesto que su destino es incorporar un caso presente a un mundo, que ha sido previamente prediseñado por el discurso pasado. El anacronismo productivo de la historia doctrinal—ya sea penal o constitucional—puede ser definido, consecuentemente, por la función de legitimación al interior de la disciplina más que cómo práctica historiográfica; y de allí, los desacuerdos entre historiadores y juristas. Ahora bien, más allá de la función de legitimación narrativa de las historias del derecho dogmático, el momento radical se presenta en la práctica social del derecho donde, olvidada la causa o razón de ser histórica de un instituto, se procede de un modo estructurado por un *habitus* que, como justificación, invoca: “siempre ha sido de esta forma”. Dicho *habitus* pre-comprensivo se advierte, principalmente, en el entrecruzamiento que se da entre la acción de la justicia penal y la práctica policial; instituciones ambas que, en sus fricciones irresolubles, por tratarse de saberes y prácticas procedentes de órdenes de discurso diversos, recaen constantemente en procesos formularios y modos de actuación que son más aprendidos *par coeur* que conceptualizados.

En esa zona de fricción emerge un ejemplo clásico de esos usos del pasado en torno a la legitimación de los códigos contravencionales, los cuales en su palmaria inconstitucionalidad parecieran explicarse más por un inductivismo que apela a la tradición histórica, que por una deducción de principios jurídicos. Esta

resolución por la vía histórica, irónicamente, cumple la función de suturar un desajuste estructural entre discursos provenientes de estratos temporales diversos y que contraponen racionalidades incompatibles: el discurso jurídico iusnaturalista del derecho penal (siglo XVIII-XXI) y el saber aristotélico-económico de gobierno territorial, desprocesalizado y preventivo de la práctica policial (de los siglos XVI-XIX). Allí, donde la razón jurídica contemporánea del iusnaturalismo no puede subsumir lo policial, la apelación histórica parece ser una salida adecuada. En efecto, esta tensión entre racionalidades desajustadas, ha sido zanjada—evasivamente—mediante un recurso genealógico que descubre el origen de los “edictos policiales” en una tradición de larga duración que se remonta hasta los “Bandos de Bueno Gobierno” coloniales. La continuidad histórica, como un río de la *inconsciencia*, permite suspender la incongruencia constitucional de un poder legislativo *policial*.

De todos esos recursos al pasado “contravencional”—si se permite el anacronismo—existe una fuente histórica central que no sólo responde a esa función apelativa del pasado entre juristas, sino que, también, ha sido extensamente reproducida por su exquisita síntesis literaria, que pareciera ser el estímulo principal o una anticipación de la tópica del universo hernandiano del Martín Fierro. El Bando del 30 de agosto de 1815 del Gobernador Intendente de la Provincia de Buenos Aires, don Manuel Luis de Oliden, además de ser un documento central para la comprensión del gobierno de la campaña en tiempos de guerra, compone una de esas piezas de archivo donde se condensan todos los elementos del imaginario literario-escolar—ya desandado por la historiografía profesional, es cierto, pero vigente—en torno a la campaña del siglo XIX: vagos, papeletas de conchabo, hacendados, peones, jueces, servicio de armas, perros cimarrones, ganados, etc. Esto último explica la amplia circulación del documento, el cual compone una estructura simbólica que lo vuelve cita obligada en la historia del gaucho, en la estética del género gauchesco y, cuyo impacto se puede medir, incluso hoy, en su

rol decorativo, que reviste en las paredes de algunas pulperías—turísticas—del centro de la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, su uso no ha respondido solamente a dicha matriz puramente literaria. Cabe, entonces, atender a algunas lecturas provenientes de la historiografía a lo largo del siglo XX para dislocar el sentido común del género gauchesco.

Lecturas historiográficas: *de motivos gauchescos a la teoría de la rotulación*

La historiografía especializada que ha recurrido a dicho documento se ha movido progresivamente desde un interés fundado en la vida social del gaucho hacia una teoría de la criminalidad que, aunque no explicitada, observa la categoría de “vago” como la construcción simbólica de una figura delictiva. Los trayectos han estado, originariamente, recortados por la retórica del género gauchesco, que encuentra en la teoría literaria un cruce entre historia y literatura. Vale, pues, entrar primero a la literatura como disciplina focal del problema histórico, para luego ver la *razón* historiográfica. En su análisis del género gauchesco, Josefina Ludmer propone dos temáticas que el lector encontrará en las interpretaciones de la fuente aquí presentada: un *uso* que implica, por un lado, dotar literariamente de voz a los gauchos—silenciados por su costumbre oral y por la retórica naturalista del naturalismo sarmientino—y, por otro, otro *uso* más histórico, que busca develar cómo tras dicho silencio se revelaba la función “económico o militar de los cuerpos” (2000: 9). Esta estructura “entrelazada” entre lo dicho y lo experimentado, se inserta en la construcción de la ilegalidad “popular” del gaucho rotulado como “vago”, la cual poseía ribetes político-jurídicos oposicionales al observarse que la calificación y acción, contra los sectores subalternos de la campaña, provenía de las “ideas” de la ciudad.

En el caso del documento que aquí se presenta, el rol fundamental del derecho en la historia se actualiza como una tensión en el campo cultural de las fuentes jurídicas. Así, la relación ciudad-

campaña se descubre, no sólo en la capacidad de rotulación efectiva de “delitos” sino también en el desajuste práctico entre la costumbre oral de la campaña vs. la legalidad escrita de la ciudad, lo cual implicará, la negación de la primera reforzando la violencia simbólica instituyente del derecho moderno. Así, la sanción por vago no resultaba sólo una incomprensión entre prácticas sociales y derecho. Más bien pueden ser leídas como una forma jurídica de negación de una otredad, redefiniéndola desde el discurso letrado que instituía las categorías y que derivaba en la espacialización disciplinaria para los gauchos: el ejército o la hacienda. Se desarrolla así una hipótesis donde la disciplina es efecto de saber-poder, que sutura el desacuerdo entre costumbre-ley (con sus respectivos modos de vida) por la vía *civilizatoria* que lanza unos cuerpos sin voz *al bando*—es decir, a la nuda vida—y que sólo se integran al derecho escrito mediante la formación militar. Se trata en última instancia, de una homología estructural entre el cuerpo/espíritu del gaucho y el espacio de gobierno rural, que quieren ser modificados mediante un pasaje imaginario de la “anarquía” a la “legalidad” estatal.

La precompresión literaria que establece la tensión estructural entre la imposición del orden liberal y la tradición de la costumbre de una campaña silenciada devendrá, posteriormente, la materia cruda del trabajo del historiador, quien busca restituir el padecimiento silenciado. Es posible hallar, entonces, un antecedente historiográfico en la obra de Rodríguez Molas, cuya *Historia Social del Gaucho* aparece citada en la nota 3 del libro de Ludmer. El autor hace uso del “Bando de Oliden” en un trabajo preparatorio cuyo título “Realidad Social del Gaucho Rioplatense (1653-1852)” busca analizar la relación entre la criminalización y las demandas de la estructura económica-militar. Allí, aparecen dos anacronismos que, si bien funcionan a nivel meta-histórico, condicionan la lectura del documento que aquí presentamos. El primero es la recurrencia a una teoría de la “peligrosidad” positivista para explicar el trasfondo teórico que hizo a las leyes de vagancia desde Roma hasta el siglo XIX (Rodríguez

Molas, 1955:105). El segundo es suponer la preexistencia del “Gaucha” en el Bando, lo cual no puede asegurarse a la luz de la tradición lingüística de estos documentos que reproducen viejos esquemas de administración de la pobreza y la caridad que venían desarrollándose en la cultura católica desde el siglo XII. La lectura, entonces, condicionada por la literatura llega al Bando de Buen Gobierno de 1815 y allí, fruto de la fusión de horizontes hermenéutico, Rodríguez Molas explica, con *prosa literaria*, cuál fue la razón estructural para el dictado de dicha normativa: “El gaucha así denominado por las autoridades y el negro libre, luchan en los ejércitos; comprenden, a pesar de las irregularidades cometidas que lo hacen por una causa justa. El estanciero, en cambio, permanece en la campaña o instalado en su casa de la ciudad, acrecentando sus intereses” (Rodríguez Molas, 1965: 129). El remate en torno a la “papeleta de conchabo” importa, también, otro anacronismo, pero es literariamente muy gratificante: “Los derechos más elevados del hombre como el de libre tránsito, se consideran graves delitos y se restringen” (Rodríguez Molas, 1965: 129). En esta frase se observa el juzgamiento por el mismo discurso que instituyó el iusnaturalismo constitucional—contra el cual, paradójicamente, se dirige la lectura reivindicativa—y que sólo se comprende en el tiempo de escritura del autor, no así de la escritura del documento.

El efecto de sentido de Rodríguez Molas es brillante y fácilmente digerible para el lector no especializado. Y esto se debe a que los recursos anacrónicos, fundados en la épica del gaucha, que encuentra en Lugones—y su teleología del *Mío Cid* hasta Hernández—declinan en un extendido sentido común histórico de traducción escolar. Es un momento hermenéutico en el cual el entrecruzamiento entre literatura e historia no había aún decantado en la profesionalización de la última, la cual se construye en tensión con la primera para encontrar su episteme profesional e institucional.

La profesionalización—o en términos bourdieuanos la “constitución del campo”—de la historiografía se generó en una

dialéctica contra una historia tradicional: compuesta mayormente por fuentes jurídicas y prendaria de lecturas literarias. La doble operación que, en parte, dificulta el acercamiento del lego hacia la historia profesional, se compuso por la suspensión de la teleología del “gaucho”, mediante el uso de fuentes primarias—censos, archivos judiciales, registros de tierras, registros impositivos, etc.—y, un nuevo lenguaje cientificista prendado de la sociología—en principio marxista y luego weberiana—que complejizaron la composición del texto profesional. El punto de quiebre se halla en una pregunta provocadora de Juan Carlos Garavaglia: “¿Existieron los gauchos?” (Garavaglia, 1987). La cuestión de fondo era romper con la mirada hegemónica de la estancia, el campo abierto, la libertad como atributo naturalista, lo cual dio pie al encuentro no ya de voces de “gauchos” que habían sido acalladas; sino más bien de otros actores—“labradores y pastores”—que vivían en la campaña y cuya existencia había caído también, por mor de la anticipación literaria, en el silencio de la narrativa histórica. El mundo rural era, en efecto, más complejo que el propuesto por Rodríguez Molas, cuya anticipación literaria—*Vorgriff*—caía frente a la vigilancia epistemológica que devolvían los archivos. El “Bando de Oliden” vuelve a aparecer redimensionado por una tradición colonial que encontraba en la “papeleta de conchabo” el dispositivo jurídico de control social por excelencia, no sólo para “gauchos” sino para una población más compleja que habitaba un espacio reconfigurado (no sólo de gauchos y estancieros, sino de campesinos, labradores, pequeños propietarios, agregados, etc.).

En “Paz, orden y trabajo en la campaña: la justicia rural y los juzgados de paz en Buenos Aires, 1830-1852”, escribía Garavaglia: “desde fines del período colonial el problema del control de los jornaleros y de los campesinos *labradores y pastores*, era un tema recurrente en las quejas de los poderosos. También lo era en las sucesivas disposiciones sobre el tema que se dictan desde el período virreinal hasta los años veinte del siglo XIX. La célebre “papeleta de

conchavo” (sic) había ya aparecido desde fines del período colonial, se acentúa en 1813 y se profundiza todavía más desde 1815, ahora con un complicado entretejido jurídico policial de tientes verdaderamente kafkianos” (Garavaglia, 1997: 261). Más adelante se volverá sobre la dimensión kafkiana del Bando. Por ahora, cabe atender a dos razones distintivas de la nueva perspectiva historiográfica: los estancieros se han vuelto “poderosos” y los gauchos desaparecen del mapa. En su lugar, los jornaleros y los campesinos se observan como aquellas “polillas de los campos” que hay que domesticar y corregir. La narrativa es menos elocuente para el lector interpelado por su naturalizado universo simbólico hernandiano, pero le hace más justicia a la fuente—que en ningún lugar habla de Gauchos, aunque sí de gauderios—y que habitaba de otra topografía social que debía comprenderse en la semántica histórica contra-conceptual de “los vecinos” vs. “los vagos”.

Ahora bien, la cuestión se complica, más adelante, cuando el mismo “Bando” sirve para explicar el mecanismo de “construcción estatal”. Allí, no sólo se implica desde la historiografía una función “inconsciente” en la praxis jurisdiccional del gobierno rural sino que, también, se postula una definición de “Estado” de carácter programática y con cargas teleológicas, que no se deben tanto a la prosa del autor sino a la teoría sociológica de donde extrae el concepto. En “Ejército y milicias: los campesinos bonaerenses y el peso de las exigencias militares (1810-1860)”, también de Juan Carlos Garavaglia, la funcionalidad de dicha fuente para formar ejércitos de línea y defensa y producir mano de obra, se leen en el contexto de un plan superior que prevé la *estatalidad* como horizonte de destino: “Si el Estado es siempre coacción y violencia—sea ésta física o simbólica—el proceso de constitución de esta instancia “separada de la sociedad” exige en sus pasos iniciales un uso casi desmesurado de la fuerza” (Garavaglia, 2003). Leyendo a Bobbio—a la vez lector de Weber—se coloca una funcionalidad en el Bando que ya no miraba sólo al contexto de producción: “la amenaza de una invasión desde

España”; sino, también, a una formación estatal. La cuestión de la coacción y de la estatalidad será central en la lectura socio-económica del Bando para la historiografía entrenada en la dimensión supra-estructural del derecho. Los presupuestos teóricos ya no eran literarios sino sociológicos, de una tensión entre “Estado y Sociedad” más cara a la tradición de la *Staatslehre* alemana que a la cultura jurisdiccional católica rioplatense. Así, para esta lectura, el “Bando” devino epifenómeno de un proceso más largo y acuciante: la formación de una estatalidad como modo de gobierno. La comodidad de lectura se desplazó también, dejando el campo literario y apoyándose en otros sentidos comunes extendidos en la gramática, esta vez universitaria, que se haya cómoda ante frases como: “El monopolio de la violencia legítima”, por nombrar un sintagma.

Una tercera lectura del bando aparece en una nueva subdisciplina histórica que se presenta en oposición a la historia del derecho y a la pura historia social: la historia social de la justicia. El marco intelectual de su fundación se produjo por la combinación del estudio de las instituciones jurídicas en la “experiencia” de los actores, involucrando—amén de la potencia estructurante del derecho—las resistencias y formas prácticas de conducta en una economía moral de las costumbres de la campaña. La clave de lectura documental no proviene ya de la literatura ni de la sociología weberiana—aunque la sociología de las prácticas a la Bourdieu o a la Giddens, sirva para encontrar la “agencia de los actores”—sino más bien del mismo campo histórico: esta vez del marxismo cultural británico—como género—y de la figura de E.P. Thompson como representante. Es el grado máximo de profesionalización historiográfica donde el sistema de citas constituye un universo de referencia autopoiético. En “Los vagos de la campaña bonaerense. La construcción histórica de una figura delictiva (1730-1830)”, el Bando de Oliden, aparece interpretado por un juez, quien aporta un sentido más explícito a la fórmula definitoria de sirviente—“todo individuo de la campaña que no tenga propiedad legítima de que subsistir”—diciendo que esto se

aplicaba “tenga o no tenga rancho” (Alonso *et al.*, 2001: 197). La clasificación primaria de la norma se integraba evitando la declaración de aquellos “campesinos” que poseían “rancho” al interior de las propiedades y que, no por ello, dejaban de ser clase servil. Allí, la relación estructural se da entre vagancia y pobreza, que no aparecía en la norma pero que se suponía en el universo simbólico forjado al calor de una cultura católica de representación corporativa por *status* diferenciados. Esta lógica que se hallaba ya en la jurisprudencia (doctrina de autores) y que servía de modelo de orden, habilita la crítica ante el reclamo de libre circulación de los hombres—como derechos inalienables—que movía la indignación de Rodríguez Molas. Pero más allá de salvar lo que hoy se percibe fácilmente como un anacronismo, la cuestión central aquí, era la medida de los dichos de un juez contemporáneo que reproducía una teoría del orden que servía de base a la interpretación casuística. La efectividad del texto, está dada en el marco historiográfico por su contextualización y, en el plano teórico, por su perspectiva constructivista que descubre la lógica de la rotulación más allá del texto normativo del Bando. El lector educado en teorías criminológicas, encontrará en esta trama una comodidad impuesta por otro sentido común, el cual ya no mira a la norma como una simple reacción a lo dado (una suerte de naturalismo que habita las literaturas de la primera mitad del siglo XX); sino que trata encontrar el proceso histórico-social de selección social construido por prácticas sociales de justicia/policía que *reproduce* una tropología de la marginalidad.

Si bien la recurrencia de la cita de la fuente aquí presentada, pareciera atentar contra la novedad que justificaría su publicación; sirve, en cambio, para exhibir un problema general de hermenéutica histórica que advierte sobre los usos del pasado tan habituales de la doctrina penal-policial. Pero las lecturas y citas también tienen su historia. Así, la “selección” de esta fuente, por parte de los historiadores que recurrentemente volvieron a ella, debió su incorporación primigenia a una razón literaria que buscaba un gaucho

perdido en el tiempo de los sin voz. Pero, también, más tarde, sirvió como un documento clave en la historia de la construcción de un objeto llamado “Estado”, deviniendo un eslabón que coagularía en los pliegues del “Monopolio de la violencia física/simbólica”. Sirviendo, así, a historizar un objeto—el Estado—que, por su ubicua referencia conceptual en los discursos sociales desde el siglo XIX a la fecha, ha ocluido su propia historia. En la actualidad, finalmente, el documento se prestó a una lectura contextual, que busca desentrañar la estructura del orden en la campaña, formada ya no por gauchos sino por vecinos, sirvientes y vagabundos. Esos movimientos hermenéuticos parecieran refrendar las palabras de Hayden White, quien decía que “el ‘pasado histórico’ es una *construcción* y solo una versión altamente selectiva del pasado comprendido como la totalidad de todos los eventos y entidades que una vez existieron y que ya no existen más, y la mayoría de los cuales no han dejado evidencia de su existencia” (White, 2017: 25). La pregunta radical deviene saber qué otros documentos aguardan en el archivo para descubrir un rastro olvidado entre ácaros y anaqueles. La invitación es a la práctica histórica y, sobre todo, a reconocer cómo somos moldeados en nuestros intereses por el espacio habitado en la tarea intelectual.

Un “*entretejido jurídico policial de tintes verdaderamente kafkianos*”

La frase de Garavaglia que intitula este párrafo muestra la necesidad de ir más allá de la fuente para integrarla en una cultura jurídica que, por diversa, se vuelve incomprensibles a las lentes del presente. Desde una materia lateral, tanto para historiadores como juristas, como lo es la historia procesal muchas de las extravagancias del “Bando” hacen lógica. Ello así puesto que, en un tiempo en el cual la división de poderes y el prisma legalista no era cosa pensable para la tradición jurídica hispánico-indiana, la función de policía tampoco era independiente de la materia judicial, que organizaba la estructura

del derecho pre-moderno. Efectivamente, la semántica del lema policía era aún un concepto-motivo de orden que implicaba vivir en “quietud y buenas costumbres”, y no una institución de seguridad, como la reconocemos en el presente. Dicha “quietud” como concepto holístico se lograba no tanto por la disciplina sino por la justicia. De manera que el fin último de mantener a los pueblos en paz y justicia, hacía que la monarquía hispánica desplegara un aparato de justicia más que uno policial—aunque algunas lecturas retrospectivas encuentren policías donde no había más que auxiliares y vecinos. Cabe observar esta cuestión un poco más en detalle.

La pregunta para comprender el kafkiano “Bando de Oliden” requiere devolverlo a la lógica interna de sanción, y allí dos preguntas son centrales: saber quién y cómo se mandaba. Comencemos por el quién. Como bien ha advertido Víctor Tau Anzoátegui la posibilidad de dictar Bandos se correspondía a una potestad previa y superior: la de hacer justicia (Tau Anzoátegui, 2004). Resonaban aún las palabras de Baldo en sus comentarios al Digesto 1.1.9: “...*statuta condere est iurisdictionis: quia quie statuit, ius dicit...*”. De manera que la cuestión jurisdiccional implicaba no sólo dar la ley—un acto interpretativo del orden divino—sino también y, principalmente, la potestad mayor de juzgar. Así, quién juzgaba tenía el poder y condicionaba la política local. El “Bando”, por lo tanto, no era sólo una expresión de poder “legislativo” sino que la dimensión política total del orden—estatuir y juzgar—se encarrilaba a través de este documento.

En este mundo de jueces, la atribución de esta “capacidad”—de dar leyes y juzgar—debía ser otorgada por el Monarca—sobre todo a partir del siglo XVII—y se fundaba en una ficción literaria histórica, que establecía que éste había recibido dicha potestad de los pueblos mediante una mítica “*translatio imperii*”, donde el pueblo romano había transmitido al *Princeps* el poder jurisdiccional (Agüero, 2006). Sin embargo, en el Río de la Plata, en unos de los márgenes de la monarquía hispánica, la “jurisdicción ordinaria”, es decir, la capacidad de juzgar y dictar bandos había recaído tradicionalmente en manos de

los vecinos que componían el Cabildo—sin intervención regia. En ese modelo de poder, a lo largo de los siglos XVIII–XIX, la comunidad política local—con sus modos de juzgamiento y alianzas vecinales—se había enfrentado a unos oficiales que venían de la península a ordenar el espacio y a unos magistrados de la Real Audiencia—también españoles—que controlaban, a su vez, a unos y a otros. Con la guerra y revolución, es decir, sin monarca, la cuestión seguía tensionando esa razón de autogobierno local con respecto a las imposiciones de un “extraño” al vecindario. En este caso, un Gobernador-intendente instituido al efecto.

De manera que las complejas formalidades del Bando pueden comprenderse en razón de la escasa legitimidad, de la cual dependía la eficacia, de un bando dictado por un Gobernador Intendente, ajeno al “vecindario”. Pero la cosa se complicaba, puesto que, a su vez, Oliden mediaba entre las demandas del ejército y la mano de obra de los vecinos, de allí que el procedimiento complejo pueda ser leído como el resultado de una transacción constante entre las partes interesadas en “pacificar” la campaña y *usar* de unos cuerpos para la hacienda o para la defensa. Era claro que la justicia, lejos de ser una cuestión hegemónica de un poder central, en los hechos era resultado de una negociación entre un “nuevo soberano”—abstractamente definido—y los poderes locales que se implicaban en el proceso.

El modo de garantizar y de componer el orden no era materia menor. Y si la fuente se lee en la tradición perviviente de un gobierno por la vía de la justicia, la *forma procesal* no era baladí. La importancia del proceso—y lo intrincado del mismo—cumplía una función de garantía para los súbditos agraviados, lo cual era requisito de justicia. Lo puntilloso del “Bando” se comprende a partir de una tensión estructural que acompañará la historia de la formación policial, la cual proveniente de una racionalidad de orden doméstico-práctico se contraponía a la justicia (por su praxis—la policial-o económica—carente de procedimientos reglados). De allí que, para evitar la constante impugnación del accionar de los auxiliares, se explicitaran

múltiples elementos que se establecían como materia probatoria con participación comunal—una forma de legitimación del accionar: condiciones de status de sirviente con sentencia de juez territorial y con una forma de apelación entre vecinos y alcaldes; visamientos de papeletas—para evitar la obvia falsificación—advertencias de penas para los vecinos que obrasen con malicia en la aprehensión de vagos; etc. El proceso deviene un acto de traducción jurídica de una disputa social, siempre.

La historia de la materia policial, en este sentido, puede explicarse en una larga serie de tensiones con la justicia, de la cual buscaba liberarse y cuyos dispositivos de reconocimiento querían romper—desde el interior procesal—con la tradición jurisdiccional de jueces, procesos y partes quejas. Lo procesal, por lo tanto, no era una mera forma; más bien es la arena de disputa al interior de la razón jurisdiccional para saber quién mandaba. Así, cada minúsculo dispositivo de prueba establece un registro de tensión entre el gobierno y la justicia, entre poderes inestables que buscaban gobernar la revolución y vecinos que, interesados en la mano de obra, desconfiaban de las demandas de armas para la defensa. La microfísica procesal, y el intrincado procedimiento, era para el Gobernador-Intendente un intento de evadir controles jurisdiccionales—en asociación con los vecinos—para liberar un poder de gobierno que se hallaba contenido por el primado de la justicia. El “Bando” puede leerse dentro de esta tensión histórica-procesal, donde ante la búsqueda de una eficaz “justicia expeditiva”, la forma procesal, piedra de garantía de un gobierno de justicias, además de refrendar y limitar un modo de hacer, se volvía síntesis de un cruce de poderes—vecinos, jueces y autoridades—en tiempos de legitimidades revueltas.

Desde el plano institucional, el “Bando” era un espacio de disputa que pretendía innovar desde la tradición, mostrando imágenes procesales para liberar potencias más gubernativas que jurisdiccionales. Ello así, dado que este motivo guía —la justicia—

fue siempre el valladar del cual buscó desprenderse lo gubernativo, y que decantará—en una larga duración que alcanza todo el siglo XIX—en lo que hoy conocemos como “policía”. De allí la falencia de sus formalidades, sus quejas por encontrar un modo de hacer desprocesalizado, sin instancia de parte y con castigos directos. El gran problema es que lo policial siempre se movería por debajo de las razones que pasarán de la justicia a la constitución, mostrando su radical incongruencia frente a uno y otro sistema.

Tal vez, la adjetivación kafkiana del texto se deba a la habitualidad con que se mira desde el presente la vinculación entre justicia-policía, que se expresan en demandas de justicia-garantías frente a las demandas vecinales de “orden” que motivan las prácticas descontroladas de una policía, que lejos de morigerarse, se extiende cada vez más en un despliegue vulgar de violencia.

Vecinos justicieros y el “monopolio de la violencia”: problemas de la actualidad

El bando confirma una separación en la sociedad, donde aquellos seleccionados jurídica-procesalmente como clase de “vagos” debían someterse a la disciplina del ejercito o de la casa. Este procedimiento que iba desde lo judicial—que comenzaba con una cartografía social efectuada por magistraturas y vecinos—hacia lo policial—por el modo de aprehensión de aquellos que no portaban la papeleta—denotaba dos cuestiones fundamentales. La primera era el concepto de “vecino” que importaba mucho más que mero habitante afincado, implicándolo como una autoridad social en la campaña y que, finalmente, continuaba construyendo una sociedad con los sentidos del antiguo régimen (Cansanello, 1994). El segundo es el carácter negocial de toda la práctica jurídica que exhibe la dimensión del proceso de rotulación y de aprehensión. Esta última razón es central para comprender que, por más que se predique un “monopolio legítimo de la violencia física”, si algo demuestra esta fuente es el rol de los vecindarios en el establecimiento del orden. Una justicia

negociada antes que una razón estatal hegemónica, para decirlo en los términos de Mario Sbriccoli, cuyo punto medular se exhibe en los artículos 9º y 10º del Bando. Allí, se habilitaba a cualquier “vecino de la campaña para que pueda tomar conocimiento de los individuos que transitan por su territorio y en el caso de faltarle los requisitos mencionados en los artículos anteriores remitirlo al Juez territorial...”; y no por nada, a renglón seguido se decía: “para que ningún individuo particular pueda abusar de esta facultad, y seguirle perjuicio al que transite, sufrirá la pena arbitraria que se deja reservada este Gobierno, justificada su malicia”.

Esta razón procesal demuestra que el modo de construcción de una proto-estatalidad tendría elementos disciplinarios—ejército—pero que, en última instancia, dependía de una negociabilidad constante entre los vecinos y autoridades. Una dimensión que está, al tiempo que el ejército y la policía, en las bases de una forma de estatalidad que no por diferente debe ser llamada anómica. Es que si se suspenden las categorías del monopolio de la violencia como definitoria de la estatalidad se hallará un tejido que—por contemporáneo—no asombra ya, sino que explica. Ante los riesgos de caer en una historia efectual que abuse de la fuente que el lector tiene en sus manos, puede preguntarse ¿cuántas de estas negociaciones efectúa la policía en la actualidad para el control del espacio? ¿Con quiénes negocia? ¿quiénes son los “vecinos” que llevan el orden social ante el desborde institucional? ¿Cuáles son las nuevas formas transaccionales, procedimientos y representaciones del poder entre vecinos y policías? Sin apresurarse a dar una respuesta, el lector tiene aquí un material para inquirir sobre la participación política—“desde abajo”—en la acción estatal; una apuesta a comprender que tras conceptos como “aparato”, “monopolio”, “administración” con que se tramita la inconceptualidad del “Estado”, aparecen también formas de sociabilidad que abren las puertas a la práctica policial. En tiempos de policías y vecinos o de vecinos policiales, la historia sigue convocando.

Referencias

- Agüero, A.: “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en Lorente Sariñena, M.: *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia España de 1870*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- Alonso, F., Barral, M., Fradkin, R., Perri, G.: “Los vagos de la campaña bonaerense. La construcción histórica de una figura delictiva (1730-1830)”, *Prohistoria*, 5, 2001, 171-202.
- Cansanello, C.: “Domiciliados y transeúntes en el proceso de formación estatal bonaerense (1820-1832)”, *Entrepasados*, IV (5), 1994, 7-22.
- Garavaglia, J. C.: “Paz, orden y trabajo en la campaña: la justicia rural y los juzgados de paz en Buenos Aires, 1830-1852”, *Desarrollo Económico*, 37 (146), 1997, 241-262.
- Garavaglia, J.C.: “¿Existieron los gauchos?”, *Anuario IEHS*, 2, 1987, 42-52.
- Garavaglia, J.C.: “Ejército y milicias: los campesinos bonaerenses y el peso de las exigencias militares (1810-1860)”, *Anuario IEHS*, 18, 2003, 153-187.
- Ludmer, J.: *El género gauchesco. Un tratado sobre la patria*, Buenos Aires, Libros Perfil, 2000.
- Rodríguez Molas, R.: “Realidad social del gaucho rioplatense, 1653-1852”, *Universidad*, 55, 1963, 99-152.
- Tau Anzoátegui, V.: *Los bandos de buen Gobierno del Río de La Plata, Tucumán y Cuyo. (Época hispánica)*, Buenos Aires: INHIDE, 2004.
- White, H.: *El Pasado Práctico*, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2017.



BOLSA DE INVESTIGACIONES

EL JUICIO ABREVIADO / MAXIMO SOZZO

EQUIPO Y PROYECTO

En esta sección presentamos un artículo de Máximo Sozzo, director del proyecto de investigación en curso “**Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia y modo dominante de imposición de condenas**”. El proyecto es llevado a cabo por el Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal del Programa Delito y Sociedad de la Universidad Nacional del Litoral. El equipo que participó en las diversas etapas del trabajo de campo está integrado por Sabrina Rivas, Guillermina Barukel, Angelina Rabufetti, Yamila Toller, Juan Saba, Julieta Rodeles, Antonella Zambon, Federico Blanche y Fabricio Mándola.

JUSTICIA ABREVIADA. REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL, PROME- SA DE EFICIENCIA Y EFICACIA Y MODO DOMINANTE DE IMPOSI- CIÓN DE CONDENAS

ABRIDGED JUSTICE. CRIMINAL JUSTICE REFORM, THE PROMISE OF
EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS AND THE DOMINANT MODE OF
SENTENCING

MÁXIMO SOZZO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

Reforma, ideales y programas de la justicia penal¹

Durante los últimos treinta años se han producido en América Latina una serie de reformas de la justicia penal que han tratado de cambiar drásticamente la dinámica de su funcionamiento. Comúnmente han sido definidas, tanto por sus impulsores como por sus observadores, como el pasaje de un “modelo inquisitivo” a un “modelo acusatorio”². Ahora bien, de un modo complejo, este tipo de proceso ha tenido diversas encarnaciones particulares en las distintas jurisdicciones.

En general, considero que persistentemente estas mutaciones se han alentado reivindicando tres objetivos en torno a la justicia penal: a) generar una mayor capacidad de respetar y proteger las garantías y derechos de los imputados, pero también de las víctimas, esto último presentado como una novedad frente a su completa falta de consideración en el pasado; b) incrementar la celeridad de su funcionamiento, produciendo mayor eficacia y eficiencia, en términos de mayor cantidad de casos resueltos en menor tiempo y con menor gasto; c) aumentar la transparencia de estas instituciones estatales, en relación con la oralidad y apertura de sus procedimientos y la posibilidad, por tanto, de que los ciudadanos presencien directamente los mismos y los resultados a los que arriban.

En torno a cada uno de estos objetivos se estructuró un “programa” (Garland, 2018), entendido como una amalgama discursiva compleja que definió no sólo porqué y para qué la reforma de la justicia penal, sino también el qué y el cómo de la misma. Cada uno de estos programas contenía una promesa de lograr un ideal para

¹ Ver sobre este punto, también Sozzo (2020a, 2020b).

² Entre los múltiples ejemplos recientes de esta forma de presentar los procesos de reforma de la justicia penal en América Latina, desde una mirada partisana, a partir de una organización internacional—el Centro de Estudios de Justicia de las Américas—que ha cumplido un rol importante en su promoción y monitoreo (Langer, 2007, 2017; Hathazy, 2020), ver Fuchs, Fandiño y González (2018). Para una exploración profunda de los sentidos de estas categorías—modelo inquisitorial y modelo acusatorio—y sus roles y limitaciones en el debate académico acerca del funcionamiento de la justicia penal en términos comparativos, ver Langer (2014).

la nueva justicia penal, en relación con su objetivo específico: una justicia “garantista”, una justicia “eficaz y eficiente” y una justicia “transparente”. A su vez estos distintos objetivos e ideales, han sido traducidos en el marco de cada programa, en toda una serie de propuestas de medidas particulares para su realización—el qué y el cómo—en la justicia penal reformada³.

En los procesos de cambio de la justicia penal realmente existentes que se han sucedido a lo largo de este período en las distintas jurisdicciones estos tres programas—con sus objetivos, ideales y medidas—han coexistido, en el marco de unas combinaciones cuyos balances han tenido un alto nivel de variación. Estas variaciones han tenido que ver con las diversas orientaciones de los distintos actores que han venido luchando en los campos académico, político y judicial en favor de estos procesos de cambio. Cada uno de los actores, con toda su diversidad—desde un profesor de derecho procesal penal a una organización internacional—han propuesto su propio balance de estos programas. Pero esto no ha impedido que ciertas combinaciones recurrentes se vuelvan dominantes en tiempos y espacios específicos.

Si tomamos como ejemplo el caso de Argentina—un escenario que puede ser considerado clave en el nacimiento de estos procesos de cambio en la región (Langer, 2007, 2017; Hathazy, 2020)—es

³ A su vez estos programas de reforma articulan modos de pensar que entrelazan complejamente elementos de racionalidades gubernamentales más amplias, como el “liberalismo” o el “neoliberalismo”. Sobre una aproximación que considero crucial a estas categorías teóricas generales, herederas del trabajo de Michel Foucault y de los “estudios sobre la gubernamentalidad, ver O’Malley (2006, 2015)—sobre mi propia incursión al respecto, en relación a objetos de indagación muy diferentes, ver Sozzo (2005: 161-166, 2015: 46-55). Sin embargo, es preciso eludir la tentación de un análisis simplista al respecto. Por ejemplo, no toda la preocupación actual por la “eficacia” y la “eficiencia” de la justicia penal puede atribuirse a una traducción exclusiva de un ethos “neoliberal”, pues se trata de un elemento presente en la idea de “modernización” de la administración pública, al menos desde el siglo XIX en adelante, por lo que también están presentes allí ciertas continuidades. Los tonos “neoliberales” de esta preocupación actual—que implica crucialmente su preordenación frente a otros objetivos e ideales—deben ser, por tanto, aislados y comprendidos sobre ese telón de fondo. En forma exploratoria se podrían apuntar: tomar a la empresa privada como modelo organizativo de la justicia penal, traducir la idea de efectividad en la búsqueda de la producción de “productos” (*outputs*) internos al funcionamiento de la justicia penal en lugar de “resultados” (*outcomes*) externos al funcionamiento de la misma o el imperativo de medir meticulosamente sus operaciones a través de indicadores estadísticos y la promoción de la auditoría y la evaluación.

posible afirmar con razonable certeza que en los años 1980s y comienzos de los años 1990s en Argentina los discursos reformistas con respecto a la justicia penal desplegaron con particular intensidad el programa de la “justicia garantista”, en un contexto signado por el legado del autoritarismo y la transición a la democracia. Esto no impidió, en ese tiempo y espacio específicos, la presencia de los otros programas de cambio en los discursos de los actores reformistas, aunque en cierta medida subordinados a aquél (Langer, 2007, 2017; Binder, 2008, 2016; Sozzo, 2013; Gutierrez, 2014*b*, 2016; Mira, 2020*a*, 2020*b*; Hathazy, 2020). En este contexto nacional, este balance parece haberse modificado a lo largo del tiempo, creciendo significativamente la fuerza del programa de la “justicia eficaz y eficiente”, con fuertes tonos manageriales y gerenciales⁴. Existen importantes evidencias de esto en las exploraciones sobre la reforma de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires (Ganon, 2007; Ciocchini, 2012, 2013, 2017, 2018; Kostenwein, 2012, 2016, 2017, 2020*a*; Gutierrez, 2016, 2017; Museri, 2019; Bombini, Bessone y Rajuan, *en prensa*). Pero también se han observado recientemente síntomas en la misma dirección en los casos de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Santa Fe (Sicardi, 2019; Sozzo *et al.*, 2015*a*, 2015*b*, 2016; Sozzo, Somaglia y Truchet, 2019). Sin embargo, en qué medida esto es cierto en otras jurisdicciones argentinas es algo que permanece inexplorado desde el punto de vista de las ciencias sociales.

La existencia de combinaciones específicas de estos programas de reforma que se vuelven dominantes en un tiempo y un espacio no anulan la existencia de luchas constantes acerca de la dirección y contenido del cambio. Actores que se consideran y son considerados reformistas pueden tener visiones antagónicas en torno a ciertas decisiones y medidas claves y pujar por orientarlas en sentidos distintos. Además, los actores reformistas enfrentan resistencias de

⁴ Para exploraciones detalladas de las ideas de managerialismo y gerencialismo relacionadas con las reformas de la justicia penal, ver Brandariz García (2016) y González Guarda (2018)

actores de los campos político, académico y judicial que se oponen a los procesos de reforma con distintas intensidades y modalidades. Esto da lugar a una serie de transacciones y compromisos en torno a lo que resulta posible. Algunas veces ha implicado la adopción de decisiones y medidas que son etiquetadas como “contra-reformistas” por algunos observadores y jugadores. Esto también constituye una fuente de variación a través del tiempo y del espacio.

En este sentido, la descripción general y simple de un pasaje de un “modelo inquisitorial” a un “modelo acusatorio” de justicia penal puede resultar equívoca, enfatizando una uniformidad que nos hace perder de vista el importante grado de diversidad persistente en la justicia penal en América Latina. Incluso este importante grado de variación puede existir en el interior de un mismo contexto nacional. Este es claramente el caso de Argentina, en donde las competencias en materia procesal penal se encuentran divididas entre la esfera federal y las esferas provinciales y esto ha dado lugar a diversos procesos de reforma que tienen características y temporalidades específicas en 25 jurisdicciones.

El procedimiento abreviado y la promesa de una justicia penal “eficaz y eficiente”

Los procesos de reforma de la justicia penal en América Latina se han vehiculizado a través de nuevos textos legales que regulan el procedimiento penal, así como también—en muchos casos—a través de la creación de nuevas organizaciones de la justicia penal, como las instituciones estatales autónomas dedicadas a la defensa y a la acusación.

En la Provincia de Santa Fe, el escenario en que se desarrolla nuestro estudio, esta tendencia se materializó tardíamente. En 2007 se sancionó un nuevo Código Procesal Penal (Ley 12734). A partir del mismo se sancionaron toda una serie de textos legales complementarios. Se inició también el proceso de designación de nuevos funcionarios judiciales y la configuración de las diversas

estructuras institucionales—el Ministerio Público de la Acusación y el Servicio Público de la Defensa. En febrero de 2014, la justicia penal reformada se puso en marcha. La reforma tardía en la Provincia de Santa Fe—justamente por el hecho de ser tardía—produjo una introducción muy fuerte de elementos del “modelo acusatorio” en comparación con los procesos de reforma desarrollados precedentemente en las otras jurisdicciones argentinas. Alejándose de la imagen del “modelo mixto”—asociada a la reforma desencadenada por la sanción en 1992 del Código Procesal Penal de la Nación—se presentó como una reforma que buscaba desenvolver un “modelo acusatorio” en su forma “pura”.

En la Exposición de Motivos del nuevo Código Procesal Penal—como en otros textos producidos por los actores que impulsaron este proceso de cambio—se ve constantemente presente el entrelazamiento de los tres programas de reforma arriba señalados—una “justicia garantista”, una “justicia transparente” y una “justicia eficaz y eficiente”. De este modo se señala: “El proyecto se orienta al más pleno e integral respeto de los principios que emanan de la Constitución y de los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía. Se verá sin embargo que se ha estado también particularmente atento a la realización de un diseño procesal que en procura del logro de la confianza social resulte lo más **transparente** posible, y, **sin vulnerar garantía alguna**, sea **eficaz**. Ello explica la inclusión de una serie de alternativas, procedimientos y trámites, que no era habitual encontrarlos antaño en los digestos procesales” (el resaltado me pertenece).

En torno a esta “conformación de un sistema penal rápido y eficaz”⁵—aunque siempre se aclara, “sin desmedro de las garantías”—en esta misma Exposición de Motivos se hace referencia explícitamente como instrumento crucial al “procedimiento abreviado”—junto a “la mediación y la conciliación entre las partes”.

⁵ De hecho, la “simplificación” y la “celeridad” se transforman en principios del nuevo proceso penal, de acuerdo al Artículo 3 CPPSF, junto con “los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración e inmediatéz”.

La asociación fuerte del objetivo específico de la eficacia y la eficiencia, con la incorporación del procedimiento abreviado como mecanismo de imposición de condena que evita el juicio oral y público es fundamental en los discursos que se encuentran en la base de este proceso de reforma en particular—como había sucedido antes en el nivel federal/nacional (Anitua, 2001)—(ver en términos más generales Anitua, 2017: 147-170).

El procedimiento abreviado se encuentra regulado en los artículos 339 a 345 del CPPSF⁶. Se prevé que en cualquier momento de la Investigación Penal Preparatoria, el Fiscal y el Defensor del imputado, en forma conjunta, podrán solicitar al Tribunal de la Investigación Preparatoria, la apertura del procedimiento abreviado, haciéndolo mediante la presentación de un escrito—que en la práctica, aunque la normativa no lo manda, se acompaña con el legajo fiscal—que se presenta en la Oficina de Gestión Judicial—oficina administrativa que es creada en el proceso de reforma para hacerse cargo de las tareas administrativas propias de la judicatura. Este escrito para ser válido debe contener: 1) los datos personales del Fiscal, del defensor y del imputado; 2) el hecho por el que se acusa y su calificación legal; 3) la pena solicitada por el Fiscal, que debe ser motivada, determinada de acuerdo a los artículos 40 y 41 del Código Penal y acorde a los hechos que se investigan; 4) la conformidad del imputado y su defensa respecto de los requisitos precedentes y del procedimiento escogido, así como la admisión de la culpabilidad del hecho; 5) en su caso, la firma del querellante o en su defecto, la constancia de que el Fiscal de Distrito lo ha notificado del acuerdo y no ha manifestado en término su disconformidad. En caso de disconformidad será necesaria la firma del Fiscal Regional respectivo; 6) cuando el acuerdo versará sobre la aplicación de una pena que excediera los seis años de prisión o se hubiese modificado la calificación legal en favor del imputado respecto de la utilizada en

⁶ Estos artículos del CPPSF fueron objeto de una reforma legal, a través de la Ley 13746 de diciembre de 2017.

la audiencia imputativa, se requerirá además la firma del Fiscal Regional respectivo y si la pena fuera de más de ocho años prisión, se requerirá también la firma del Fiscal General.

Si estuviera constituida la víctima como querellante, se establece que una vez producido el acuerdo y antes de la presentación del escrito, el Fiscal de Distrito debe notificarla y entregarle una copia certificada del contenido del mismo. Esta podrá en el término de tres días manifestar fundadamente ante el Fiscal de Distrito su disconformidad con el acuerdo. En tal caso se le da intervención al Fiscal Regional quien decide si suscribir o no el acuerdo. El procedimiento abreviado puede activarse en cualquier momento del proceso penal antes de iniciarse los alegatos propios de la discusión final.

Una vez declarada admisible la presentación se convoca a las partes a una audiencia pública. Si el imputado reconoce el acuerdo, el Presidente lee los tres primeros puntos de la presentación conjunta, explica clara y sencillamente al imputado el procedimiento escogido y sus consecuencias requiriéndosele nuevamente su expresa conformidad. La presencia del Fiscal, el imputado y su defensa son condiciones de validez de la audiencia.

Seguidamente, el Tribunal dicta la sentencia de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes, sin perjuicio de definir la calificación legal que corresponda. No obstante, si a partir del hecho descrito en el acuerdo, estimara que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia legalmente determinante de la exención de pena o de su atenuación, dictará sentencia absolviendo o disminuyendo la pena en los términos en que proceda.

Es evidente la vinculación de este tipo de mecanismo de imposición de una condena que evita el juicio oral y público y el “plea bargaining” de la tradición del proceso penal estadounidense (Langer, 2006, 2018*a*, 2018*b*, 2021; Anitua, 2017: 147-170). Es posible afirmar genéricamente con respecto a este procedimiento

abreviado santafesino su carácter de instrumento típico de un “modelo acusatorio” de justicia penal, entendido menos en un sentido normativo que como un “tipo ideal” en términos weberianos con fines descriptivos⁷. Se trata de un modo de funcionamiento de la justicia penal que pondría en el centro de la escena la “disputa” o “contienda” entre dos partes—acusador y acusado—en un pie de igualdad formal frente a un tercero imparcial—juez—que se encuentra en una posición relativamente pasiva. Al ser las partes de la disputa o contienda sus propietarias, la posibilidad del acuerdo se vuelve una alternativa “lógica” o “natural” en su funcionamiento, a diferencia del “modelo inquisitivo” que pondría en el centro de la escena la “investigación oficial”, la averiguación de la verdad real de lo sucedido por uno o varios funcionarios estatales que se encuentran en una posición privilegiada con respecto a todos los otros actores del proceso penal.⁸

Ahora bien, como ha ocurrido antes en otras jurisdicciones europeas y latinoamericanas (seguimos aquí el importante esquema de análisis comparativo de Langer, 2018*a*, 2018*b*), la traducción del “plea bargaining” en el texto legal santafesino ha implicado una mezcla de adopciones y adaptaciones. Como suele suceder en Estados Unidos—y a diferencia de escenarios como el alemán, italiano y en Argentina, la jurisdicción nacional y federal y la Provincia de Buenos Aires—en este escenario este mecanismo de imposición de condena que implica el evitamiento del juicio oral y público puede aplicarse a todos los casos penales. Se introduce una tímida limitación, de carácter administrativo, en el marco del Ministerio Público de la Acusación, al requerir para ciertos

⁷ Sigo aquí el ejercicio de reconceptualización de estas categorías de uso frecuente por parte de Máximo Langer, quien sostiene que se trata no sólo de dos esquemas de actores y distribución de competencias y poderes en el proceso penal, sino también de estructuras de significado e interpretación y disposiciones individuales, elementos que se encuentran complejamente entrelazados entre sí (Langer, 2001: 114-12; 2014, 2018*a*: 34-50).

⁸ Paradojalmente, las críticas normativas, desde un punto de vista del “deber ser”, a este tipo de mecanismos—comenzando por el “plea bargaining” estadounidense—justamente, han señalado sus fuertes vínculos con un “modelo inquisitivo”, en relación con el papel central de la confesión, la ausencia de debate y contradicción y la desigualdad material entre acusador y acusado que implica (Langer, 2001: 101; 2018*a*: 77-82; Anitua, 2017: 157-159, 161-163).

acuerdos—casos que implican penas graves (más de 6 años de prisión y más de 8 años de prisión) o que no cuentan con la aprobación de la víctima como querellante—las opiniones y autorizaciones del Fiscal Regional y del Fiscal General⁹.

Al igual que en las jurisdicciones estadounidenses—y a diferencia de este tipo de mecanismos en jurisdicciones como la italiana, la alemana o la nacional/federal argentina en donde los textos legales brindan la posibilidad de que se activen solo en las etapas iniciales del proceso penal—en la Provincia de Santa Fe, el procedimiento abreviado puede dispararse luego de la audiencia imputativa y hasta el inicio de los alegatos propios de la discusión final, por lo que los casos pueden ser resueltos por esta vía aun cuando ya han llegado a juicio y, por tanto, ha transcurrido un cierto tiempo desde el inicio del mismo. También aquí se observa una mayor flexibilidad con respecto a otros escenarios de la tradición jurídica europea continental en que este tipo de mecanismos de evitamiento del juicio oral y público han sido receptados y adaptados recientemente.

Del mismo modo que en las jurisdicciones estadounidenses—y a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones como la italiana (Langer, 2018a: 99-100)—en el procedimiento abreviado santafesino—como en la jurisdicción nacional/federal argentina—el imputado debe declararse culpable del hecho. Esto ha sido explícitamente incorporado por la reforma del CPPSF de 2017. Anteriormente, la redacción original daba lugar a una interpretación de que la conformidad del imputado era solo en torno a someterse a un tipo de trámite procesal y no implicaba asumir la culpabilidad—en cierto sentido, aproximándose al contenido de las reglas legales italianas y en relación con una preocupación por el debido proceso y

⁹ La reforma de 2017 introdujo la necesidad de la conformidad del Fiscal Regional para los casos de acuerdo en que la pena a aplicar fuera superior a 6 años de prisión. Esto puede leerse como un tentativo de reforzamiento de los controles administrativos al interior del MPA con respecto al ejercicio de la discrecionalidad del Fiscal interviniente. Por otro lado, la reforma de 2017 estableció que ante la oposición de la víctima querellante quien debe resolver es el Fiscal Regional—en la redacción originaria del CPPSF se le daba esa competencia al Fiscal General.

la presunción de inocencia. Esta interpretación ha sido radicalmente obstaculizada por la reciente reforma legal.

A diferencia de lo que sucede generalmente en las jurisdicciones de Estados Unidos—y como en general en las jurisdicciones europeas y latinoamericanas en que se ha instalado este tipo de mecanismos—en la Provincia de Santa Fe el fiscal no puede negociar la calificación jurídica del hecho ocurrido, lo que constituye un fuerte límite que expresa un claro resabio del modelo de la investigación oficial y su búsqueda por determinar la verdad real—y en general, una concepción de la verdad en un sentido fuerte que se aleja de la idea de verdad relativa y consensual del modelo de la disputa. En esta jurisdicción, la negociación y el acuerdo deben referirse formalmente sólo a la pena. Ahora bien, como existe la posibilidad de que este límite no se traduzca efectivamente en las prácticas de la justicia penal, a partir de la reforma legal producida al CPPSF en diciembre de 2017, se establece que si se produce un cambio en la calificación legal entre la audiencia imputativa y la solicitud del procedimiento abreviado que favorecería al imputado, se requiere la aprobación del acuerdo por parte del Fiscal Regional respectivo. Se trata de un requerimiento formal que busca evitar que se amplíe en la práctica la esfera de negociación a este terreno.

Otra importante diferencia con respecto a la tradición estadounidense—que también es posible observar en la recepción y adaptación de este tipo de mecanismo en jurisdicciones europeas y latinoamericanas—es que en la Provincia de Santa Fe la defensa y el imputado tiene un derecho amplio a acceder en los primeros pasos del proceso penal—luego de la audiencia imputativa—a las evidencias recolectadas por la policía y la fiscalía y reunidas en el legajo fiscal en el marco de la investigación penal preparatoria (Artículo 259 CPPSF). Esto le da—al menos en términos formales—mayores posibilidades en el marco de la negociación. Y contrasta con el acceso más limitado que defensores e imputados tienen en el proceso penal estadounidense a las evidencias producidas por la

policía y la fiscalía, sometido a los complejos procesos de “discovery” y “disclosure” (Langer, 2018a: 85).

En muchas jurisdicciones europeas y latinoamericanas el papel del juez en este tipo de mecanismos de imposición de condena evitando el juicio oral y público resulta más activo e importante que en las jurisdicciones estadounidenses. Esto es algo que sucede claramente en los casos alemán (Langer, 2018a: 85-86)—con mayor intensidad—e italiano (Langer, 2018a: 97-98)—con menor intensidad. En la Provincia de Santa Fe es posible detectar elementos en esta dirección en el texto legal, aunque más bien tenues¹⁰. El juez santafesino puede siempre absolver al acusado, a pesar del acuerdo y la declaración de culpabilidad que implica, si el hecho carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier otra circunstancia legalmente determinante de la exención de pena—y como puede lo más, también puede lo menos, es decir, disminuir la pena acordada por las partes¹¹.

Como vemos, este mecanismo de imposición de condena que implica el evitamiento del juicio oral y público en la Provincia de Santa Fe presenta semejanzas y diferencias relevantes con respecto al “plea bargaining” de la tradición del proceso penal estadounidense. En este sentido, no sería exacto sostener que aquel dispositivo ha sido meramente trasplantado desde aquella tradición a este contexto específico (Langer, 2018a, 2018b)¹². Sin embargo, es preciso notar que las semejanzas en este caso son más fuertes que las que han sido señaladas por Máximo Langer en su investigación comparativa con respecto a otras jurisdicciones europeas y latinoamericanas. Especialmente la primera similitud apuntada con respecto al texto

¹⁰ Aunque sensiblemente en menor medida que en la jurisdicción federal/nacional en Argentina en que el tribunal puede rechazar el acuerdo argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida (Artículo 431bis 3. CPPN)

¹¹ Se ha señalado, críticamente, la existencia de casos en que existen decisiones judiciales en este sentido, en torno al rechazo de acuerdos, que encarnarían un rol activo y amplio del juez, aunque no se precisa cuan difundidos se encuentran cuantitativamente (Bacchini y Schiappa Pietra, 2017: 391)

¹² En un sentido muy similar, refiriéndose al viaje de otros discursos, técnicas y prácticas sobre la cuestión criminal entre los contextos centrales y periféricos, recurriendo a la idea de “metamorfosis” como clave de lectura que resultaría también aplicable aquí, ver Sozzo (2006, 2011, 2017).

legal santafesino, la posibilidad amplia de utilización de este mecanismo para condenar cualquier tipo de delito, parece abrir el camino a un impacto sustantivo en el funcionamiento real de la justicia penal reformada. A su vez, esto resultaría particularmente así en el marco de las modificaciones estructurales que produjo el proceso de reforma que implicaron aproximar fuertemente la justicia penal santafesina a un “modelo acusatorio” “puro” tanto en lo que se refiere a los actores y la distribución de competencias y poderes como a los patrones de significado e interpretación y las disposiciones individuales—desde la oralización plena de las etapas procesales a la autonomización de los actores estatales de la acusación y la defensa, pasando por la extendida capacidad de disposición del fiscal de la investigación y la acusación. Sin embargo, más recientemente Langer, ha mostrado empíricamente, al comparar numerosos contextos a nivel global, que el hecho de que este tipo de mecanismo de imposición de condenas evitando el juicio oral y público—con su amplio nivel de variación en cuanto a sus encarnaciones particulares en los diversos escenarios—se encuentre disponible en los textos legales para todos los casos penales, no necesariamente se traduce en que la proporción de condenas efectivamente impuestas de este modo sea extraordinariamente alta, en relación con el volumen de condenas impuestas por juicio oral y público—lo que llama la “tasa de administratización de las condenas” —señalando diversos ejemplos al respecto, entre los que se cuentan algunos escenarios latinoamericanos como Panamá y Perú (Langer, 2021: 21-22). Volveremos sobre este punto con respecto a la jurisdicción de nuestro estudio en el último apartado de este artículo.

Una exploración empírica

La investigación social sobre los programas, prácticas y efectos de estos procesos de reforma de la justicia penal en América Latina aún se encuentra en su infancia. (Sozzo, 2020*a*, 2020*b*). En algunos

países de la región se ha verificado un cierto crecimiento del interés en esta dirección. Esto ha sucedido en una medida aún muy moderada en Argentina. Algunos investigadores sociales se han dedicado a la reconstrucción de la emergencia y desarrollo de algunos procesos de reforma de la justicia penal, explorando los actores y dinámicas involucrados entre los mundos académico, judicial, político y de las organizaciones de la sociedad civil. Otros investigadores sociales se han interesado más específicamente en ciertos aspectos del funcionamiento de la justicia penal una vez reformada: desde la prisión preventiva al tratamiento de los casos de flagrancia, pasando por las presiones políticas y mediáticas sobre los actores judiciales y la participación de los jurados. Ciertamente, el caso más estudiado desde las ciencias sociales ha sido el de la Provincia de Buenos Aires (Ganon, 2007; Ciocchini, 2012, 2013; 2017, 2018; Kostenwein, 2012, 2016, 2017, 2019, 2020*a*, 2020*b*; Costantino, 2015*a*, 2015*b*; Gutierrez, 2014*a*, 2014*b*; 2016, 2017; Bombini, 2017, 2020; Porterie y Romano, 2018; Museri, 2019; Bombini, Guzzo, Massari y Palacios, 2020; Bombini, Bessone y Rajuan, 2020; Rengifo, Sicardi y Piechestein, 2020). Ha habido también algunos pocos trabajos sobre la esfera federal/nacional, la provincia de Córdoba y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Mira, 2019, 2020*a*, 2020*b*; Sicardi, 2019, 2020; Bergoglio, 2016, 2017; Bergoglio, Gastaizoro y Viqueira, 2019; Gastiazoro, 2020). También recientemente, hemos desarrollado una serie de indagaciones sociológicas sobre diversos temas relacionados con el proceso de reforma en la Provincia de Santa Fe (Sozzo *et al.*, 2015*a*, 2015*b*, 2016; Sozzo, Somaglia y Truchet, 2019; Sozzo y Somaglia, 2020; Sozzo, 2020*b*). El grado incipiente de desarrollo de este tipo de estudios en el país se revela en la completa ausencia de investigaciones comparativas a través de las jurisdicciones, a pesar de lo evidente que resulta su necesidad en un contexto nacional atravesado por múltiples jurisdicciones.

En general, los mecanismos de imposición de condena evitando el juicio oral y público no han sido el blanco específico de estas exploraciones, salvo excepcionalmente. Se destaca en este sentido, con respecto a la Provincia de Buenos Aires, la tesis de maestría de Castorina (2014) y más recientemente, el abordaje de esta cuestión en el análisis de la dinámica de los casos de flagrancia, llevado adelante a partir del análisis de sentencias condenatorias por parte de Bombini, Bessone y Rajuan (2020)¹³. Por el otro, el trabajo de Sicardi (2019, 2020), fundado en entrevistas a actores de la justicia penal y datos oficiales, sobre el procedimiento abreviado en la justicia penal de la ciudad de Buenos Aires. También nosotros realizamos una primera aproximación al tema, a partir de entrevistas semiestructuradas a fiscales, defensores públicos y jueces penales del centro y norte de la Provincia de Santa Fe, en el inicio de la implementación de la reforma de la justicia penal y en el marco de la indagación de diversas temáticas al respecto (Sozzo *et al.*, 2015*a*: 45-47, 2015*b*: 59-62, 2016: 59-63).

Desde el 2018, tratando de superar el carácter exploratorio de aquella primera aproximación, hemos comenzado una investigación empírica que busca describir y comprender la extensión y dinámica del procedimiento abreviado al interior de la justicia penal reformada en la Provincia de Santa Fe. Lamentablemente, a pesar de toda la retórica de modernización y transparencia que ha acompañado la reforma de la justicia penal en este contexto, no se han generado datos oficiales básicos respecto del funcionamiento y peso del procedimiento abreviado. Este enorme déficit no sucede solo aquí, sino que pasa frecuentemente en las jurisdicciones argentinas (Anitua, 2017: 169). De este modo, ni siquiera es posible lograr que las instituciones de la nueva justicia penal informen públicamente cuantas de las personas condenadas en un período dado lo han sido en un juicio oral y público y cuantas lo han sido, en cambio, a través

¹³ También existe una referencia breve a datos empíricos sobre esta cuestión en esta jurisdicción en la tesis de Ciocchini (2013: 239-240)

de un procedimiento abreviado. Mucho menos, por supuesto, resulta viable que se brinden informaciones más detalladas sobre las características del hecho y del condenado—desde porque tipo de delito ha sido condenado a si la detención ha sido considerada en flagrancia o el condenado ha sido considerado reincidente.

Para paliar este enorme defecto, hemos llevado adelante durante dos años una serie articulada de trabajos de campo. Por un lado, se han recopilado y analizado todas las sentencias condenatorias producidas entre 2014 y 2019 archivadas en la Oficina de Gestión Judicial de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe¹⁴. El análisis ha permitido construir toda una serie de datos cuantitativos cruciales, tanto con respecto a la dinámica como a los resultados del procedimiento abreviado. Por otro lado, se han observado y analizado todas las audiencias de procedimiento abreviado que se han desarrollado en la Primera Circunscripción durante el 2018. En total se analizaron 440 audiencias. Esto ha permitido producir toda una serie de datos cuantitativos y cualitativos claves con respecto a este momento público crucial en el funcionamiento del procedimiento abreviado en la justicia penal reformada. Finalmente, se han realizado 47 entrevistas semiestructuradas con actores de la justicia penal de esta Primera Circunscripción Judicial. Se entrevistaron 21 de 28 fiscales, 15 de 16 defensores públicos y 11 de 15 jueces penales. Estas entrevistas semiestructuradas permiten reconstruir, a partir de las voces de los actores de la justicia penal, la dinámica y resultados de los procedimientos abreviados, así como habilitan una exploración de las interpretaciones y justificaciones que construyen en torno a este dispositivo de imposición de condena que evita el juicio oral y público.

Esta investigación empírica ilumina en forma muy acabada diversas dimensiones y aristas de la dinámica y resultados de este tipo

¹⁴ Se trata de una de las cinco áreas en las que se divide el territorio provincial, que comprende el 29% de su población y tiene sede en la ciudad de Santa Fe.

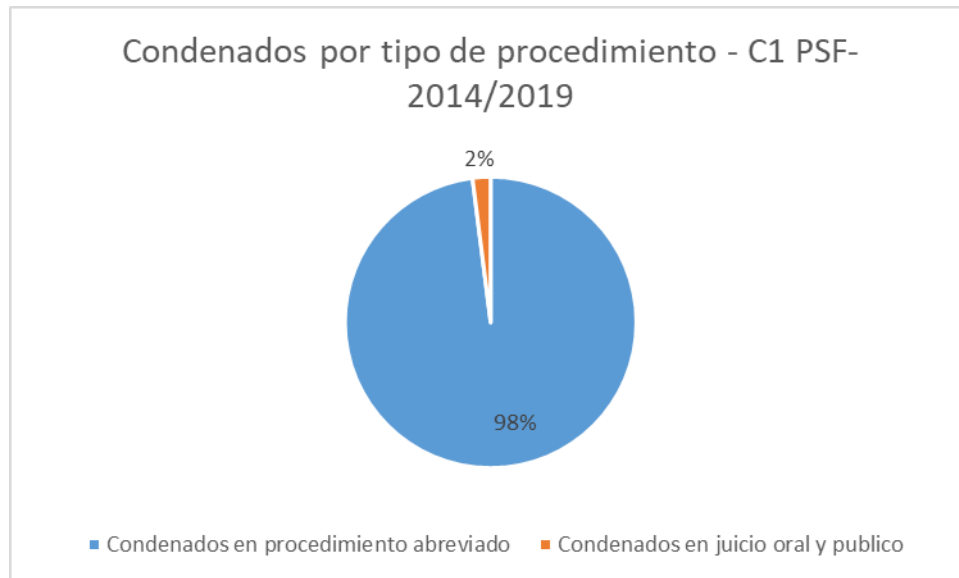
de mecanismo de imposición de condena evitando el juicio oral y público que van a ser objeto de distintos trabajos a ser publicados en el futuro. Ahora bien, para cerrar este texto que funciona a modo de presentación de la justificación y lógica de esta investigación, me quiero detener sobre solo uno de los resultados fuertes que arroja, simple y a la vez contundente.

¿(Norte)Americanización del modo de imposición de condenas?

Como vimos en el apartado 2 de este trabajo, en el caso de la Provincia de Santa Fe, el procedimiento abreviado en su formulación legal es el resultado de algo más complejo que un mero trasplante del “plea bargaining” de la tradición procesal penal estadounidense, en tanto articulación de operaciones de adopción y adaptación, verdadero proceso de metamorfosis de aquello que viaja entre el “allá” y el “acá”. Sin embargo, como ya señalábamos allí, algunas de las semejanzas fuertes, evidentes en el plano legal, parecían impulsar un uso extendido de este modo de imposición de condenas sin juicio oral y público, en el marco más amplio de la adopción de una versión pura de modelo acusatorio. A diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones—incluyendo algunas en que este mecanismo está habilitado legalmente para todos los tipos de delito (Langer, 2021: 21)—en nuestro contexto se revela un uso máximo de este modo de imposición de condena sin juicio.

El análisis de las sentencias condenatorias de la primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe a lo largo de este periodo de 6 años, entre 2014¹⁵ y 2019, permite reconstruir el porcentaje de personas condenadas por el tipo de procedimiento, diferenciando el abreviado y el juicio oral y público. Para la totalidad del período, el porcentaje de condenados sin juicio es abrumador, un 98%.

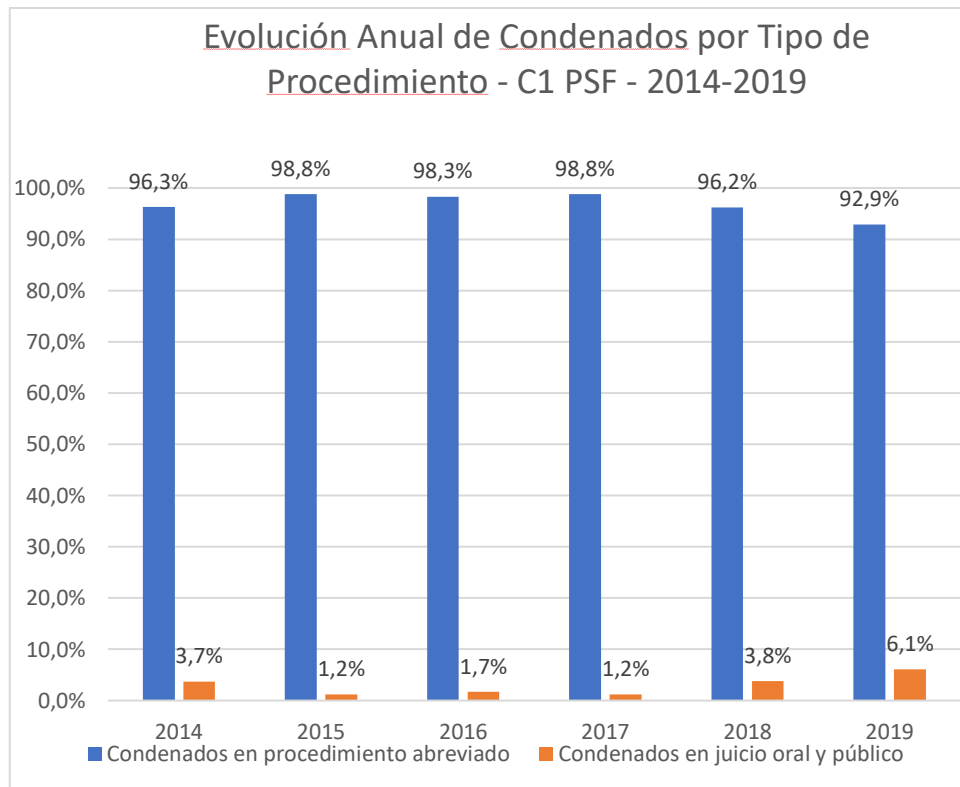
¹⁵ El proceso de implementación de la reforma de la justicia penal comenzó el 10 de febrero de 2014.

Gráfico 1

Este peso enorme de los condenados sin juicio, al analizar su evolución anual, parece disminuir levemente en el último año de la serie, pero siempre sobre una plataforma extremadamente alta. En la comparación realizada por Langer (2021: 21) de 26 jurisdicciones de distintos lugares del mundo, utilizando diversos años de la década de 2010, el porcentaje de 98% que se registra en tres años de la serie santafesina—2015, 2016, 2017—es el máximo existente a nivel global y sólo se da en dos jurisdicciones, Estados Unidos (2014) y Nueva Zelanda (2017/2018). Por otro lado, el porcentaje de 93% que resulta el más bajo de la serie santafesina, en el año 2019, sólo sería inferior—además de las dos jurisdicciones antes señaladas—al de Israel (2014: 95%) y Australia (2017/2018: 94%). El nivel anual más bajo superaría al de todas las jurisdicciones latinoamericanas incluidas en el ejercicio comparativo de Langer—como Chile, que reuniendo los distintos mecanismos de imposición de condena sin juicio que contempla legalmente llegaría en 2018 al 91% del total de las condenas. A su vez,

sería extraordinariamente superior al que se reporta en este estudio para la jurisdicción federal/nacional en Argentina para 2013: 65%¹⁶.

Gráfico 2



La justicia penal reformada en la Provincia de Santa Fe es, en lo que respecta a la imposición de condenas, una “justicia abreviada”. Claramente el juicio oral y público en este escenario resulta una rareza. Al menos en este punto, la semejanza en el plano de las prácticas de la justicia penal con el contexto estadounidense es muy marcada y permite sostener la idea de que se ha producido, de la mano de una reforma que busca desenvolver una versión pura del

¹⁶ En cambio, trabajando sobre unas muestras de casos por tipo de delito (hurtos y robos simples) en el departamento Mar del Plata de la Provincia de Buenos Aires, Bessone, Bombini y Rajuan (2020) han mostrado tanto para 2001 como para 2016 un porcentaje de condenas por este tipo de mecanismo semejante al del caso santafesino. Antes de ellos, Castorina (2014: 73), trabajando sobre el mismo departamento judicial, pero analizando todos los casos de 2012, había presentado un porcentaje un tanto inferior, del 82%. Y Ciocchini (2013: 240), obtuvo datos con respecto a tres departamentos judiciales de esa misma jurisdicción referidos a 2010, que revelaban un porcentaje de 72% de condenas sin juicio. En todo caso, hasta donde sabemos, no hay información oficial sobre la totalidad de esta jurisdicción en la actualidad ni siquiera sobre un departamento judicial particular.

modelo acusatorio, un proceso de “(norte)americanización de la justicia penal” en un sentido “fuerte” (Langer, 2018a: 80-81). Esto no impediría reconocer diferencias que sean significativas en otros aspectos de la dinámica de este modo dominante de imposición de condenas sin juicio en el escenario santafesino, con respecto a lo observado al respecto en la rica literatura sociológica y criminológica al respecto sobre el escenario estadounidense (Langer, 2021: 6-7), lo que será objeto de trabajos ulteriores a partir de esta investigación empírica, que podrán reforzar o no esta primera interpretación que nace de uno de sus resultados fuertes, simple pero a la vez contundente. En todo caso, esta semejanza muy marcada con la tradición estadounidense se da a su vez en lo que resulta probablemente el eje simbólicamente más relevante de la justicia penal moderna, el ejercicio del poder de condenar. Con esto no queremos decir que todo lo que ocurre en la justicia penal reformada es “justicia abreviada”—y hemos dado cuenta de ello, por ejemplo, en torno a las medidas cautelares (Sozzo, Somaglia y Truchet, 2019; Sozzo y Somaglia, 2020)—pero lo es ciertamente en torno a este su núcleo duro característico.

En los futuros trabajos nacidos de esta investigación se abordarán diversas cuestiones muy significativas sobre este modo dominante de imposición de condena sin juicio. Entre otros, los niveles y razones de la aceptación de este modo dominante por parte de los actores de la justicia penal; las dinámicas de construcción del acuerdo y la existencia o no de una verdadera negociación en función de las desigualdades entre los actores penales y, en su caso, los elementos sobre los que se desarrolla; la paradójica reintroducción de elementos típicos de un modelo inquisitorial en la dinámica del procedimiento abreviado (secreto, confesión, un actor—el fiscal—con una capacidad preponderante de imponer decisiones); la resolución de la “angustia de juzgar” por parte de los jueces penales en la práctica de “homologación” de acuerdos entre fiscalía y defensa/imputado(a); el peso de la prisión preventiva en el

desencadenamiento de un acuerdo de procedimiento abreviado y la imposición de una condena; los resultados de este modo dominante de imposición de condenas sin juicio y el argumento acerca de su "lenidad penal"; el impacto de este modo dominante de imposición de condena sin juicio en la evolución del encarcelamiento; etc. Cómo se observa rápidamente, se trata de una agenda rica y compleja. Sin embargo, para enfrentar estas preguntas con mayor ambición teórica, es indispensable salir del plano del estudio de caso y entablar una conversación, con estudios empíricos semejantes a los fines de edificar comparativamente unas bases más sólidas para la construcción cautelosa de potenciales generalizaciones (Sozzo, 2020b: 350-351). Este primer acercamiento bien puede valer, entonces, como una invitación a otros investigadores sociales interesados en el funcionamiento de la justicia penal contemporánea a recorrer caminos similares sobre otros escenarios, tanto a nivel nacional como regional.

Referencias

- Anitua, G. I.: “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en: J. Maier, J. y Bovino, A. (eds.): *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Anitua, G. I.: *La justicia penal en cuestión*, Madrid: IUSTEL, 2007.
- Bergoglio, M. I.: “Citizens views on punishment. The difference between talking and deciding”, *Oñati Socio-Legal Series*, 6 (2), 2016.
- Bergoglio, M. I.: “The Dissemination of Jury Trials: A Reading from Argentina”, *Law & Society Review*, 51 (3), 2017, 510-516.
- Bergoglio, M. I., Gastiazoro M. E. y Viqueira, S. (eds.): *En el estrado: La consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*, Córdoba: Advocatus, 2019.
- Bessone, N., Bombini, G. y Rajuan, C.: “El procedimiento de flagrancia, promesas reformistas y efectos reales: celeridad o severidad judicial”, en: Sozzo, M. (ed.): *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires: Didot, 2020, 175-204.
- Binder, A.: “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”, *URVIO*, 3, 2008, 48-66.
- Binder, A.: *La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo*, Bogotá: F. E. Stiftung, 2016.
- Bombinbi, G.: “El desafío judicial de “conocer” el impacto de sus prácticas. Problematisando las registraciones judiciales en torno al uso del encarcelamiento por la desfederalización de la Ley de estupefacientes en la Provincia de Buenos Aires”, en: Kostenwein, E. (dir.): *Sociología de la Justicia Penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 413-452.
- Bombinbi, G.: “Política de drogas, tensiones judiciales y castigo penal. Actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización en materia de drogas prohibidas. Estudio de caso en la ciudad de Mar del Plata”, en: Kostenwein, E. (dir.): *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, 531-560.

Bombini, G., Guzzo, D., Massari, L. y Palacios, L.: “Las visiones profesionales de los abogados defensores sobre el juicio por jurados, ¿democracia o punitividad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, X (2), 2020, 141-157.

Brandariz Garcia, J. A.: *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykynson, 2016.

Castorina, A.: *El juicio abreviado. Un análisis socio jurídico de su utilización en el Departamento Judicial Mar del Plata durante el año 2012*, Tesis de Maestría en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2014.

Ciocchini, P.: “Domando a la bestia. Las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7, 2012, 202-223.

Ciochini, P.: *Tiempo de Justicia. Un análisis de los cambios ocurridos en pos de erradicar la demora judicial en la Provincia de Buenos Aires*, Oñati: Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2013.

Ciochini, P.: “Cambiano todo para no cambiar nada. Las reformas al proceso penal bonaerense”, en: Kostenwein, E. (dir.): *Sociología de la Justicia Penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 307-366.

Ciocchini P.: “Reformers’ Unfulfilled Promises: Accountability Deficits in Argentinean Criminal Courts”, *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, 22-42.

Costantino, G.: “Reforma acusatoria y acceso a la justicia en la Provincia de Buenos Aires (Argentina)”, *Política Criminal*, 10 (20), 2015a, 528-542.

Costantino, G.: “Ministerio Público y acceso a la justicia. El caso de la Provincia de Buenos Aires”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2015b, 326-347.

Fuchs, M. C., Fandiño, M. y González, L. (eds.): *La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Santiago de Chile: CEJA y Konrad Adenauer, 2018.

Ganón, G.: “¿La macdonaldización del sistema de justicia? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en: Rivera, I., Silveira, H. C., Bodelón, E. y Recasens, A. (coords.):

Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje al Profesor Roberto Bergalli, Barcelona: Antrophos, 2007, 439-457.

Garland, D.: *Castigar y Asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

Gastiazoro, M. E.: “Conceptualizaciones sobre la violencia de género en sentencias con jurados en la Provincia de Córdoba, Argentina”, *Temas sociológicos*, 26, 2020, 197-226.

González Guarda, C.: *Gestión, gerencialismo y justicia penal*, Montevideo: BDF, 2018.

Gutiérrez, M.: “Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 1)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, IV (8), 2014a, 70-84.

Gutiérrez, M.: “Acusatorio y Punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, IV (9), 2014b, 75-99.

Gutiérrez, M.: “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, VI (5), 2016, 154-168.

Gutiérrez, M.: “Coyuntura y frentes de tormenta. La política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996-2014”, en: Kostenwein, E. (dir.): *Sociología de la Justicia Penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 261-303.

Hathazy, P.: “Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal en Argentina, Chile y más allá”, en: Sozzo, M. (ed.): *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires: Didot, 2020, 21-40.

Kostenwein, E.: “La velocidad y las formas jurídicas: prisión preventiva en tiempos de flagrancia”, *Revista Pensamiento Penal*, 2012, 1-48.

Kostenwein, E.: *La cuestión cautelar*, Buenos Aires: Ediar, 2016.

Kostenwein, E.: “Apresurando decisiones. La justicia penal ante las exigencias de celeridad”, en: Kostenwein, E. (ed.): *Sociología de la Justicia Penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 367-412.

Kostenwein, E.: “Respuesta judicial a la demanda de celeridad: la flagrancia en la Provincia de Buenos Aires”, *Temas Sociológicos*, 26, 2020a, 163-195.

Kostenwein, E.: “El imperativo de la celeridad para la justicia penal”, en: Kostenwein, E. (dir.): *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020b, 359-389.

Langer, M.: (2001) “La dicotomía inquisitivo-acusatorio y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en: Maier, J. y Bovino, A. (eds.): *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, 97-133.

Langer, M.: *Revolución en el proceso penal de América Latina*, Santiago de Chile: CEJA, 2007.

Langer, M.: “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, *Revista de Derecho Público*, 32, 2014, 1-34.

Langer, M.: “Reconstruyendo los cambios en los procesos penales en América Latina: implantaciones y disputas”, en: Kostenwein, E. (ed.): *Sociología de la Justicia Penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 127-211.

Langer, M.: “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del ‘plea bargaining’ y la tesis de la americanización del proceso penal”, *Discusiones*, 1, 2018a, 25-134.

Langer, M.: “Quince años después: traducciones legales, globalización del ‘plea bargaining’ y americanización del proceso penal”, *Discusiones*, 1, 2018b, 213-232.

Langer M.: “Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions”, *Annual Review of Criminology*, 4, 2021, 1-35.

Mira, J.: “Follow the Actors: Ethnographic Keys for Understanding Legal Activism for Criminal Justice Reform in Argentina”, *The Age of Human Rights Journal*, 13, 2019, 66-74.

Mira, J.: “Juristas que dicen el derecho. Levene y Maier reformadores de la justicia penal Argentina”, *Temas sociológicos*, 26, 2020a, 121-162.

Mira, J.: “Humanizar la justicia penal. Cosmologías por la reforma procesal penal en la Argentina (1986-2010)”, en: Sozzo, M. (ed.): *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires: Didot, 2020b, 41-56.

Museri, A.: *El impacto del sistema de flagrancia en las prácticas judiciales sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*, Tesis de Maestría en Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe, 2019.

O’Malley, P.: *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

O’Malley, P.: “Repensando la penalidad neoliberal”, *Delito y Sociedad*, 24 (40), 2015, 11-30.

Rengifo, A. F., Piechestein, A. C. y Sicardi, M.: “Discurso y castigo en una muestra de audiencias de excarcelación de dos departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires”, en: Sozzo, M. (ed.): *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires: Didot, 2020, 117-140.

Ruas, J. C.: “Estado penal y Ministerio Público en Argentina. Hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y como debería solucionarse)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 17, 2019, 56-102.

Sicardi, M.: *El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño*, Tesis de Maestría en Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe, 2019.

Sicardi, M.: “Reformas del proceso penal en Latinoamérica, gerencialismo y juicio abreviado. Aproximaciones desde la ciudad de Buenos Aires”, en: Kostenwein, E. (dir.): *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, 303-321.

Sozzo, M.: *Policía, violencia, democracia. Ensayos sociológicos*, Santa Fe: UNL Ediciones, 2005.

Sozzo, M.: “‘Traduttore Traditore’. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina”, en: Sozzo, M. (coord.): *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, 353-431.

Sozzo, M.: (2011). “Cultural Travels and Crime Prevention in Argentina”, en: Sparks, R., Melossi, D. y Sozzo, M. (eds.): *The Travels of the Criminal Question*, Oxford: Hart, 2011, 185-215.

Sozzo, M.: “Los usos de Lombroso. Tres variantes en el nacimiento de la criminología positivista en Argentina”, en: Sozzo, M. y Caimari, L. (eds.): *Historia de la Cuestión Criminal en América Latina*, Rosario: Prohistoria, 2017, 27-69.

Sozzo, M.: “Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina”, en: Amaral Machado, B. (coord.): *Justicia criminal y Democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 195-238.

Sozzo, M.: *Locura y crimen. Nacimiento de la intersección entre dispositivo penal y dispositivo psiquiátrico en Argentina*, Buenos Aires: Didot, 2015.

Sozzo, M.: “Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos. A modo de introducción”, en: Sozzo, M. (ed.) *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires: Didot, 2020a, 9-20.

Sozzo, M.: “Reforma de la justicia penal e imagen y confianza pública”, en: Kostenwein, E. (dir.): *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2020b, 323-358.

Sozzo, M. (et al.): *La reforma de la justicia penal. Las voces de los defensores públicos. Primer Informe*, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe, 2015a.

Sozzo, M. (et al.): *La reforma de la justicia penal. Las voces de los fiscales. Segundo Informe*, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe, 2015b.

Sozzo M. (et al.): *La reforma de la justicia penal. Las voces de los jueces penales. Tercer Informe*, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral: Santa Fe, 2016.

Sozzo, M., Somaglia, M. y Truchet, R.: “Cautela negociada. Acuerdos entre fiscales y defensores en torno a las medidas cautelares en la

justicia penal reformada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, IX (3), 2019, 63-81.

Sozzo, M. y Somaglia, M.: “¿Reforma de la justicia penal = menos prisión preventiva? El caso de la Provincia de Santa Fe, Argentina”, en: Sozzo, M. (ed.): *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos.*, Buenos Aires: Didot, 2020, 141-174.

RESEÑAS



RESEÑA CASTIGAR AL PRÓJIMO. POR UNA REFUNDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL ROBERTO GARGARELLA

NATALIA MAYER

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

LUCÍA SBRILLER

UNIVERSIDAD DE BARCELONA



Gargarella, Roberto: *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, 296 pp.

El libro es un compendio de ensayos (algunos ya publicados y re-trabajados en función de comentarios recibidos, y originales); en los que, a juicio del autor, se revisan los temas fundamentales de la teoría penal. A partir de descubrir y explicitar los supuestos sobre *democracia*, *derechos* y *castigo* presentes en distintas conceptualizaciones Roberto Gargarella sienta postura sobre la justificación del castigo, la autoridad del estado para castigar y valor social de la protesta. El autor parte de considerar al campo del derecho penal como “irreflexivo, inercial y contaminado” (10), y considera esto muy grave ya que se encuentra en juego una cuestión muy importante: los usos de la violencia legítima por parte del estado. Por tal motivo, encara la tarea de argumentar acerca de la necesidad de conectar de manera más significativa derecho penal y democracia.

En el marco de un derecho penal muy extendido, aun cuando este es presentado como una *última ratio*, Gargarella se hace preguntas retóricas respecto de su legitimidad: ¿Si las normas en general, y las penales de manera más urgente, deben resultar del acuerdo mutuo entre los grupos sociales, en qué medida los sectores populares participan de ese acuerdo? ¿Cómo se construyen las normas penales? ¿Cómo deberían ser construidas?, y organiza una serie de instancias de menor a mayor nivel democrático en función de los debates reales detrás de la norma. Plantea también, la necesidad de “salir de la violencia” y la necesidad de pasar a “reintegrar a las personas a la sociedad”.

Castigar al prójimo establece contrapuntos, de manera provocativa, con las/os autoras/es más reconocidas/os de las propuestas de derecho penal garantista, debate así con aspectos de las posturas de autoras/es como Ferrajoli o Zaffaroni, que resultan enfocados desde un lugar novedoso. En esta oportunidad, Gargarella en lugar de discutir una propuesta de reducción del derecho penal plantea su *refundación* en términos democráticos desde de la Democracia Deliberativa Habermasiana, partiendo de sus supuestos ontológicos y epistemológicos y también, incorporando otros elementos críticos del

campo de la filosofía política contemporánea. Lleva adelante esta empresa, atravesando temas tan complejos como los juicios o la impunidad de los crímenes cometidos en nuestra región durante las últimas dictaduras cívico-militares, en lo que entiende como continuidad de algunos desarrollos esbozados por Nino. A medida que avanza con su argumento Gargarella exige la complicidad del lector y su compromiso al imaginar junto a él, a modo de ejercicio mental prefigurativo, cómo sería el castigo en una sociedad de iguales.

El libro está dividido en tres partes. En la primera titulada "Contra el pensamiento penal antidemocrático" el autor elabora una discusión teórica académica compleja que avanza respecto de los límites del minimalismo penal, el rol de quienes juzgan y la desconfianza o esa asignación de irracionalidad a las mayorías que constituyen, a su entender, un actor central e ineludible en esta refundación democrática. Además de aspectos que han sido el origen históricamente de grandes debates como el rol de las víctimas al momento de los procesos penales. Por último, y tal vez a modo de avance de su propuesta de encuentro entre el derecho penal y la democracia, reflexiona respecto de aquellas cuestiones que pueden constituirse, o no, en una esfera de lo indecible, y en las gradaciones democráticas según los debates previos que respaldan distintos procesos legislativos. En la segunda parte titulada "Democracia sin castigo, reproche sin encierro", desarrolla su posición desde una concepción deliberativa de la democracia, discutiendo las formas de creación del derecho penal, de dónde proviene su validez, entendiendo que no puede estar justificado en la fuerza o capacidad coercitiva de quien lo dicta. Por el contrario, refuerza la necesidad de la participación popular. El autor hace una conexión aquí con sus investigaciones previas en lo que respecta a la importancia del derecho a la protesta para garantizar esa participación y diálogo. Por último, en la tercera parte titulada "la ley penal en el banquillo: discusiones y propuestas", recupera algunas publicaciones previas, retoma a Nils Christie cuando entiende que no son monstruos quienes están dentro de las cárceles, desde aquí las discusiones y las propuestas

El libro comienza con “La tarea del juez y los límites del minimalismo penal”, donde debate respecto de las posiciones de Zaffaroni sobre el castigo penal y el papel que le corresponde desempeñar a los/as jueces/zas. Para esto se ubica desde el republicanismo y parte de una preocupación inicial: el autogobierno colectivo, y la idea de una comunidad integrada en la que los derechos no funcionen como cartas de triunfo de unos/as ciudadanos/as por sobre otros/as. Además, defiende un derecho penal “menos coercitivo e intrusivo; más interesado en el reproche que en el castigo, y más preocupado finalmente, por la modificación de pautas de comportamiento y por la integración social” (35). El objetivo, al final, es devolverle a la comunidad parte del poder represivo hoy expropiado por el estado.

Desde este enfoque discute la teoría de Zaffaroni, y el rol que este asigna a los/as jueces/zas penales en democracia. Critica fuertemente la idea de castigo penal para favorecer al castigado, incluso lo compara con la posibilidad de aceptar “dosis moderadas de tortura” (43). Señala que no puede entenderse a los/as jueces/zas, en tanto “elite a favor de sí misma y de sus intereses” (49) como la salvaguarda del castigo, sino que es necesario involucrar en este debate a las mayorías populares.

En “Mayorías democráticas y derecho penal”, establece un contrapunto con Ferrajoli en cuatro puntos: su concepción de democracia y de derechos, la justificación del control judicial y el minimalismo penal. Contrapone a este autor, una concepción deliberativa de la democracia en la cual, no se presupone la irracionalidad de ninguna de las partes ni se establecen mecanismos de conducción paternalistas de las masas. En relación con los derechos, Ferrajoli aparece con una postura heredera del Iusnaturalismo de Locke, en la que los derechos fundamentales se consideran autoevidentes, frente a esta cuestión Gargarella remarca el carácter construido de los derechos en general—hasta de los fundamentales—obtenidos mediante la deliberación social. Visiones

como las de Locke y Ferrajoli, según el autor, serían contra mayoritarias ya que tienen el propósito de limitar los abusos de las mayorías. En ese marco, según Ferrajoli el objetivo del proceso judicial debe ser la búsqueda de la verdad y como tal acción se concibe como etérea, desconectada de las condiciones materiales de los/as involucrados/as, no produce ningún efecto nocivo que la búsqueda de esa verdad sea emprendida, en soledad, por una élite. Gargarella, en cambio advierte aquí un problema, caracteriza a esa élite como sesgada en términos de clase, raza y género y sostiene que esos sesgos son muy difíciles de erradicar. Su propuesta: establecer protocolos sobre modos de actuar y temas que serían compatibles con el minimalismo penal.

En "Jueces, mayoritarismo y castigo", el autor vuelve a trabajar los ejes críticos del capítulo anterior: función judicial, riesgos del mayoritarismo político y modos de pensar el castigo penal. Pero el énfasis está puesto en destacar que se deben protocolizar los aspectos institucionales involucrados y correr el eje de cuestiones subjetivas. Se sostiene que la neutralidad es una virtud institucional y depende del modo de organización y no de opiniones subjetivas. Se presenta la necesidad de buscar un sistema institucional para maximizar la imparcialidad, para lograrlo resulta necesario tirar abajo los mitos fundamentales por ejemplo el derecho neutral, mito por de más dañino para el pensamiento crítico. Luego se señala al mayoritarismo político como una posición conservadora que favorece las minorías ubicadas en lugares de poder. Gargarella reconoce que la realidad está plagada de decisiones desafortunadas desde la voluntad popular, pero también lo están los fallos. Se argumenta a favor de construir un proceso de toma de decisiones que minimice las chances de opresión. Una vez más, lo importante en la Democracia Delegativa es el *método* ya que los discursos que articulan diferentes intereses sociales no están ordenados jerárquicamente per se. Con respecto al castigo penal y el derecho de las víctimas, para Gargarella resulta perfectamente compatible respetar debidamente a las víctimas, pero esto no debe

significar que ella o sus allegados tengan voz dominante en el proceso. Esta posición aparece como compatible con el minimalismo penal.

En “Sin lugar para la soberanía popular”, el autor trabaja sobre el caso Gelman en Uruguay. Parte de la pregunta: ¿cómo pensar la relación democracia y derechos cuando involucra DDHH fundamentales y plebiscitos celebrados con libertad?, y se propone repensar los alcances y las limitaciones del reproche estatal respecto de las grandes violaciones de DDHH. Una vez más analiza tres tópicos centrales: democracia, derechos y castigo.

Primeramente, hace un recorrido histórico sobre diferentes procesos de amnistía: la de Bignone en Argentina en los años 80, la de Fujimori en Perú y las Leyes del perdón en Argentina en los años 90, y, por último, el plebiscito uruguayo celebrado en el año 2009. El autor, subraya la importancia de historizar y situar estos procesos como método para evitar la construcción de verdades absolutas y fetichizar conceptos, saliéndose del campo criminológica y ubicándose en el seno de importantes discusiones de la filosofía política contemporánea.

En consecuencia, propone una distinción de *gradación democrática*, ya que éstas amnistías fueron escalando cada vez más en legitimidad democrática desde Bignone hasta el plebiscito uruguayo siendo ésta última legitimada con el 48 % de los votos. En este marco, Gargarella dispone una crítica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos—CIDH—ya que, a su juicio, debió hacer esfuerzo argumentativo para distinguir entre amnistías. En cambio, el Frente Amplio, partido político entonces gobernante en Uruguay, tomó una postura diferente reconociendo la decisión de las mayorías.

En segundo lugar, para Gargarella si bien existe un acuerdo sobre derechos irrenunciables incondicionales e inalienables no existe un acuerdo social sobre el contenido de esos derechos. Para él, retomando implícitamente algunos aportes críticos de la democracia liberal de la filosofía política contemporánea, la vida en sociedad está marcada de manera decisiva por razonables y persistentes

desacuerdos en materia de justicia y derechos. De modo que, debemos prescindir tanto, de las divisiones entre decisiones y criterios racionales e irracionales, como, de poner al Poder Judicial del lado de la racionalidad.

Por último, Gargarella propone priorizar la jurisdicción nacional o local en relación con el problema de la diversidad del reproche estatal. Señala que la CIDH se encuentra comprometida con el castigo, pero cada país debe tener la posibilidad de elegir de qué manera quiere reprochar ciertas conductas y esa forma puede o no ser el castigo como lo conocemos. Sólo la peor versión es la privación de la libertad.

En este sentido, pone en cuestión la decisión tomada sobre el Caso Gelman por tres grandes y complejas cuestiones: 1) Por expresar una visión de la democracia no sólo basada en la desconfianza a la ciudadanía, sino además, “plana” e incapaz de reconocer matices relevantes, en cuanto a la robustez y la legitimidad de las decisiones políticas; 2) por asumir una idea de los derechos “rígida”, desacoplada de la discusión democrática (consistente con una defensa dogmática del control judicial y del consiguiente papel de los tribunales internacionales en la protección de los DDHH; y 3) por presentar, sin mayor respaldo, una visión estrecha de lo que es el castigo, blindada al debate colectivo (124).

En “Cómo tender puentes entre el derecho penal y la teoría democrática”, Gargarella señala cuatro continuaciones posibles para la teoría penal de Nino, que desde la concepción deliberativa de democracia tiende puentes entre derecho penal y democracia, respecto del origen, la autoridad, la pena y la protesta.

En la Democracia Deliberativa, concepción crítica de los sistemas de Democracia Liberal y Republicana creada por Habermas, se parte del siguiente supuesto: todos los asuntos públicos deben ser resueltos de modo que involucre a todos los potencialmente afectados por la decisión que va a tomarse en una discusión igualitaria. La discusión igualitaria, luego del sufragio universal, resulta el mejor

medio para el autogobierno ya que, se presupone un espacio donde todas las individualidades puedan expresarse libremente independientemente de sus posiciones de poder. Este método permitiría esquivar como sociedad, tanto las imposiciones esgrimidas desde el poder, como los arreglos entre estos grupos que se presentan como pretensión hegemónica.

En nuestro país, se supone que las decisiones penales son producidas por una élite jurídica en nombre del pueblo. Pero la idea de que estas decisiones producidas por una tecnocracia están asociadas con el progresismo resulta una operación del poder, como ya indicaron Garland y Sozzo. En este sentido, debe hacerse lo propuesto por Nino: crear las normas penales por medio de la discusión entre amplios sectores.

Una vez establecida esta cuestión, el autor se pregunta acerca de la autoridad del Estado para ejercer el reproche. Sobre esta cuestión Gargarella sigue a Nino—en lo que podríamos señalar como una concepción heredera de Durkheim—en donde la pena no sería castigo, sino que obedece a la pretensión de entablar un diálogo moral con el infractor para comunicarle el reproche de lo que hizo. Por último, se señala que la protesta social es un derecho muy importante en sociedades desiguales ya que es la oportunidad de contar la palabra de los sectores en desventaja. Por este motivo, en sociedades como la nuestra, la protesta debe estar incluida en la nómina de los derechos considerados fundamentales.

En “¿De qué depende la validez de las normas penales?”, se sostiene que, en Democracia, estas normas resultan de la discusión pública igualitaria y no del poder coercitivo del estado. Las normas deben ser clasificadas según presunciones de validez. Una vez más, se sostiene que los derechos no son autoevidentes como decía Locke, democracia y derechos deben y están vinculados entre sí, de modo que la discusión en torno al significado y alcance de los derechos es una práctica que todos los individuos en conjunto deben llevar adelante, no debiendo quedar atrapada en la discusión entre unos

pocos. En este marco, dentro de la generalidad de las normas, las penales necesitarían una ultra justificación, debido a lo que está en juego. La Democracia Deliberativa necesita el punto de vista de todos y en particular de los afectados.

En "El lugar del pueblo en el derecho penal" avanza en preguntarse precisamente respecto de la participación de las personas, tanto en la creación como en la aplicación del derecho penal (165). Retoma, nuevamente, la necesidad de una mayor participación por motivos "epistémicos" (167). Enfoca el carácter problemático del derecho penal desde una perspectiva moral, entendiendo que es el que las personas son menos respetadas como libres e iguales, es desde este punto de partida que resulta necesaria una mayor participación, decisiones más inclusivas que podrían favorecer decisiones más imparciales.

Retomando a Duff hace alusión a un derecho común, no impuesto desde afuera sino un derecho propio, que exprese los valores de una comunidad. Si hay grupos de una comunidad que resultan sistemáticamente excluidos de esta participación difícilmente podrá exigírseles luego que rindan cuenta en razón de un derecho que no es "suyo". Reitera la necesidad de oír la voz directa del pueblo para la extensión del espacio para la democracia en el derecho penal, para lo cual resulta necesario este aumento participativo.

Frente a la preocupación respecto del aplastamiento de las minorías por alguna mayoría entiende que, en primer lugar, en un sentido democrático la regla de la mayoría resulta una respuesta apropiada ya que fortalece la idea de la igualdad moral fundamental. Sin embargo, esto no implicaría un "rechazo de los controles o mecanismos para volver al proceso de toma de decisiones más imparcial y menos vulnerable a sesgos indebidos" (187), existen de hecho otros modos de limitar a las mayorías que no implique reemplazarlas por las decisiones de una elite. Retoma y discute además las críticas que indican que una mayor participación podría derivar en un populismo punitivo, las objeciones funcionales y de las de las

posibles inconsistencias en el derecho. En todo caso entiende el autor que, “hay demasiado por ganar” (195) al abrir el derecho penal a la democracia, particularmente en lo que respecta a la imparcialidad del proceso.

En “Democracia todo a lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales”, retoma sus investigaciones sobre la centralidad del derecho a la protesta, en relación a dos decisiones judiciales, el caso “Schifrin” en Argentina y el caso “Austin y Saxby” de Inglaterra. A partir de estos casos plantea preguntas sobre la autoridad democrática y el uso de los poderes coercitivos del Estado, particularmente en relación con las decisiones judiciales que limitan o desalientan una participación activa ciudadana.

Desde un enfoque comunicativo de la democracia, se entiende el proceso penal como de dos vías, no simplemente hacía un sujeto pasivo de reproche público sino como el entablamiento de un “diálogo moral” (207) con quien resulta imputado/a. Entiende, al contrario de lo que muchos/as de los/as reconocidos/as autores/as con los que discute, el avance de la deliberación tiende a traducirse en políticas menos punitivas (226).

De este modo reafirma en su enfoque democrático “la defensa de las movilizaciones populares y de las voces disruptivas en contra de las críticas habituales” (230) que ocupan un lugar central en la consolidación democrática pero también respecto de los problemas de legitimación del derecho penal.

La tercera parte del libro, “La ley penal en el banquillo: discusiones y propuestas”, incluye “La construcción social del ‘monstruo’ y la teoría del castigo a partir de tres películas”. Aquí analiza *El Chacal de Nahueltoro*, de Miguel Littin (Chile, 1970), *Bus 174* de José Padilla (Brasil, 2002) e *Irreversible* de Gaspar Noé (Francia, 2002).

Retoma al reconocido criminólogo, Nils Christie para discutir la idea de monstruo que se construye alrededor de quienes resultan acusados/as como infractores/as del derecho penal. Christie dice que

en sus múltiples visitas a distintas cárceles nunca se encontró con el monstruo del que se habla, por el contrario “se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no mereciera ser escuchado” (247). Esta humanización de quienes son acusados/as penalmente va acompañada con el resaltado de las desigualdades vigentes en nuestra sociedad y la responsabilidad estatal.

Por último, en el libro se recuperan una serie de artículos breves del mismo autor, publicados entre febrero del 2014 y marzo de 2016 que funcionan como antecedentes de los argumentos que se desarrollan extensamente en el libro.

Para cerrar, el libro propone un análisis del derecho penal vigente y una propuesta de reformulación de este, a partir de la incorporación de elementos críticos de la teoría política contemporánea, y en particular de los principios de la Democracia Deliberativa. Esta operación le permite al autor plantear la necesidad de (re) fundar la legitimidad de las leyes penales en el involucramiento activo de los sectores populares—quienes componen principalmente la clientela del sistema penal—en su discusión.

En este sentido, resulta significativo que el planteo pareciera estar orientado al involucramiento individual en la discusión de las normas penales de los sectores más perjudicados por ellas en igualdad de condiciones, como si esta participación pudiera darse de manera desvinculada de las condiciones materiales y simbólicas desde las cuales los individuos podrían ejercer esa participación. Frente a esta situación, resulta imperativo subrayar la productividad de pensar a los individuos como situados socialmente, haciendo hincapié en los capitales que los diferencian y jerarquizan entre sí (en el sentido de Bourdieu), y las redes que los agrupan.

RESEÑA LA CORTE SUPREMA EN ESCENA. UNA ETNOGRAFÍA DEL MUNDO JUDICIAL

LETICIA BARRERA

BRUNO LEONIDAS ROSSINI
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL



Barrera, Leticia: *La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2012, 176 pp.

“Esto me recuerda a Borges. Al final de la dictadura militar, alguien le propuso la presidencia de una comisión para mejorar la imagen de la Argentina. Y Borges contestó: “¡Primero mejoremos la Argentina!”¹

El libro *La Corte Suprema en escena* no es un libro de derecho o, al menos, en el sentido estricto del término. La autora Leticia Barrera propone una lectura que se desembarace de las obligaciones tradicionales de las reflexiones jurídicas y que aborde espacios de interacción y de producción escasamente transitados en la literatura nacional. Afirmar que no es un libro de derecho no implica que éste no asuma un rol preponderante, dado que la motivación de la analista es dar cuenta del proceso de producción de derecho al interior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la CSJN), no desde la letra de la ley sino desde el estudio de las relaciones microscópicas que se dan de manera diaria en ese espacio y la materia que constituye el cuerpo de lo jurídico.

Debemos reconocer que, tal como nos dice Tiscornia (2008), el modo en que se hace justicia en nuestro país está reservado a unos pocos, a aquellos capaces de transitar por la selva semántica y conceptual que el mundo jurídico crea para explicar sus modalidades y sus decisiones. De este modo, el hecho de que la autora sea abogada permitió que la distancia que crea el dialecto jurídico no exista o, al menos, no resulte insalvable; a su vez, esta situación hizo que sea reconocida como par por los letrados y las letradas que despliegan funciones en la Corte, viéndola como una observadora un con acervo común desde el que construir vínculos de intercambio, como una “bruj(a) de su tribu” (Tiscornia, 2008: 9).

A pesar de la posición privilegiada que le da su formación jurídica, Barrera propone un abordaje etnográfico, más propio de la antropología, en el que busca suspender sus propias valoraciones y

¹ Una salida a la crisis, reportaje a Juan José Saer (Nota II): “Nada corroe más la cohesión de una sociedad que la ausencia de justicia”, *La Nación*, 06 de enero de 2002.

describir las situaciones y las opiniones a las que puede acceder mediante su estudio de campo; a lo largo del trabajo, aclara el lugar desde donde habla y analiza, de modo tal que las dinámicas expuestas reflejan los pareceres, sentires y procesos que se gestan al calor de la cotidianidad de la Corte, como un insumo de análisis válido para todo aquel que se abisma a su texto. Desde esa posición, también, desempeña el rol de *traductora*, siendo consciente de la distancia que puede generar el uso de un lenguaje jurídico, se toma el trabajo de mantener su exposición en un universo idiomático accesible, con escasas referencias jurisprudenciales y leguleyas y de explicar aquellas palabras que puedan resultar extrañas al uso convencional de la lengua², como así también presentar de manera nítida espacios y lugares a los que muchos no hemos accedido nunca.

La proposición de pensar al derecho en su proceso de creación antes que en su consagración positiva amplía el espectro de análisis y permite rehusar la trampa de lo nominal, que sostiene que derecho es lo que dice la norma o, incluso, lo que los jueces sentencian que la norma dice; mediante este esquema ingresamos a un enfoque de naturaleza intersticial y subterránea, en el que los mecanismos, imperceptibles para los que transitan habitualmente los estrados judiciales, de toma de decisiones y de debate interno se vuelven un escenario con el espesor suficiente como para motivar su estudio. Salir de la letra de la ley y del estudio de sentencias da una soltura crítica y apreciativa inédita para otros estudios del derecho que buscan imponer una forma de interpretar la norma, mediante complejos sistemas argumentales que los deja atrapados, como bien nos señala Barrera, en la dimensión de los fines.

La noción acceso resulta esencial para entender el juego que atraviesa todo el desarrollo entre el adentro y el afuera de la CSJN, la que asume diferentes caras de acuerdo a quien interpreta el acto que pone en marcha; así, el adentro construye un espacio de producción

² Como ejemplo de ello: “(...) existe una providencia [una decisión] (...) con su correspondiente oficio—una comunicación oficial—(...)” (Barrera, 2012: 88).

que se mantiene ajeno a todo aquel que no forma parte de la institución, mientras que la preocupación por el afuera está signada por la búsqueda de legitimidad de ese Otro, que es a quien debe reconquistar mediante actos que lo encuentran como destinatario directo. Esta tensión adentro/afuera genera puntos de fisura, en los cuales el exterior accede a ciertos espacios del adentro, lo que genera resistencias y adhesiones, de acuerdo a las valoraciones de los actores entrevistados.

Esa idea de Otro, que aparece en varias ocasiones durante el devenir del texto, es una clave que podría ser profundizada en la búsqueda de entender el modo en que la propia Corte interpreta el afuera, ya que por momentos parece superponerse a la sociedad toda y en otros a ciertos sectores que tienen acceso a esos puntos de fisura de la maquinaria burocrática bajo estudio. A su vez, es en el contacto con ese Otro donde la Corte construye su autoridad, de ahí su necesidad de crearlo, pero a la vez parece ser una entidad a la se busca seducir mediante la puesta en marcha de procesos de reforma y actualización que no queda claro si buscan edificar un nuevo modo de vinculación o acumular el capital de prestigio suficiente como para no tener que cambiar nada.

En ese sentido, como punto de partida, encontramos la crisis de legitimidad que afrontaba la CSJN a partir de la ruptura que se había producido entre la sociedad y las instancias representativas a raíz de los acontecimientos del 2001. Este hito, y sus consecuencias, es el modo en el que explica la necesidad que detectó el mismo Tribunal de proponer un nuevo pacto con el *pueblo*, de crear una nueva imagen a los ojos de la sociedad, cristalizada en la idea de una *Nueva Corte*.

Resulta llamativa la ausencia de consideración de dinámicas propias de la justicia en el planteamiento del escenario del descrédito, poniendo el tilde en los efectos que generó un acontecimiento disruptivo en el afuera, sin considerar, además, el modo en el que el adentro interpretó y tradujo ese evento. El juicio político a Boggiano, Ministro de la Corte (1991-2005) acaecido en el 2005 que acabó con

su destitución y la renuncia del Ministro Belluscio, del mismo año³, se circunscriben en un ánimo general de desconfianza generada por el actuar de años anteriores de la misma institución. La llamada “*corte menemista de la mayoría automática*” había producido heridas profundas en la estima social, por su consideración de venal y corrupta, aún antes de la crisis institucional del 2001 y sentó las bases para determinar, en el proceso de reestructuración, la necesidad de cambiar la composición de la Corte Suprema.

La búsqueda de crear una nueva Corte durante los años en los que Barrera desarrolla el estudio responde al quiebre en los tejidos institucionales del país que generó la terrible crisis del 2001 pero también a una necesidad de crear una nueva cara ante la sociedad, que se construya en torno a un ideal de justicia e independencia que borre los estigmas creados por acciones de la misma Corte. Esto puede apreciarse en que muchas veces cuando pretendía herirse el prestigio de la Corte—y aún en la actualidad—se la comparaba con aquella; en una entrevista el Ministro Lorenzetti dice: “(...) injurias varias, como que yo era igual que Nazareno...Es una cuestión que intentaron muchas veces, en épocas anteriores, de decir que la Corte era igual a aquella, es decir, asociarnos al desprestigio” (Boschi, 2017: 248).

Es en esta tensión entre el aumento de la accesibilidad y la retórica de lo nuevo y la persistencia de prácticas y pareceres de exclusividad y distancia donde germinan una miríada de interrogantes a ser explorados y donde el texto aporta claves útiles para intentar acercar lo que la Corte dice que es y lo que es en la realidad.

El libro, como señala la autora, opera en dos dimensiones: en el de las tecnologías de producción de conocimiento jurídico, desde una burocracia con una racionalidad propia que pone en funcionamiento un mecanismo de creación que puede considerarse derecho en sí mismo, más allá de su resultado creativo; y en el de la representación escénica de la autoridad de la Corte, su cara visible y el sustrato que

³ El estudio original fue realizado por Barrera durante el período comprendido entre agosto de 2005 y febrero de 2007 (Barrera, 2012: 31).

sedimenta los motivos por los que decide abrir las puertas y hacerse pública.

La primera dimensión es tratada en la Parte 1, dividida en 4 capítulos, abocados al desarrollo de tres tecnologías: el *espacio*, el *expediente* y los *sujetos*. La segunda dimensión, por su parte, está desarrollada en la Parte 2 y se estructura a partir del concepto de *performance*.

La metáfora es una herramienta a través de la cual se busca conectar el espacio con su dimensión simbólica. El proceso de reforma de la fachada del edificio donde la CSJN desempeña sus labores diarias se transforma en una muestra de la búsqueda de *restaurar*, en la materia y en la idea, su imagen de cara a la sociedad (Barrera, 2012: 50). Barrera describe de manera pormenorizada y clara la distribución del espacio, como así también las interacciones que éste propicia o evita, logrando realizar abordajes simbólicos significativos, mediante el análisis de algunos elementos edilicios y mobiliarios, como los ascensores, que operan como símbolos de jerarquías, o las vallas, que considera un instrumento de restauración de orden y autoridad. El modo en que se describe el espacio permite visualizar con facilidad el escenario y resulta un modo eficaz para graficar algunos de los procesos que se explican en el marco analítico propuesto. En esta tesitura, proponemos pensar que la imagen de la mesa en el Salón de Acuerdos, que dispone de 10 sillas y que se remonta al tiempo en los que la composición de la Corte estaba dada por nueve Ministros, a pesar de que al momento del estudio se redujo a cinco—número que se mantiene hasta la actualidad—puede ser considerada como una muestra de la falta de adaptación de la institución a los cambios, se mantienen las sillas vacías, en un espacio de uso semanal, sin que se haya buscado adaptarlo a la nueva realidad contextual; de esta forma, la reforma exterior, en la imagen, parecería no tener un correlato interno, donde se advierten ciertas persistencias en las ceremonias y en la configuración del espacio.

En este capítulo la noción de accesibilidad desempeña un rol

destacado, adoptando connotaciones diferentes de acuerdo a quien interpreta dicho concepto. Por un lado, los funcionarios y empleados que, en muchos casos, manifiestan un rechazo a la posibilidad de que el acceso sea masivo, adhiriendo a que de esta forma el máximo Tribunal se transforma en una suerte de *almacén de ramos generales* (Barrera, 2012: 51) que atenta contra su función soberana, lo que aparenta ser una añoranza de la exclusividad que la Corte ha tenido en otros momentos, que no puede alinearse sin ruidos a un ideal de apertura a la sociedad, pues da cuenta de un resabio de voluntad de aislamiento de las prácticas sociales. Y por el otro, la que la piensa como una estrategia de búsqueda de legitimidad de cara a la sociedad, mediante acciones de apertura y ensanchamientos de las brechas de contacto, que casan con los vocabularios y las expectativas de restauración institucional.

En el discurso de los entrevistados aparece una disputa latente por los lugares, en la que la Corte ha ido *ganando* espacio a otras dependencias, ampliando su presencia a otros pisos del Palacio que otrora no le pertenecían; en el texto opera como un observable del aumento del caudal de trabajo y de la planta de trabajadores, pero no se hace mención a las reacciones que esta secuencia pudo haber generado al interior, ni hacia donde se trasladaron quienes ocupaban esas oficinas antes. En esta narración de ampliación de trabajo que desvirtúa el sentido primigenio de la función judicial, que se traduce en un mayor espacio, también se incorpora una rémora de un ethos y status perdido que interpelaba a un Otro, en su voluntad de control, que en este caso se superpone con los otros poderes del estado y no con la sociedad en la búsqueda de relegitimarse (Barrera, 2012: 71).

En el Capítulo *Los Expedientes y la construcción del Derecho* la experiencia personal se vuelve un insumo para dar cuenta del proceso que se materializa en un objeto/símbolo de la práctica judicial: el expediente.

El expediente propio y el propio expediente se vuelven un único relato que da cuenta de la importancia de este instrumento en el modo

en que se produce derecho, como epítome de la burocracia judicial, espacio de creación y disputa donde se define lo jurídico, pero también lo verídico. Es particularmente relevante el modo en que explica la importancia del expediente como un medio de transformación de los hechos, como un marco a través del cual la burocracia se acerca hacia el afuera a través de una tecnología que produce un recorte, que es una verdad ontológicamente diferente, pero que es la única válida para el funcionario judicial. Es el propio proceso el que define el hecho mediante la adecuación de las premisas que ingresan a su maquinaria a modelos con características propias, tal como pasó con la petición que realizó Barrera ante la Corte en su carácter de investigadora, que al adoptar algunas modalidades propias de la racionalidad judicial, por caso la escritura, fue traducida y creada conforme a sus propios parámetros. La verdad está *en* el expediente, el afuera de ese universo de sentido no existe en la consideración del actor que se arroga la capacidad de nombrar al derecho, nombre que surge de un proceso que el expediente refleja y que, a decir de la autora, no es un acto previo, sino que ya es derecho. Lo legal, en consecuencia, no es lo que la disciplina jurídica reconoce como derecho, sino una red más amplia de procesos que asumen tal cualidad en su conexión con el resultado; el medio, la forma, el continente, es derecho en su relevancia para explicar el fondo, la decisión.

Por otro lado, se destaca una subjetividad doble en la naturaleza de los procesos que también pueden ser explicadas por el binomio adentro/afuera, dada por ser un órgano administrativo, en sus definiciones internas, mediante un proceso burocrático, que encuentra como expresión las Acordadas, y por procesos judiciales, en el contacto con las problemáticas externas que dan cuerpo a la materia de juzgamiento, que acaban en el dictado de sentencias.

En el capítulo siguiente, surge una nueva tecnología de registración y creación: el memo, el *detrás del derecho*, un proyecto de sentencia, que tiene como destinatario al decisor pero que nunca verá la luz, en dicho formato. El *cartapacio de secretaría* es un carpeta de uso

interno y de carácter estrictamente privado que es el resultado de la circulación y la acumulación de opiniones en torno a un determinado tópico, es, en definitiva, la sustancia en la que se apoya el decisorio tanto cuando asoma a la palestra pública, en su formato de sentencia, como cuando se le cierran las puertas a la petición particular, mediante el dispositivo de exclusión; conocer su existencia es aceptar que hay una parte del proceso de creación del derecho al que nunca se tendrá acceso, más aún cuando se decide desechar la pretensión mediante el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCyCN).

La ley 23744, publicada en el Boletín Oficial de fecha 16 de Abril de 1990, introduce este “*certiorari* local”, mediante el cual la Corte de manera discrecional puede rechazar casos sin expresar la causa por la que el trámite no amerita su tratamiento. Los argumentos de la CSJN a los que el Congreso reaccionó para la sanción de esta reforma legal fueron similares a los que Barrera refiere como constitutivos del relato de los funcionarios encargados de su aplicación, el exceso de causas y la necesidad de una vía expedita para su rechazo, en especial, en lo referente a la vía recursiva. No obstante, esta aparente coincidencia, no hay ninguna mención a la dimensión temporal en el tratamiento de esta técnica de exclusión, por lo que parece que existe una solución de continuidad entre el momento en que la norma se crea y el que la autora analiza, sin que se tengan en cuenta, en apariencia, las condiciones estructurales de cada momento. El tratamiento de las medidas que se han tomado para regular el flujo de casos que llegan a la Corte tampoco tiene una referencia temporal que permita circunscribirla en su contexto de irrupción, como así tampoco un desarrollo que habilite interpretar si han tenido éxito en la reducción que buscaban⁴, más allá de la opinión de los funcionarios judiciales,

⁴ Cuando hace mención al Recurso Extraordinario y de Queja, supuestamente el que mayor aporte hace al volumen total de casos, refiere al aumento de la tasa para interponerlo, sin hacer mención al momento en que se tomó esa decisión. El costo del recurso no sufrió modificación alguna hasta la Acordada 02/07 en el que pasó de 1000 pesos, monto que se mantuvo durante toda la década de 1990, es decir, 1000 dólares al cambio de dicho período, a 5000 pesos, unos 1645 dólares al tipo cambiario de ese entonces; luego, no obstante, tras el lapso de 16 años sin modificatorias, volvió a mantenerse por 7 años, hasta la

que parece sugerir que no.

La exclusión en el acceso a los recursos ante la Corte dispone de lo prescrito por el artículo 280 del CPCyCN para volverse acto, sin que exista la necesidad de expresar los motivos de tal decisión. La denegatoria puede hacerse realidad mediante una comunicación de la Corte que no excede las dos líneas, cerrando así la fisura mediante la cual se conecta con el exterior, archivando la fundamentación y el proceso que redundó en tal resultado en las entrañas de la maquinaria judicial; la impotencia, como nos demuestra el trabajo, es un sentimiento natural ante el rechazo, pues se desconocen los motivos que crean esta realidad inexorable.

La fundamentación de la posibilidad vedar el ingreso sin expresar causa está explicada de manera clara por la autora en el capítulo, siendo, en general, del orden de la economía procesal y de la imposibilidad fáctica de dar los argumentos ante cada rechazo por una cuestión de tiempo y de recursos. Las críticas ante esta posición, que la autora categoriza como *formalistas o culturales*, no son desarrolladas, quizás para evitar caer en las pantanosas aguas del debate jurídico, pero son un elemento importante, pues dan cuenta de una presión y un malestar del afuera hacia esa práctica en concreto. Más allá de la influencia de Estados Unidos en la capacidad de la CSJN de abrir o cerrar el acceso a su fuero, que sustentan las críticas referidas al entenderlas como un mala traducción o como un falta de adaptación al medio cultural local de un instituto extranjero, existen otros cuestionamientos de fondo que han motivado reclamos ante instancias supranacionales⁵, en un filón de críticas que podrían

Acordada de 2014; esta situación puede operar como una muestra de que lo declamado como una estrategia disuasiva respecto a la interposición de recursos no se condice con las decisiones que la Corte toma, y que el uso de una facultad discrecional que emana de un plexo normativo civil es un instrumento del que se vale para hacer uso de su autoridad, siendo la remisión a la norma un estrategia para explicar este acto en el idioma del derecho.

⁵ En el caso *Mohamend vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió respecto al artículo 280 del CPCyCN, manifestando: "107. En ese mismo sentido, el Tribunal nota que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que desestimó la queja lo hizo indicando únicamente que 'el recurso extraordinario, cuya denegación motiva[ba] la (...) queja, [era] inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación' (supra párr. 58). La Corte considera que el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna

considerarse *esencialistas*, puesto que no dialogan con las razones expuestas sino más bien con la potencial lesión que puede generar esta decisión de la Corte a derechos fundamentales.

En este punto es donde se aprecia con claridad el quiebre entre la faz pública y la faz privada, y es una posición en franca tensión con la posibilidad de aumentar la legitimidad ante ese Otro, que demuestra las resistencias que imponen las dinámicas diarias a las declamaciones de reconfiguración de la imagen y haciendo sospechar que, aunque quizás la voluntad es real, la trama burocrática lastra la posibilidad de un cambio pleno en la consecución de ese objetivo.

El cuarto capítulo se avoca al estudio de los *sujetos* y sus racionalidades, poniendo el tilde en las jerarquías internas y en las diferencias entre las vocalías y las secretarías, en sus tareas diarias y en su consideración. Varios conceptos sobrevuelan el desarrollo, tales como acceso, familia judicial o carrera, pero desempeñan un papel lateral en la exposición, que se centra en las modalidades de interpretación que los funcionarios judiciales hacen de sus propios trabajos, en sus esfuerzos de visibilización y diferenciación hacia el interior del aparato.

En lo que refiere al acceso, hubiera sido interesante conocer la forma en que se accede a la Corte como espacio de trabajo, en la voz de los propios actores, y la manera de verse a sí mismo en relación a esa *selección*. Por otro lado, la carrera judicial pensada como una trayectoria laboral, en tanto la importancia de las personas en el proceso de creación del derecho, abre un espectro de preguntas respecto a la procedencia, la formación y las maneras de pensar y pensarse de los actores, que, quizás, podría haber aportado una variable a tener en cuenta en las dinámicas de intercambio e interacción que se produce en el trajín diario, en términos de una

en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva" (Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 255, párr. 107).

“cadena de acontecimientos [que] estaría así dada por la combinación de los diferentes eventos que se producen en cada una de estas historias y en su particular influencia en las demás” (Muñiz Terra, 2011—citado en: Kostenwein, 2019). Tal como nos propone Barrera al citar el trabajo de Kunz (1989), respecto a los perfiles de los Ministros de la Corte entre 1930 y 1983 en tanto su procedencia y formación, para pensar los lazos sociales que los unían y sus posiciones previas en el abordaje de los asuntos a resolver, desde el momento en que se reconoce la trascendencia de los sujetos que integran la burocracia como parte constitutiva del proceso de creación de derecho y del espacio judicial (Barrera, 2012: 130), resultaría apropiado aplicar esta metodología a la reflexión sobre los perfiles de los funcionarios, conocer su formación previa, su origen y sus círculos de socialización.

En el recorrido que proponen los entrevistados y los informantes para entender la registración y la gestación de la decisión judicial que se cristaliza en la sentencia se destaca el aporte creativo de sus intervenciones y su capacidad de agencia en la selección del encuadre y la solución, de modo tal que parece devenir lógico que el resultado creativo es fruto de un proceso racional y aséptico, de índole eminentemente técnico. Esta posición que surge del adentro de la propia burocracia en su voluntad de justificar su utilidad y existencia borra las interacciones con el afuera, como juego político, con otros actores con capacidad de decisión, mostrando una posición inmovible y ajena a las influencias, lo que no puede ser admitido, al menos, sin cuestionamientos; pero a su vez, en relación directa con estas relaciones de poder, soslaya un proceso muy importante, en especial teniendo en cuenta que la Corte es un órgano colegiado, en el que las decisiones se toman por mayorías: la *negociación*. En esta línea, el Juez de la Corte Suprema, Lorenzetti responde al ser consultado respecto a posiciones que ha tomado la CSJN en asuntos de interés público que: “(...)si uno analiza las decisiones de la Corte en temas muy difíciles, fueron decisiones que se consensuaron, hubo

debates internos (...)” (Boschi, 2017: 246). La incorporación de estas dos claves: las vinculaciones con el escenario político en tópicos de relevancia pública y las instancias de negociación y consensos entre los Ministros para la asunción de posturas, puede ser un aporte en el estudio y la comprensión en el modo en que se produce el derecho, para no caer en la lectura de la burocracia judicial que tiende a construir su sentido y su justificación sobre una base racional y objetiva, como si las decisiones fueran solo el resultado de la aplicación de una técnica legal apolítica y aislada del contexto donde opera (Barrera, 2012: 124).

La segunda parte del libro apunta a la dimensión escénica, es decir, a la representación simbólica de un nuevo rol que da cuenta de una decisión de ser una institución más abierta y accesible para el público en general; el concepto que estructura el desarrollo es el de *performance*, en su doble acepción: como acto, representación o rito y como clave performática, creadora de una novel realidad, en la que la Corte construye—o pretende construir—un nuevo sentido en el auditorio al que apunta su actuación. Las Audiencias Públicas que se desarrollaron durante el año 2006 para tratar el caso Mendoza, de las que la autora fue testigo, son presentadas como un ejemplo de la decisión de la Corte de abrir sus puertas a la sociedad, de escuchar a las partes y romper el secreto y la privacidad en el trato con el afuera, que había signado las interacciones hasta ese momento. Es en este punto donde la diferencia expresada entre lo político, como contacto con el exterior del aparato judicial, y lo técnico, como racionalidad de la burocracia cortesana, se advierte con mayor claridad.

Siendo el conocimiento respecto a la incorporación de esta estrategia aportado por los mismos integrantes del poder judicial, resulta lógico que no se haya avanzado en intentar indagar las influencias que llevaron a que este tipo de prácticas sean consideradas una estrategia válida para la consecución de cambiar el rostro público, agotando la explicación en que ésta se puso en marcha con el objetivo de reconstruir la estima perdida por la crisis de 2001; empero,

habiendo remitido a la trascendencia de la posición estadounidense en lo referido al *writ of certiorari*, no puede desconocerse en este punto que la Corte de ese país llevaba muchos años realizando Audiencias de este tipo y que en el año 2007 los Ministros Lorenzetti y Maqueda viajaron a Estados Unidos para juntarse con John Glover Robert Jr., Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, volviendo de ese viaje con dos ideas fuerza: limitar los casos y hacer más Audiencias Públicas (Boschi, 2017: 32); como así tampoco que el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces era Ricardo Lorenzetti, un abogado que no venía de la carrera judicial, cuyo primer acercamiento con la lógica de la burocracia fue al momento de asumir su cargo. Si bien Barrera desliza algunas de estas consideraciones, sosteniendo incluso que “son los jueces de la Corte quienes se presentan como los agentes que conducen la institución hacia un nuevo compromiso con la sociedad” (Barrera, 2012: 148) el aporte de mayores elementos contextuales hubiera permitido un entendimiento más cabal de las acciones y la ventana de oportunidad para la puesta en marcha de un plan de acción de esta naturaleza.

Lo ritualístico como un medio de reafirmación de la autoridad y como una performance en la que la Corte hace y dice que hace en un mismo acto es reconocida como una instancia válida por los integrantes de la burocracia que incorporan a su discurso una plétora de argumentos que justifican y solventan la necesidad de realizar Audiencias Públicas, mas no parece incidir, como nos dice la autora, en el modo en que despliegan sus funciones ni en la consideración de referentes técnicos y especialistas del derecho que da forma a su autopercepción. La eficacia parece reposar en la influencia que tiene, según Barrera, en la dimensión política, es decir, en el modo en que se presenta en el afuera, antes que en un impacto directo en las lógicas de funcionamiento que crea y reproduce el derecho. Como bien expresa el texto, la percepción de la *Nueva Corte* al interior de la estructura existe en tanto su capacidad de ofrecer una nueva cara, pero no al nivel de las prácticas expuestas a lo largo de la narración, lo que

desdobra el análisis y nos habilita a preguntarnos si la intención reformista es real en su vocación de cambio total o si, por el contrario, es una estrategia de proponer un nuevo contrato a la sociedad que tiene como objetivo no tener que cambiar muchas de las dinámicas que dinamitaron las relaciones en un primer momento.

Si la explicación respecto al descrédito se ubica solo en los efectos generados por la crisis del 2001, las lógicas de actuación de la Corte se mantienen al margen de la necesidad de cambiar, siendo necesario producir modificaciones solo en las interacciones con el afuera; en cambio, si planteamos la posibilidad de que algunas lógicas internas tensionan esas relaciones de intercambio en los puntos de contacto entre el adentro y el afuera, la problemática de que la Nueva Corte produzca modificaciones en el modo en que el máximo tribunal trabaja se vuelve un eje central. Aquí hay una línea que podría ser explorada desde las percepciones de los actores que, si bien se ven a sí mismos como agencias necesarias en ese proceso de transformación, exponen a lo largo del texto posturas que confrontan con ese ideal de accesibilidad y transparencia que la renovación pregona, anhelando una Corte que mantenga su distancia del afuera y reivindique el ethos y el estatus del que gozaba en el pasado, cuando era una familia judicial con contacto directo entre todos, con autoridades provenientes de sectores privilegiados, es decir, una constelación de sentido que se opone a los ideales de acceso popular y contacto directo con el pueblo.

Lo público y lo privado, el adentro y el afuera, lo político y lo técnico, el acceso y la exclusión, son todas variables que se imbrican en una unidad de sentido que las reconoce como válidas y estructura sus estrategias y sus modos para dar respuesta a las tensiones que generan las relaciones dinámicas entre ellas. El texto apertura un espacio de estudio y reflexión en el que se advierte con claridad que la Corte reconoce en el afuera un Otro al que busca interpelar, que somete con su decisión pero que visualiza con indispensable en la construcción de la autoridad que le permite tal acto, es por eso que la

posición es ambigua, pues la burocracia crea en las sombras el derecho que el Ministro firma y vuelve público; como complemento del andamiaje ofrecido por Barrera nos hace falta pensar el rol de los Ministros, al que la autora mantiene con prudencia al margen, porque son la cara visible del aparato, quienes afrontan los embates del afuera y asumen el peso de la decisión que se gesta al calor del proceso acumulativo que el libro explica; y, además, son quienes toman las decisiones estratégicas en los cambios que reseña el estudio. Por lo tanto, los procesos de interacción e intercambio entre la burocracia judicial que produce el derecho y la propuesta de sentencia y la decisión de la solución al conflicto al que la Corte decide dar respuesta, atravesados por negociaciones, intercambios, consensos con el adentro y el afuera, son una clave que podría ser incorporada para dotar de mayor consistencia al proceso que expone la obra analizada.

En conclusión, si bien no es un libro de derecho, sí es un libro sobre derecho, entendido como un iter en el que se construyen sentidos que dan materialidad y tiñen de realidad las entelequias mediante las cuales se pretende usualmente explicar lo jurídico. Es una obra necesaria e innovadora, que propone un abordaje que rompe los moldes con los que se suele explicar el universo de las leyes y que demuestra de manera cabal que el estudio del derecho puede trascender la letra de la norma y apuntar a las estructuras, muchas veces imperceptibles, que producen la tramas que hacen que los postulados puedan volverse acto.

Referencias

Barrera, L.: *La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.

Boschi, S.: *Los secretos de la Corte: las presiones, las operaciones y las internas*, Buenos Aires: Margen Izquierdo, 2017.

Corte IDH: *Caso Mohamed vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 255.

Kostenwein, E.: “Cuando los poderes se encuentran, los actores confrontan. Elementos para analizar los Jurys hacia el interior de la justicia penal”, *Cadernos de Derecho Actual*, 11, 2019, 102-123.

Tiscornia, S.: *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales: El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

Antony Duff parte de un enunciado que podría colocarse a contramano de las tendencias en materia penal: las personas que delinquen no son diferentes a las respetuosas de la ley y, por lo tanto, como se trata de ciudadanas y ciudadanos tan falibles como el resto, no corresponde pensar la cuestión criminal como una guerra contra del delito, en la cual predomina la exclusión o aniquilación de aquellos que trasgredieron la ley.

Por el contrario, en un sistema de gobierno democrático, en el cual el derecho penal se concibe como una instancia que—en sentido normativo—pertenecce a la comunidad, aquellos que violentaron las normas penales no deberían quedar afuera de la comunidad.

Para ello, los infractores deberán reconocer el derecho y la sanción que se les va a aplicar como algo propio y no como una cosa ajena. Con otras palabras, corresponde que las personas que cometieron delitos sean llamadas a rendir cuentas como ciudadanas y que el castigo que se les aplique contenga la promesa de recuperar su condición de ciudadanía plena.

De esa forma, el juicio penal se constituye en un ámbito en el que se produce el fenómeno comunicativo entre ciudadanos iguales, en donde unos piden que otros rindan cuentas de sus acciones. El objetivo es que estos últimos no sólo comprendan que realizaron un comportamiento prohibido, sino que además es incorrecto a la luz de una valoración común.

Claro que para que ello suceda, todos los partícipes deben hablar el mismo lenguaje; en tal sentido, no sólo es requisito que se exista una comunidad lingüística, sino que el infractor debe asumir que esa voz con la que se le habla es la propia y no una impuesta.

Advierte el autor, desde un principio, que su análisis se vincula en cierta medida con las prácticas del derecho penal anglo sajón pero que consiste en un enfoque crítico, que trate de identificar criterios y condiciones para construir, teóricamente, un sistema en el que la asignación de responsabilidad penal se realice “de manera justa”.

El texto de Duff problematiza con la legitimidad del castigo y pone el foco en ciertos aspectos que tienen que ver, por ejemplo, con la ausencia de autoridad moral por parte de quienes convocan a otros a rendir cuentas, cuando no están dadas las precondiciones sociales y políticas para que el derecho hable en nombre de toda la comunidad, o bien si se considera al infractor ajeno a la comunidad a la que pertenece o se le habla en un lenguaje que no es el propio.

Duff aspira a un derecho penal democrático e inclusivo, apropiado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros.

El autor no duda en caracterizar al derecho penal como una institución política que integra una estructura y un sistema político específico.

A partir de allí, en el contexto de un sistema democrático propone reemplazar la clásica idea de obediencia del derecho por la de observancia que realiza un buen ciudadano, convirtiéndose ello en un presupuesto de un derecho penal con pretensiones de legitimidad democrática.

Lejos de acatar la ley ciegamente, como una instancia externa que se impone por diferentes razones; el buen ciudadano intenta comprender el derecho, ponderar las justificaciones que se esgrimen para sostener una prohibición o un mandato y debatir si las mismas son aptas para cumplir sus finalidades. La ley se respetará no por temor sino porque contiene normas específicas que se reconocen como propias o de las cuales el ciudadano puede apropiarse.

Pronto, el eje de la discusión se traslada a las características que debe reunir una ciudadanía que permita que sus miembros consideren como propia la voz del derecho: inclusión, igualdad de consideración y respeto, confianza cívica, agencia y democracia liberal.

De allí que no sólo se es portador de derechos sino titular de deberes y responsabilidades, circunstancia que define los roles de las personas que se encuentran relacionadas de manera directa con un delito (víctima, testigo, acusado, delincuente, ex-convicto).

La responsabilidad cívica que se desprenda de dichos roles será relevante a la hora de pensar un derecho penal inclusivo, especialmente respecto al rol del delincuente, quien deberá rendir cuentas, a través del proceso penal, a toda la comunidad, asumiendo una postura activa respecto de su culpabilidad y de las responsabilidades que de ella deriva.

La perspectiva comunicativa del juicio y del castigo reclama una participación activa del infractor, quien adoptará la sanción como una instancia de expiación y disculpas, frente a la comunidad, por haber transgredido un derecho que le es propio y que a su vez pertenece a todos.

Duff hace un recorrido por aquellas sanciones que tienden a reafirmar en el delincuente la condición de ciudadano, frente otras—por ejemplo, el encarcelamiento—en las cuales prevalece meramente el carácter de infractor.

Con ello, señala la importancia de conservar de manera permanente el estatus pleno de ciudadano, el cual no debe menoscabarse en ningún momento y mucho menos luego de haber cumplido con el castigo impuesto por la comunidad a la que pertenece. Deja planteada la dificultad de incluir en este esquema algún tipo de consecuencia, en el plano estrictamente cívico, asociada al rol de ex convicto que no pueda ser considerada como un plus de castigo y, en consecuencia, como una persistencia de una exclusión incompatible con la idea de rehabilitación ante la comunidad que supone haber cumplido con el castigo impuesto.

Además, el autor aborda los prerequisites que se deben cumplir para que la comunidad pueda llevar adelante ese proceso comunicativo que despliega el juicio penal, sin los cuales, no sería posible hacerse la pregunta por la responsabilidad del infractor.

Dichas precondiciones se relacionan con las referidas al acusado (capacidad para comprender y responder), a la conducta imputada (qué es delito, jurisdicción, si ya fue objeto de juzgamiento, etc.) y a la

comunidad (ausencia de autoridad moral para pedir cuentas por un hecho).

Se ocupa, aplicando la lógica de la comunicación comunitaria razonable y en términos llanos, de problemas que han merecido extenso y diverso tratamiento por parte de la bibliografía jurídica especializada: la capacidad del agente para responder y las reglas de atribución o imputación de comportamientos y resultados en un sistema de responsabilidad penal.

Sin el cumplimiento de esas exigencias previas, no es que se elimina la responsabilidad del infractor, pero sí se configura un obstáculo para poder convocarlo a rendir cuentas.

Ello conduce a una tesis muy interesante respecto a que la responsabilidad penal es relacional: se es responsable, por algo que se hizo, ante alguien.

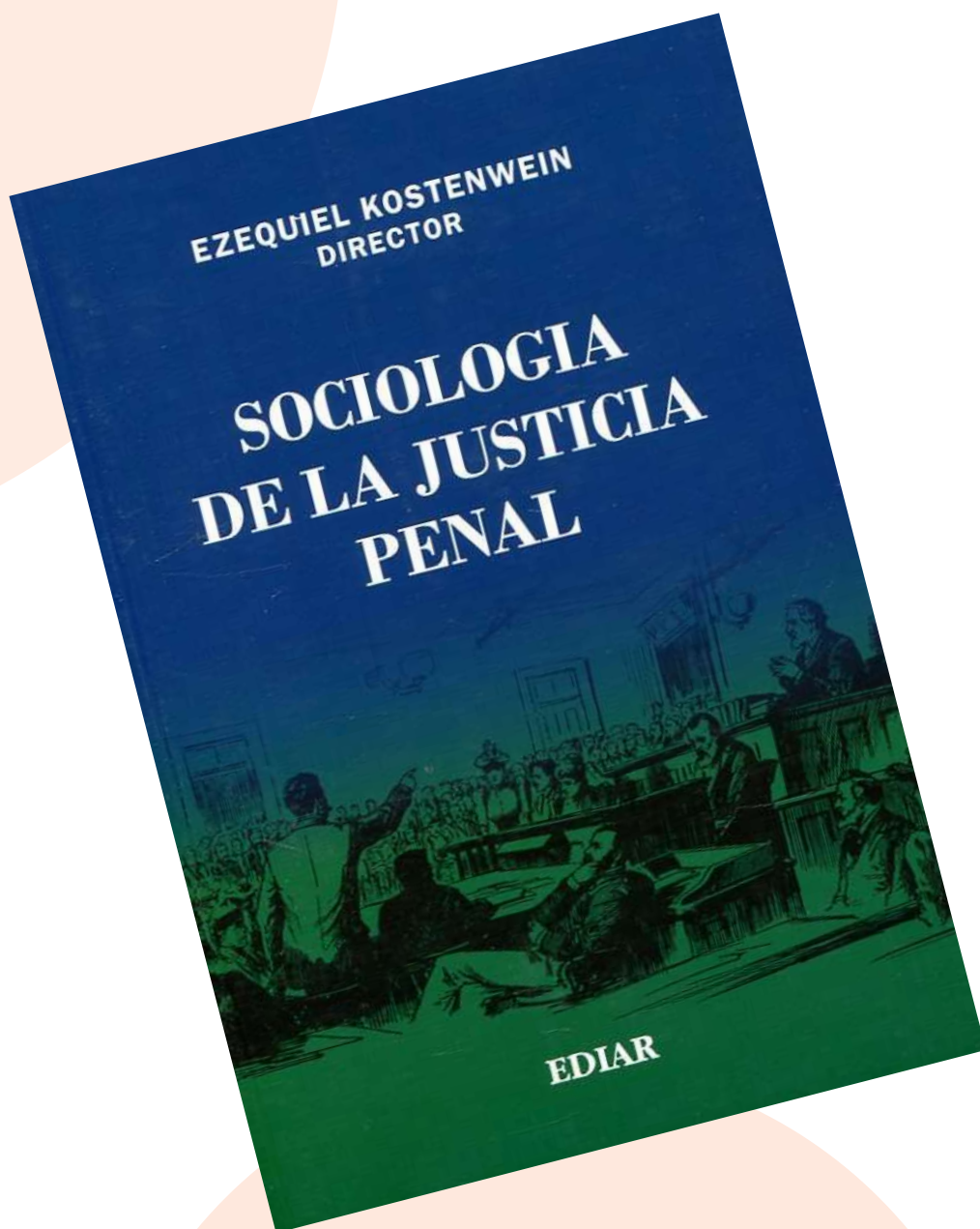
La definición de este segundo extremo de la relación, ante quién se responderá y cómo, vincula a esa noción de responsabilidad penal con las *prácticas* del juicio y la administración de las penas.

Esa responsabilidad es la que le quita relevancia al discurso disuasivo del derecho penal y permite destacar el campo de las razones morales y prácticas que influyen para que las personas se abstengan de delinquir.

Sobre el castigo no pretende, en modo alguno, aportar un análisis completo y definitivo del castigo y la responsabilidad penal, sino una alternativa de análisis de los problemas que ellos plantean desde un punto de partida claro, que no es otro que la definición de todo el sistema de responsabilidad penal como parte de un orden comunitario democráticamente administrado por un conjunto ciudadanos.

RESEÑA SOCIOLOGÍA DE LA JUSTICIA PENAL EZEQUIEL KOSTENWEIN

LEANDRO GONZÁLEZ
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA



Kostenwein, Ezequiel (dir.): *Sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Ediar, 2017, 500 pp.

La compilación de trabajos que logró llevar adelante Ezequiel Konstenwein tiene innumerable valor por múltiples motivos, de los cuales destacaré—en razón de tratarse sólo de una reseña—dos que se encuentran íntimamente vinculados: por un lado, la calidad de las presentaciones y por el otro, que pone al descubierto la necesidad de continuar produciendo obras que tomen a la configuración y actuación de los sistemas penales de nuestra región como objeto de estudio sociológico.

El texto se encuentra distribuido en tres secciones. La primera de ella se titula "Justicia penal y críticas al imperio de castigar" y cuenta con los aportes de Roberto Gargarella y Eugenio Raúl Zaffaroni. Luego encontramos "Historias sobre el presente de la justicia penal" y se presentan los trabajos de Gabriel Ignacio Anitua, Máximo Langer, Alberto Binder, Roberto Bergalli y Mariano Gutiérrez. Cierra el libro "Lógicas, prácticas y competencias dentro de la justicia penal" con los escritos de Pablo Ciochini, Ezequiel Kostenwein, Gabriel Bombini y José Garriga Zuncal.

El artículo de Roberto Gargarella, "El reproche estatal en una comunidad de iguales", invita a pensar la legitimidad y los alcances del castigo estatal en las sociedades modernas occidentales; cobrando relevancia dos núcleos centrales: el ejercicio de la coerción en manos del Estado y las desigualdades sociales.

Desde esa mirada, se llama la atención como el ejercicio de la fuerza por parte del Estado perdió su carácter de último recurso, para convertirse en una herramienta ordinaria que opera como primera respuesta a ciertas problemáticas sociales; del mismo modo que se visualiza el uso arbitrario de la penalidad por parte de los detentadores del poder. En ese contexto de desigualdad, la posibilidad de definir qué normas se aplica, cómo interpretarlas y de qué manera se imponen, retroalimenta la capacidad de poder de los grupos dominantes y coloca al aparato coercitivo al servicio de sus intereses.

Con ello las instancias punitivas cristalizan y reproducen las desigualdades sociales; de modo tal que la discusión se focaliza en el punto central: la justificación de la intervención represiva estatal formal en un ámbito de injustificadas desigualdades sociales. A partir de allí, el autor aborda la problemática de cómo reprochar faltas graves en una comunidad justa e igualitaria. A tal fin, alejándose de las tradicionales teorías que legitiman la pena, la instancia del castigo se imbrica en una filosofía política vinculada con las “concepciones de democracia deliberativa”.

Dicha postura resalta valores como el de comunidad, integración, igualdad, inclusión, participación política y virtud cívica; traduciendo la cuestión punitiva no en clave de castigo, disuasión, rehabilitación o neutralización, sino en base a la razón y el convencimiento que posee el ofensor en el marco de una comunidad de iguales de la cual él forma parte.

Raúl Zaffaroni, “Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina”, encara la relación de las dos variables bajo los siguientes prismas: la descripción (a la luz de la valoración de los contenidos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos) de la situación actual de los sistemas penales latinoamericanos; y las implicancias teóricas (para el campo de la criminología latinoamericana) que se desprenden de esa descripción. En el primer nivel de análisis destaca que el altísimo grado y número de las violaciones a de las garantías más elementales, muestran que la operatividad de los sistemas penales latinoamericanos deslegitima el discurso jurídico penal.

Realiza un recorrido histórico sobre la manera en que se expresaron las instancias punitivas en esta región y como se configuró, en cada período, un ejercicio disciplinador sobre los sectores más vulnerables. Destaca el rol que desempeñan los medios masivos de comunicación, vinculados a grandes grupos económicos, en el ejercicio de ese poder que moldea relaciones sociales asimétricas,

en el cual las campañas mediáticas de ley y orden producen antagonismos al interior de los sectores más vulnerables.

Sin embargo, el autor nos recuerda que el mayor número de muertes en esta región son producidas por las propias agencias ejecutivas del Estado en su actuación bajo la clave de un poder punitivo selectivo, que arrasa con victimizados, criminalizados y miembros de las fuerzas de seguridad (que también son reclutados de los sectores sociales más postergados). Dicha descripción permite deslegitimar al sistema penal y como llave de comprensión, Zaffaroni, vincula la problemática con la ubicación periférica de nuestra región, la cual resulta dependiente de los centros de poder mundial.

De esa forma postula el desarrollo de una criminología crítica y aplicada, autónoma de los cánones epistemológicos establecidos por las disciplinas de los países centrales, que se construya a partir de nuestras propias experiencias y que se oriente a la reducción de la violencia que ejerce el poder punitivo en estas latitudes.

En "Apuntes genealógicos sobre lo judicial. Un recorrido por los inicios del atributo de juzgar", Gabriel Ignacio Anitua da cuenta de ciertos momentos históricos que permiten comprender el poder judicial del presente. La afirmación al inicio de su trabajo marca el derrotero de su desarrollo posterior: los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella.

El autor contextualiza la problemática del juzgamiento en el período posterior a la disgregación de los estados feudales, y marca el proceso de burocratización y profesionalización experimentado en la actividad de juzgar. De esa forma, Anitua transita por el modelo de juzgamiento estructurado por la "Inquisición", señala los cuestionamientos de la "Época Ilustrada" y alude a las características que adoptó la jurisdicción luego de las revoluciones de finales del siglo XVIII.

Visualizada la vinculación de la actividad de juzgar con los procesos políticos, se focaliza en dos cuestiones centrales: por un

lado, la independencia y autonomía del poder judicial y por el otro el rol que debe cumplir en el marco de un sistema democrático. En ese último sentido, entra en escena la actividad judicial como garantía del respeto a los derechos fundamentales.

Máximo Langer, con su aporte titulado “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, aborda los procesos de reformas de los sistemas penales de la región ocurridos a partir de la década del 90 del siglo pasado.

La similitud de los argumentos que fueron utilizados por los distintos Estados, marca la crítica que ensayaron los operadores jurídicos a los modelos de administración de justicia tradicional, las cuales confluyen en el objetivo de desplazar un paradigma inquisitivo a procesos con características adversarial. En dicho derrotero, se destaca la actuación de “expertos activistas” que lograron imponer en la agenda la necesidad de reformar el sistema judicial penal, produciéndose un fenómeno interesante que consiste en una producción regional que marca una dirección desde la periferia a los centros de poder.

Las nociones de “difusión desde la periferia” y la red de expertos activistas” atraviesan la descripción de los movimientos de reformas procesales que culminaron imponiéndose en la región.

Alberto M. Binder, en “La comprensión de la justicia penal como espacio político. Notas para un avance en la crítica al funcionamiento de la justicia penal”, retoma trabajos anteriores en donde lo político cumple un papel central (muchas veces invisibilizado) en el marco de la administración de la justicia penal. El autor consigue alcanzar los objetivos propuestos en cuanto sus aportes a una crítica tanto externa como interna de la organización judicial penal. Con ello contribuye a ampliar el caudal de nociones políticas que se dirimen en el proceso penal y permite consolidar un cuerpo teórico acerca de la actividad judicial en materia penal.

Sin embargo, la mirada del autor está lejos de quedarse en la dimensión teórica, dado que la misma se encuentra al servicio de sus implicancias prácticas.

Los aportes de Binder están direccionados a intervenir en el funcionamiento cotidiano y real de la burocracia penal; de forma tal que se constituyen en potentes herramientas a la hora de evaluar y transformar la política judicial en materia penal. La preocupación por la producción empírica que acompañan los postulados teóricos queda de esta forma no sólo a disposición de los actores judiciales, sino también al alcance de todos aquellos que experimentan en carne propia la actuación de los modelos penales. La construcción de un saber práctico acerca del funcionamiento de la justicia penal se constituye en uno de los rasgos más interesantes de esta obra. Del mismo modo, la metodología utilizada, la noción de "campo" con la que se aborda la justicia penal, permite esquivar críticas lineales y muchas veces superficiales de un fenómeno complejo como es la operatividad de los modelos de administración de la justicia penal.

En "Administración de justicia penal y cuestión judicial. Hacia una sociología del control social", Roberto Bergalli recupera un debate fundacional en torno al Movimiento Latinoamericano de Criminología Crítica y brega por la consolidación de un saber que denominó Sociología del Control Penal.

El recientemente fallecido criminólogo realiza una distinción entre el control social general como el género y el control jurídico penal como el tipo, interpretando la diferenciación como dos momentos atravesados por las lógicas de dominación que se han desplegado en nuestra región.

Con mayor precisión, Bergalli postula que la sociología del control penal está integrada por dos niveles, uno que se enfoca a la criminalización primaria y el otro a la criminalización secundaria, ámbito sobre el cual adquiere relieve la sociología de la administración de justicia.

Dentro de dicha especialidad, el autor destaca como temas centrales la independencia del poder judicial, la formación de los juristas y las ideologías por las cuales están atravesados, la relación entre el poder y la administración de justicia. En ese contexto destaca tanto el rol con el que tradicionalmente se pensó a los jueces, como así también el que deberán afrontar en relación a las problemáticas actuales. Es decir, se plantea el desafío y las dificultades que implica abandonar una lógica mediante la cual se coloca al juez como el ejecutor de la tutela de derechos para convertirse en el titular de la distribución de recursos y constructor de equilibrio entre los intereses supraindividuales.

Mariano H. Gutiérrez nos invita a repasar la historia reciente de la política criminal que se implementó en la provincia de Buenos Aires. En “Coyuntura y frentes de tormenta. La política criminal de la provincia de buenos aires 1996-2014”, pone el acento en los vaivenes de una política represiva que ha tenido tanto períodos de reformas progresistas o garantistas como así también contramarchas conservadoras que en definitiva endurecieron el sistema penal.

El autor destaca que la cuestión penal ha sido uno de los temas más recurrentes en la provincia, y tanto es así que entre el año 1996 y 2013 se dictaron 59 leyes que introdujeron reformas al sistema penal. Además, es importante resaltar que las iniciativas que intentaron atenuar la configuración más dura del sistema penal fueron impulsadas por los mismos actores y espacios políticos que luego fijaban medidas conservadoras y represivas.

Luego de la descripción de las “idas y vueltas” en torno a las reformas del sistema penal, Gutiérrez plantea una series de hipótesis por demás interesantes: el desarrollo de la política criminal bonaerense no responde, principalmente, a grandes cambios de época ni a la importación de discursos adjetivados como mano dura, tolerancia cero o derecho penal del enemigo (los cuales si entran en juego pero en clave de tendencias políticas puestas en marcha), de la

misma manera que tampoco debe atribuirse a transformaciones significativas de la estructura social y cultural del país.

Por el contrario, estima que la dirección y la ejecución de la política criminal de la provincia de Buenos Aires, debe ser entendida como parte de una política de gobierno, en el cual el tema de la gobernabilidad es crucial, y por lo tanto las discusiones ideológicas, criminológicas o jurídicas se diluyen, dado que todo ese saber se encuentra al servicio de dicha política.

En "Cambiando todo para no cambiar nada. Las reformas en el proceso penal bonaerense", Pablo Ciocchini identifica a la morosidad judicial como uno de los motores que condujeron a cambios profundos en el proceso penal bonaerense. Señala que esas importantes transformaciones han repercutido en las prácticas penales llevadas adelante por los operadores judiciales. Describe cómo los discursos reformistas técnicos y gubernamentales moldearon la discusión sobre la reforma judicial en el ámbito penal alrededor de la necesidad de erradicar la demora judicial y explora, en base al trabajo de campo realizado, el impacto de estas reformas en el desarrollo.

Concluye que los resultados originados a partir de los cambios introducidos no fueron aquellos que se buscaran formalmente, dado que en la cotidianidad de la labor judicial se evita la celebración de juicios orales y se tramitan casos de baja complejidad.

Ezequiel Kostenwein, en "Apresurando decisiones. La justicia penal ante las exigencias de celeridad", aborda la instauración, frente a la necesidad de aportar celeridad en las resoluciones judiciales, del procedimiento de flagrancia en la provincia de Buenos Aires.

Comienza por describir ese tipo de procesos, junto con los fundamentos y objetivos que se tuvieron en cuenta para su implementación, y contrasta esos elementos con la evaluación que realizan los operadores judiciales de dicho procedimiento. En ese marco analiza, a partir de los resultados del trabajo de campo, los

argumentos que ofrecen los actores del sistema en relación a la utilización de la prisión preventiva.

En “El desafío judicial de ‘conocer’ el impacto de sus prácticas. Problematicando las registraciones judiciales en torno al uso del encarcelamiento por la desfederalización de la ley de estupefacientes en la provincia de Buenos Aires”, Gabriel Bombini posa la mirada sobre un tema muchas veces soslayado: el desinterés por parte de la organización judicial del conocimiento de sus propias prácticas y de las formas que estas impactan en las decisiones que se adoptan de manera cotidiana y que repercuten en el entorno social.

Vincula la temática con parámetros exigibles en términos democráticos, la deslegitimación social de la organización judicial, su distanciamiento con la comunidad y la autopercepción de los actores sociales en cuanto al imaginario de una labor técnica desvinculada de dimensiones sociales, políticas y económicas. El autor recurre a las registraciones judiciales relacionadas con la competencia que asumió la provincia de Buenos Aires en materia de ciertas infracciones previstas en la ley de estupefaciente y a partir de allí dota de visibilidad a un campo muy poco explorado en la administración de judicial: qué hacen, y por qué lo hacen, los operadores judiciales.

“Algunos fiscales son antivigi. Un estudio sobre las interacciones entre funcionarios judiciales y policías de la provincia de Buenos Aires”, es la contribución que realiza José Garriga Zucal. Allí se destaca la relación entre policías y operadores judiciales, pero desde la representación que tienen de sí mismos los primeros. Para ser más preciso, a partir de un modelo de auto-representación que construyen los policías sobre su trabajo, el cual se puede resumir en la frase “el verdadero policía”, se avanza sobre la manera en que estos se vinculan con los actores judiciales, destacándose especialmente la percepción que tienen los miembros de las fuerzas de seguridad acerca de la consideración que despiertan en estos últimos.

El imaginario “verdadero policía” (sacrificado, valiente y desinteresado luchador contra el crimen), atraviesa la noción

construida por el autor de "carrera laboral moral" y sirve como arquetipo de la profesión (que, como todas, presenta múltiples diferenciación y heterogeneidades). A su vez, la idea de "verdadero policía" se constituye en la matriz relacional que ordenará la vinculación con los operadores judiciales.