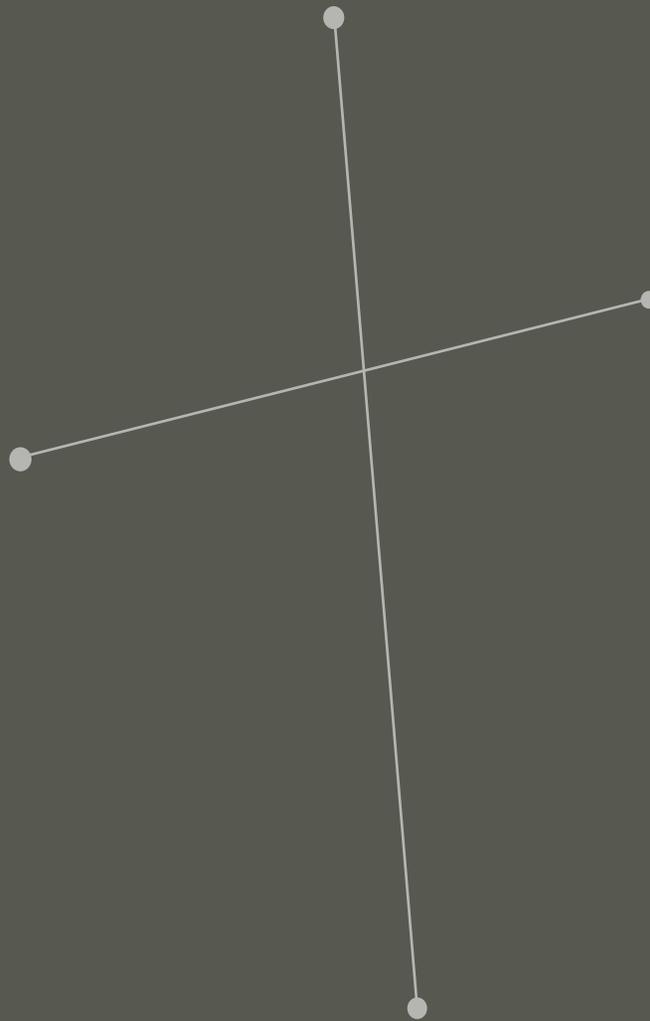


ISSN 2718-6415



REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

AÑO 1 | NÚMERO 1 | AGOSTO 2020



EQUIPO DE TRABAJO

Director Editorial

Germán Silva García

Universidad Católica de Colombia

Secretaria Editorial

Estefanía Paola Cuello

Subsecretario Editorial

Federico Daniel Vainstein

Flecher

Arte y Diseño

Mariana Betoño

Soledad Lohlé

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Rector

Enrique Del Percio

Vicerrectora Académica

María Irma Marabotto

Vicerrector de Investigación y
Extensión

Jerónimo Biderman Núñez

Decana de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y de la
Administración

Laura Ochoa

ISSN 2718- 6415

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA



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

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

Correo electrónico: relasocju@usi.edu.ar

Web: <https://www.usi.edu.ar/sobre-revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/>

COMITÉ CIENTÍFICO

Rosembert Ariza Santamaría | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

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

Dayana Becerra | Universidad Católica de Colombia, Colombia

María Inés Bergoglio | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

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

Manuel Calvo García | Universidad de Zaragoza, España

Kerrie Carrington | Queensland University of Technology, Australia

Jorge Enrique Carvajal | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Ana Milena Coral | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Angélica Cuéllar Vázquez | Universidad Nacional Autónoma de México, México

Solange Delannoy | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Enrique Del Percio | Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, Argentina

Martha Díaz de Landa | Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Rubén Donzis | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Julio Echeverría | Universidad Central, Ecuador

María José Fariñas Dulce | Universidad Carlos III, España

Vincenzo Ferrari | Università degli Studi di Milano, Italia

Edmundo Fuenzalida | Universidad de Chile, Chile

Laura Gamarra | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Valeria Giordano | Università degli Studi di Salerno, Italia

Eugenia Gómez del Río | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Alejandro Gómez Jaramillo | Universidad Santo Tomás, Colombia

Manuela González | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

María José Jiménez Díaz | Universidad de Granada, España

Vladimir Llano | Universidad Libre de Cali, Colombia

Laura Lora | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Adriana Mack | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

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

Letizia Mancini | Università degli Studi di Milano, Italia

Luis Eduardo Morás | Universidad de la República, Uruguay

Marco Navas Alvear | Universidad Andina, Ecuador

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

José O. Orler | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

Néstor Osuna Patiño | Universidad Externado de Colombia, Colombia

Juan Carlos Oyanedel Sepulveda | Universidad Andrés Bello, Chile

Bernardo Pérez Salazar | Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Colombia

María Verónica Piccone | Universidad Nacional de Río Negro, Argentina

Cirus Rinaldi | Università degli Studi di Palermo, Italia

Fernando Rister de Sousa | Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

David Rodríguez Goyes | Oslo University, Noruega

Rafael Rosell Aique | Universidad Pedro de Valdivia, Chile

Alejandro Rosillo | Universidad San Luis de Potosí, México

Olga L. Salanueva | Universidad Nacional de La Plata, Argentina

David Sánchez Rubio | Universidad de Sevilla, España

Fulvio Santarelli | Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, Argentina

Rene van Swaaningen | Erasmus University, Países Bajos

Dolores Suárez | Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

Jimena Sierra Camargo | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Antonio Tucci | Università degli Studi di Salerno, Italia

Víctor Manuel Uribe | Florida International University, Estados Unidos

Franz Vanderschuenen | Universidad Alberto Hurtado, Chile

Roberto Vidal | Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

José Vicente Villalobos | Universidad de Zulia, Venezuela

Antonio Carlos Wolkmer | Universidade de LaSalle, Brasil

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

Daniela Zaikoski Biscay | Universidad Nacional de La Pampa, Argentina

ÍNDICE

5. Sobre la Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica

Germán Silva García

6. Presentación de la revista por el Rector de la Universidad de San Isidro

Enrique Del Percio

ARTÍCULOS

8. Criminalidad, desviación y divergencia. Una nueva cosmovisión en la criminología del sur

Germán García Silva, Fabiana Irala y Bernardo Pérez Salazar

33. La falacia de los derechos reproductivos: entre la sangre, la sexualidad y el cuidado

Enrique Del Percio

60. “El partenón de los libros prohibidos”: un análisis en las intersecciones entre la sociología, el arte y el derecho

Andrea L. Gastron

92. ¿Es (aún) necesaria una sociología del derecho en Brasil?

Germano Schwartz

134. Abogados golondrinas o la internacionalización de la profesión jurídica: el caso de Venezuela

Rogelio Pérez Perdomo

156. Justicia cognitiva y divergencia social. Resistencia pacífica a través del turismo comunitario

Fernanda Navas-Camargo

183. Mirror box: ¿Una reivindicación estética sobre el capital erótico de la mujer?

Eduardo Andrés Perafán Del Campo, Sebastián Polo Alvis y Jessica Lizeth Caro Pulido

207. Desde una ventana de redes sociales: reflejos violentos y proyección armada

Patricio Rosas Ortiz

245. La juristocracia y el activismo judicial en el supremo tribunal federal de Brasil

Claudia Maria Barbosa y José Querino Tavares Neto

278. Consolidación de reformas judiciales: análisis de experiencias en juicios por jurado

María Inés Bergoglio

305. La selectividad penal negativa de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por la fuerza pública del estado colombiano

Pablo Elías González Monguí

346. Proceso de paz en Colombia y la justicia penal internacional

Rafael Velandia Montes

372. Seguridad y neoliberalismo ¿Cómo se construyen las sociedades de control?

Juan Pablo Ciudad Pérez

BASES Y NORMATIVAS

397. Instrucciones para la presentación de artículos

ANEXO

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

SOBRE LA REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica es una publicación semestral, digital, abierta, dedicada al conocimiento, difusión y debate de la sociología jurídica. Como tal se ocupa tanto de la adopción, aplicación y operación en el mundo social de las normas jurídicas e instituciones asociadas a su cumplimiento; como de las actitudes, posturas o acciones de personas o grupos sociales ante las normas jurídicas y las instituciones vinculadas a ellas. Es una publicación editada en América Latina, con los propósitos principales, pero no únicos, de contribuir a la construcción de una sólida comunidad académica latinoamericana y a la gestación de un pensamiento continental, al propiciar un punto de encuentro, discusión y circulación de sus voces. Lo anterior, junto a la pretensión de lograr avances en el conocimiento, mediante la publicación de artículos de investigación o teóricos, al igual que de reseñas, elaborados por autores latinoamericanos o de cualquier otro contexto, en lengua castellana, portugués, inglés, francés o italiano. Para el efecto, los textos deberán ser inéditos, críticos, respetuosos del ser humano, con un marcado acento interdisciplinario, preparados de acuerdo con las normas éticas que regulan el trabajo académico y científico, de las que las autoridades de la revista son fieles guardianes.

Germán Silva García

Director

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA POR EL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Es motivo de gran satisfacción para la Universidad de San Isidro albergar en el seno de su Editorial Poliedro la publicación de la Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica. Décadas de encuentros en congresos, jornadas, lecturas recíprocas, cursos compartidos, fueron permitiendo la conformación de un colectivo que hoy asume haber llegado a la madurez suficiente como para lanzarse a este emprendimiento. Feliz encuentro entre una pujante comunidad epistémica con una universidad joven que, con esta publicación, da inicio a una empresa de promoción y difusión de la producción científica situada que se irá extendiendo a otros campos.

Me enorgullece escribir estas líneas de congratulación en un doble carácter: como rector de nuestra querida Universidad y como uno de los fundadores, hace ya quince años, de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, institución que ha dado vital impulso a la conformación de un colectivo de colegas dedicados a comprender y transformar nuestras realidades desde este campo concreto de estudio¹. El encuentro fundacional tuvo lugar en Córdoba, en la misma casa de altos estudios en la que, con profunda vocación latinoamericana, se inició en 1918 la Reforma Universitaria. Poco más de medio siglo después, también en Córdoba, tuvo lugar el nacimiento oficial de la filosofía de la liberación, uno de los aportes más trascendentes del pensamiento latinoamericano al acervo universal. Algo de esos aires cordobeses se percibe en esta publicación. No se trata de una revista más de sociología jurídica, sino que tiene una impronta clara: es una revista latinoamericana, una revista que aspira a abarcar la universalidad (si no, no hablaríamos de revista científica) pero una universalidad situada: se trata de pensar la sociología jurídica desde América Latina. Por cierto, Latinoamérica es un lugar de enunciación, un significativo, no propiamente un lugar geográfico. Abundan investigadores e investigadoras en nuestras universidades que piensan desde Europa o desde Estados Unidos, por más que vivan en estas playas, así como también los hay en otras latitudes que son capaces de

¹ El facsímil del Acta Constitutiva de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU) se incluye al final de este primer número de la Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica.

pensar desde Latinoamérica cuando así resulta necesario. No es lo mismo, por ejemplo, pensar el origen del capitalismo desde Europa, atribuyéndolo a meras cuestiones endógenas, que hacerlo asumiendo la importancia que en ese proceso tuvieron la llegada del oro, la plata y la inusitada variedad de cultivos y productos tangibles, como de ideas y de obras de arte, que viajaron hacia allá procedentes de América. Eso, a su vez, lleva a incluir en la explicación la mano de obra esclava necesaria para tales fines, y por ende desde América se debe pensar en África, lo que también mueve a incorporar en todo intento de explicación riguroso, a otros sectores ignorados por un pensamiento localmente limitado, como puede ser el lugar de la mujer o el papel de la piratería en la acumulación originaria del capital. Pensar desde Latinoamérica es, en ese sentido, sinónimo de pensar con criterio universal aunque nunca se haya pisado nuestro continente.

Esta Universidad asume como propia la proclama de un Papa no casualmente latinoamericano: escuchar el clamor de los pobres y de la tierra. Esa no es sólo una consigna ética, sino también epistemológica: no es posible entender la realidad si sólo se lee el documento redactado por el vencedor. Es preciso salir de ese encierro ideológico abriendo los oídos a la víctima para tener una percepción más completa y que, por ende, responda mejor a los cánones más estrictos del conocimiento científico.

El hecho de que la dirección de la Revista esté a cargo de nuestro querido y admirado colega Germán Silva, así como la trayectoria académica, profesional y ética de cada integrante del Consejo Editorial, garantizan a la vez el necesario pluralismo y la seriedad y el rigor analítico de esta publicación. Sus páginas están abiertas a la producción de colegas de todas las latitudes y de todas las ramas de la investigación sociojurídica, sin más limitaciones que las provenientes de la exigencia de mantener el más alto nivel académico.

Queridos y queridas colegas, estudiantes y colaboradores de la Universidad de San Isidro y de la comunidad de investigación y docencia en Sociología Jurídica, en estos tiempos aciagos encontramos acá una buena razón para la esperanza. Congratulaciones.

Enrique Del Percio

Rector de la USI

**CRIMINALIDAD, DESVIACIÓN Y DIVERGENCIA.
UNA NUEVA COSMOVISIÓN EN LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR¹**

Germán Silva García²

ORCID: 0000-0002-3972-823X

Universidad Católica de Colombia

gsilva@ucatolica.edu.co

Fabiana Irala³

Universidade Estadual do Oeste de Paraná

Fabiana_irala@yahoo.com.br

Bernardo Pérez Salazar⁴

Universidad Católica de Colombia

bperez@ucatolica.edu.co

Resumen

Este trabajo examina las distorsiones de la criminología del Norte Global en la comprensión de las acciones sociales. Utiliza los métodos analítico y dialéctico para explicar el concepto de acción social, analizar los equívocos e implicaciones que se derivan del uso de las nociones de *criminalidad* y de *desviación social*, empleadas por la criminología del Norte y asimiladas de modo acrítico en el Sur, y presentar la categoría teórica de la *divergencia social*. Para, entonces, incursionar en la cuestión central de este

¹Traducido del español al portugués por Fabiana Irala.

²Doctor (PHD) en Sociología de la Universidad de Barcelona, máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, abogado de la Universidad Externado de Colombia. Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; este trabajo hace parte del Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad.

³Doctoranda en Criminología de la Universidad de Sao Paulo, maestra en Dereito Econômico de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, abogada de la Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Profesora de la Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

⁴Doctorando en Educación de la Universidad Santo Tomás, máster en Planeación del Desarrollo Regional del Institute of Social Studies, comunicador social de la Universidad del Valle. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; este trabajo hace parte del Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad.

artículo: un planteamiento acerca de la cosmovisión relativa a las acciones sociales que despiertan el interés del control penal, acorde con las necesidades de la criminología del Sur Global.

Palabras clave: criminalidad, desviación social, divergencia social, criminología del Sur Global, cosmovisión criminológica.

FROM THE DISTORSIONS OF THE GLOBAL NORTH'S CRIMINOLOGY TO THE SOUTHERN CRIMINOLOGY'S NEW COSMOVISION

Abstract

This article examines the distortions of criminology of the Global North in the understanding of social actions. It applies the analytical and dialectical methods to explain the concept of social action, analyze the misgivings and implications derive from the use of the notions of *criminality* and *social deviation*, employed by the criminology of the North and assimilated in an uncritical way in the South, and present the theoretical category of social divergence. To, then, dabble in the central question of this article: An approach about the criminological cosmovision regarding social actions that arouse the interest of criminal control, in line with the needs of criminology of the Global South.

Keywords: criminality, social deviation, social divergence, criminology of the Global South, criminological cosmovision.

CRIMINALIDADE, DESVIO E DIVERGÊNCIA. UMA NOVA VISÃO MUNDIAL EM CRIMINOLOGIA SUL

Resumo

Este artigo examina as distorções da criminologia do Norte Global na compreensão das ações sociais. Utiliza métodos analíticos e dialéticos para explicar o conceito de ação social, analisar os mal-entendidos e implicações que derivam do uso das noções de criminalidade e desvio social, utilizadas pela criminologia no Norte e assimiladas de forma acrítica no Sul, e apresentar a categoria teórica da divergência social. Para, então, aprofundar a questão central deste artigo: uma abordagem da cosmovisão relativa às ações

sociais que despertam o interesse do controle criminal, de acordo com as necessidades da criminologia no Sul Global.

Palavras-chave: criminalidade, desvio social, divergência social, criminologia do Sul Global, cosmovisão criminológica.

Introducción

Los desarrollos teóricos de la criminología en el Norte Global referidos a la manera como son definidos y comprendidos los hechos, valga decir, las acciones sociales, que pueden llegar a ser definidas como delictivas por las agencias de control penal, han provocado toda clase de errores teóricos en la descripción e interpretación de tales acciones, con lo que la realidad resulta gravemente distorsionada. En esos procesos la realidad objetiva es sustituida por visiones subjetivas, basadas en juicios de valor, que socialmente constituyen una “realidad” acorde con intereses y valores de las élites. Esa visión, que no compromete a toda la criminología del Norte Global, pero sí a una porción muy extensa, ofrece una paradoja singular. Ella radica en que su discurso, por una parte, es epistemológicamente errático y muy endeble, pero, por otra parte, ha sido políticamente eficaz para imponer las lógicas de poder que patrocina.

La criminología del Norte Global, sobre todo en sus inicios, pero una parte importante de ella aún hoy en día, entendía y definía esas acciones como *criminales*, a la postre, intrínsecamente criminales. Más adelante, la mayor parte de la criminología del Norte Global, influida por la vertiente más conservadoras de la sociología, adoptó la idea de *desviación social* como piedra angular para entender las acciones que debía calificar como delictivas. Estas dos corrientes, sin grandes diferencias entre sí, serán llamadas respectivamente de la *sociología criminal* y de la *sociología de la desviación*. Estos puntos de vista produjeron conceptualizaciones teóricas sobre la naturaleza y atributos que podían ser endilgados a esas acciones, con consecuencias sustantivas sobre la delimitación del objeto de estudio de la criminología.

El Sur Global fue colonizado con los parámetros anteriores y, sobre esa base, reprodujo sus discursos, arrastrando consigo todos sus yerros, sin ningún ejercicio crítico. En el seno de la criminología del Norte Global aparecieron debates con argumentos y refutaciones entre sus puntos de vista. Frente a ellos, la criminología del Sur Global terminaba alineándose con una u otra posición. Pero siempre entre los bandos de la Criminología del Norte, de nuevo sin ningún sentido crítico. El desarrollo de una criminología propia del Sur Global debe emprender una revisión crítica de esas definiciones y comprensiones sobre las acciones sociales para, luego de develar sus graves equivocaciones y deformaciones, proceder a plantear una nueva cosmovisión acerca de las acciones que pueden ser tratadas por la justicia penal. Esto significa introducir un modo distinto de representar esas acciones. Es decir, de divisar y relatar la realidad existente, lo que debe conducir a promover nuevas percepciones, conceptos e interpretaciones.

Entonces, será presentada una alternativa para que la criminología del Sur Global pueda liberarse de los defectos y distorsiones que han dominado el panorama. El enfoque de la criminología del Sur Global pretende asumir una vía que permita encontrar perspectivas y herramientas teóricas adecuadas, congruentes y más pertinentes para conocer e interpretar las realidades propias del Sur. En especial de América Latina. No sólo porque tiene componentes distintos de aquellos que informan las realidades del Norte, también para romper con la colonización cultural impuesta desde los saberes criminológicos del Norte Global (Carrington, Hogg&Sozzo, 2016). La intención no es desconocer u omitir los progresos teóricos e investigativos de la ciencia social en los centros metropolitanos del Norte, es corregir sus sesgos por la vía de democratizar y decolonizar teorías y metodologías para hacer criminología (Carrington, Hogg, Scott&Sozzo, 2018).

Los estudios decoloniales que han sido la matriz de inspiración de la criminología del Sur Global, suponen la necesidad de emprender un giro decolonial (Maldonado-Torres, 2008). Entendido, a los efectos de este artículo, como una nueva forma epistemológica y política de percibir la realidad más allá de las lógicas coloniales. Esto acarrea nuevas rutas cognitivas en el examen de los grupos sociales históricamente marginados, que analicen las lógicas coloniales de poder y saber que han imperado (Bernardino-Costa, 2015;

Bernardino-Costa & Grosfoguel, 2016; Rodríguez Goyes, Mol, Brisman & South, 2017; Bernardino-Costa, 2019). Escenario en el que habrá que interrogarse sobre cómo se ha organizado la dominación cultural, desde la que emerge la producción y reproducción de interpretaciones usadas para clasificar a las poblaciones (Quijano, 2004). Lo que para este artículo significa examinar la cosmovisión que ha estructurado el pensamiento eurocéntrico, en el aspecto puntual planteado de su visión acerca de las acciones sociales. Traducida ésta en discursos académicos que han clasificado a los transgresores en criminales y desviados. Sendero que lleva a plantear la “necesidad de reconstrucción de los objetos de la sociología” (Bhambra, 2014: 132).

Las nociones de criminalidad, desviación social y divergencia social

El debate de los conceptos incorporados en el título del apartado, lo mismo que de las visiones que marchan aparejados a ellos, exige de manera previa exponer el concepto de acción social. Esto porque tanto la idea de criminalidad, como la de desviación social, han sido introducidas, supuestamente, como tipos específicos de acciones sociales.

La acción social es una conducta que tiene un sentido significativo para los demás (Weber, 1968). Esto implica que una acción social es un acto humano, que tiene una expresión en el mundo físico, siendo entonces posible constatar su existencia en forma empírica. Mientras que resulta social porque afecta o incide en otras personas, a quienes la acción les comunica algo. Las acciones sociales son, por ende, objetivas y, en esos términos, pertenecen a la dimensión descriptiva de la vida social. En consecuencia, las acciones sociales se distinguen de las definiciones, juicios de valor u opiniones que son emitidas sobre esas acciones, las cuales no son reales, pues son ideas. Estas últimas son subjetivas, y hacen parte del mundo de lo prescriptivo. Su contenido no puede ser empíricamente comprobado. Es posible estar de acuerdo o en desacuerdo con ellas, discutir la estructura lógica que las fundamenta o debatir los argumentos expuestos para obtener su aprobación.

De acuerdo con lo anterior, el *quid* del asunto radica en que, por ejemplo, si un individuo le ocasiona la muerte a una persona, ese acto será una acción social, de índole descriptiva. Con posterioridad, esa acción puede ser valorada como criminal o desviada o, de modo opuesto, como una conducta justificada mediante un juicio de valor subjetivo. El carácter criminal de la acción o su licitud, su connotación como desviada o conformista, no obedece a características o atributos inherentes a la acción, contenidos en sus cualidades esenciales. La calificación como criminal o desviada de la acción emerge de una decisión contenida en normas jurídicas o sociales, de naturaleza prescriptiva.

La sociología ha hecho del estudio de las acciones sociales parte de su objeto de conocimiento. A la sociología jurídica penal, como subespecialidad de la sociología, le compete también el estudio de las acciones sociales, pero no de todas. La especificidad que permite diferenciar a esta especialidad de su matriz, recae en las implicaciones jurídicas que tienen o pueden tener las acciones sociales. Por tanto, respecto de las acciones ha de tener interés en aquellas que expresan una posición o una actitud ante el derecho y el control penal o, mejor, aquellas acciones sociales que resultan de interés para el derecho o el control penal. Este es el resultado de la conjugación interdisciplinaria entre una ciencia empírica (la sociología) y otra normativa (el Derecho). Pues, aunque la primera es descriptiva y la segunda prescriptiva, como bien se indicó hay una mutua influencia entre esas dos dimensiones (Habermas, 1990), pese a que la filosofía positivista se empeña en negarlo (Kelsen, 1967).

Sin embargo, pese a la claridad de lo expuesto, a lo largo de la historia la criminología del Norte Global, de modo contradictorio y confuso, ha seguido dos rutas teóricas contrarias a lo explicado para comprender esas acciones sociales de interés penal. Confusión transmitida al Sur, contagiado por ese mismo embrollo. Enseguida se explican:

En sus inicios la criminología dedica sus esfuerzos al estudio de las conductas criminales. Desde luego, en esos tiempos, fines del siglo XIX y buena parte del siglo XX, supone que hay conductas y personas que en sí mismas son criminales (Lombroso, 1897; Marañón, 1935; Kretschmer, 1954; Wilson & Herrnstein, 1985; Herrnstein & Murray,

1994; Wilson, 2000; Galton, 2004). Es más, la disciplina presumía que había unos atributos, empíricamente verificables, que hacían criminales a los sujetos y sus acciones. Por tanto, las acciones sociales podían ser criminales, y la disciplina estaría dedicada al estudio causal explicativo de la criminalidad. Lo anterior constituyó el pensamiento dominante por décadas, pese a que concurren algunas voces disidentes. Planteamiento que fue abrazado en el Sur sin ningún cuestionamiento. Esta primera vertiente se denominará la *sociología criminal*.

El punto de vista anterior habría sido válido si, como lo afirmaban las criminologías que seguían orientaciones fundadas en la sociología criminal, la antropología física, la biología y algunas vertientes de la psicología, las personas portaran determinados rasgos o condiciones que las hicieran criminales en forma necesaria. Como el tamaño y forma de las orejas, el tipo de huesos del cráneo, ciertos biotipos, alteraciones en las glándulas endocrinas, tener tatuajes, la raza negra o indígena, ciertas enzimas, determinados genes, etc. No obstante, con numerosos y variados aportes la criminología refutó de modo sistemático la credibilidad de semejantes teorías, hoy con escasos seguidores (Silva García, 2011a).

En la década de los 60 del siglo XX y en los años subsiguientes, un importante sector de la criminología, constituido por las corrientes sociológicas del interaccionismo simbólico y la teoría del conflicto, demostró que las etiquetas de criminal y desviado o su estatus no son una característica de la conducta, al contrario, se trata de definiciones (Tannenbaum, 1938; Becker, 1963; Turk, 1964; Vold, 1967), basadas en un proceso de criminalización, ejecutado por quienes tienen el poder necesario para ello. La criminalidad y la desviación social son producto de intervenciones del control social, que le estampan los adjetivos de desviados o criminales a los sujetos o a determinadas conductas. Entonces, no hay acciones sociales criminales o desviadas. Lo cual, desde luego, no significa que los conceptos de crimen o delito sean inútiles, sólo que se trata de nociones prescriptivas, provenientes del Derecho.

Con todo, muchos teóricos, que aceptaron las críticas mencionadas, aún seguían pensando que la criminología estudiaba la criminalidad como hecho real o material y el

control penal (Kaiser, 1983; García Pablos de Molina, 1988; Killias, 1991; Garrido, Stangeland & Redondo, 2001). Una actitud del todo incongruente, pues si la condición de criminal es un resultado de la intervención del control penal, que impone esa etiqueta, el ejercicio del control penal crea la criminalidad. Así, es un contrasentido sostener que la criminalidad y el control penal son dos componentes distintos, ya que la criminalidad sería un derivado del control penal. Punto que para la criminología crítica y fenomenológica era bastante claro (Baratta, 1986; Goode, 2014). Sin embargo, es común y frecuente que criminólogos contemporáneos aludan a la criminalidad como si se tratara de un hecho, fenómeno o acción social (Rolim, 2018).

Cabe agregar que la condición de criminal predicada de un sujeto o de un evento depende de la ley penal, es decir, de la voluntad del legislador. Dejando de lado que seguir el camino criticado significa subordinar la sociología al Derecho, esto pone en evidencia la falacia que hay acciones sociales que son en sí mismas criminales. Si esa condición criminosa fuera un estado propio de ciertas acciones, como una cualidad esencial intrínseca, una acción criminal lo sería siempre en todo momento o lugar, lo que no sucede.

Con posterioridad, la criminología da un giro, sobre todo en razón a la influencia de la sociología estadounidense. Para ese momento, desde los años 30, pero en especial a partir de los 50 del siglo XX, la ciencia se orienta entre muchos al estudio de los comportamientos socialmente desviados (Ford, 1936). La desviación sería la acción motivada que se aparta de las normas legales o sociales, por lo que es merecedora de un reproche (Parsons, 1951). La noción de desviación social sustituye a la de criminalidad, para explicar las conductas delictivas (Merton, 1949). Habría conductas con una naturaleza desviada, susceptible de demostración empírica. Las acciones podrían ser desviadas o conformistas, y la criminología estudiaría la desviación con connotaciones penales y, para algunos, también del control penal.

Es más, el estudio de la desviación social se convierte en un capítulo fundamental de la sociología general, como un tipo particular de acción social (Giddens, 1993). Arrastrando a su paso a la criminología, que, finalmente, es una subespecialidad de la sociología

general. Ocupa, entonces, en los términos que han sido cuestionados, un lugar central en la teoría criminológica del Norte Global (Meier, 1990; Dembo *et al.*, 1992; Hirschi & Gottfredson, 1994; Territo, Halsted & Bromley, 1995; Akers, 1997; Roberson & Wallace, 1998; Ogien, 1999; Schmalleger, 1999; Winterdyk, 2000; Sheley, 2000; Wilson, 2000; Siegel, 2000; Fishbein, 2001; Kaplan & Johnson, 2001; Adler, Mueller & Laufer, 2004; Heilbrun, 2004; Moynihan, 2006; Wilkins, 2006; Agnew, 2006; Akers, 2009; Akers & Jensen, 2011; Bosworth & Hoyle, 2011; Wortley, 2011; Loeber & Farrington, 2012; Humphrey & Schmalleger, 2012; Vito & Maahs, 2012; Tierney, 2013; Palmer & Humphrey, 2013; Inderbitzin, Bates & Gainey, 2013; Dellwing, Kotarba & Pino, 2014; Young, Rebellon, Barnes & Weerman, 2014; Clinard & Meier, 2014; Best, 2014; Franzese, 2015; Jones, 2017). Esta segunda tendencia se denominará la *sociología de la desviación*.

Empero, como el referente que determina de modo decisivo si una acción social es desviada o conformista es, en todo caso, la norma, en realidad no habría grandes diferencias con la noción de criminalidad. Ambas son categorías normativas. Donde la disciplina estaría también supeditada al Derecho. Es, así mismo, un concepto prescriptivo, sujeto a los vaivenes del Derecho y la política. Siendo normativo no es susceptible de ser investigado en forma empírica; allí lo que habría que indagar son los parámetros políticos, sociales y jurídicos adoptados para tomar la decisión de ingresar en un marco normativo la prohibición de realizar una determinada acción. Siendo una decisión sobre la acción, no es una cualidad de la misma. La de desviado sería también una etiqueta o una posición de estatus adjudicada. Tampoco habría ningún atributo en la acción que la hiciera desviada. En resumen, la idea de desviación social es una noción subjetiva, resultado de una decisión que emana de un juicio de valor.

Con todo, la acepción de desviación social es aún menos afortunada que la de criminalidad. Es un concepto muy superficial y formal, ya que reduce el problema a una contradicción entre el comportamiento desviado y la norma, soslayando la existencia de intereses e ideologías en disputa en la génesis de la problemática; supone que los únicos actores involucrados son el Estado (titular de la norma defraudada) y el desviado (autor de

la conducta tachada), cuando éste último se ha enfrentado a otros individuos o grupos que arguyen la norma a su favor; es prescriptivo, no descriptivo, y al fingir que corresponde a la segunda dimensión indicada, falsea la realidad; da por supuesto que la norma es siempre legítima, simplemente, porque la norma es válida, aunque la historia ha demostrado que no pocas normas eran injustas, injustificadas o, francamente, estúpidas; no ofrece ninguna explicación o indicio de por qué alguien ha obrado de forma desviada o conformista, por lo que es muy pobre en términos comprensivos; sugiere que los individuos se dividen en desviados y conformistas y que los segundos son la mayoría, aun cuando todas las personas de manera simultánea, a lo largo de sus vidas, han sido a veces infractores y en otras oportunidades seguidores fieles de las normas, por lo que no tiene sentido, ni corresponde tampoco a la realidad, entender que los conformistas son mayoritarios, salvo en lo que la ficción sirve al objetivo de legitimar la norma; carece de lógica, lo que es advertido cuando una persona inocente es condenada por un delito, o cuando el responsable de un crimen evade la persecución penal, pues esa persona será a la vez desviada y conformista, y no pueden predicarse dos cosas distintas sobre un mismo respecto; es un adjetivo peyorativo, que descalifica a su autor *a priori* y lo desvaloriza como un tipo anómalo (Silva García, 2011b).

Puede agregarse, que la acepción desviación, al postular una dicotomía entre lo correcto y lo desviado niega toda opción al pluralismo axiológico y normativo (Rinaldi, 2009). Así mismo, el concepto de desviación social toma un partido político, por las normas y el conformismo, en forma acrítica, politizándose, lo que sesga la investigación científica (Ghezzi, 2001).

Mientras la noción de criminalidad sólo tenía sentido en las criminologías que consideraban la criminalidad como derivación de causas naturales, considerar la existencia de acciones desviadas sólo es coherente en la perspectiva teórica del estructural funcionalismo (Tomeo, 1979). Desde luego, la categoría de desviación no es inútil ni despreciable para la sociología. Ella encarna precisamente lo que representa, esto es, visiones socialmente construidas sobre la realidad de las acciones sociales de interés penal. Distintos trabajos críticos de la fenomenología, el interaccionismo social y la criminología

crítica, entre ellos, por ejemplo, Howard S. Becker en un estudio ya citado, se empeñaron en demostrar como definiciones, juicios de valor, interpretaciones subjetivas y tipificaciones eran empleadas para edificar por medio de elaborados imaginarios las “realidades sociales” que conciernen al delito. No hay forma distinta de referirse a esas versiones del delito construidas socialmente que como desviaciones sociales. Allí desviación es sinónimo de construcción social de la realidad de las infracciones penales, desde el ámbito del control social penal. A su vez, es apropiado hablar de delito o de criminalidad, pero lo será únicamente cuando, en la operación del control penal, sea expedida una sentencia condenatoria con tránsito a cosa juzgada.

En los términos anteriores el concepto de desviación social no ha muerto. Menos en la dirección señalada por Collin Sumner (1994), al proponer su reemplazo por la noción de *censura*. Ello, puesto que la censura es una actuación del control penal sobre la acción, no es un atributo de la acción social (Silva García, 2011b). Por ende, no puede sustituirlo, porque pertenecen a orbitas distintas. Sin contar que también es un concepto prescriptivo. La búsqueda de un relevo implica encontrar una categoría auténticamente descriptiva, que represente las propiedades objetivas de las acciones de interés penal y sirva para su análisis. Porque si bien criminalidad y desviación social son etiquetas impuestas por el control penal, con base en sus normativas, todavía es posible y necesario estudiar las acciones sociales libres de etiquetas, en particular, cuando ellas ocasionan daños significativos.

En la sociología fueron expuestas varias críticas a la noción de desviación sin tocar el meollo del asunto. Críticas que señalaban sus limitaciones teóricas, o la incomodidad o insatisfacción que generaba el término o su uso para estigmatizar (Liazos, 1972), sin ofrecer alternativas. Por ello, la sociología y la criminología requieren de otra categoría, descriptiva, para estudiar las acciones sociales que inciden o pueden repercutir en el Derecho o ante el control social penal. Esta tarea lleva a plantear la idea de *divergencia social*.

La categoría de *divergencia social* aparece inspirada en la geometría de donde es extraída la noción. En geometría divergentes son dos líneas que, teniendo un punto común

de partida, siguen direcciones opuestas. Lo contrario a la divergencia es la convergencia, cuando las líneas siguen un trazado con la misma orientación (Silva García, 2000).

Trasladada la noción a la sociología, existe un *punto de encuentro*, donde inicia la interacción social, entre personas o grupos, que puede ser cara a cara o no. Al punto de encuentro concurren los actores con socializaciones previas, posiciones de estatus, con un cierto poder y prestigio, unas expectativas de rol, ideologías e intereses, siendo partícipes de una definición de la situación que enfrentan, con una personalidad y en un determinado contexto histórico y social (Silva García, 2011b). Todos los elementos anteriores van a incidir en la forma como las personas van a relacionarse y a actuar, de modo subsiguiente.

Trabada la relación, los actores comienzan a interactuar desplegando sus actuaciones, en *líneas de acción social*, que buscan la realización de sus intereses e ideologías (creencias, valores y concepciones). En tanto no coinciden intereses e ideologías, las líneas de acción social observan direcciones diferentes. Las relaciones entre las líneas de acción social son interdependientes, cada una depende de la otra; recíprocas, pues ambas son divergentes respecto de la otra; dialécticas, puesto que están en contradicción y lo contenido en una niega la otra (Silva García, 2011b). Al avanzar con direcciones diferentes, entre las líneas se crea un *campo de separación*, que evita la convergencia. En ese campo de separación se encuentran las diferencias por intereses y/o ideologías, por cuya disputa se genera un *conflicto social*. El conflicto es la consecuencia de la situación de divergencia, no su razón (Silva García, 2003). La categoría de divergencia referida a las acciones sociales de relevancia jurídica, pero no calificadas jurídicamente, condensa un escenario de conflictividad social (Rinaldi, 2009).

Por regla general, el conflicto opera como una alarma que convoca la intervención del control penal (Silva García, 2011b). Éste, ya en un ejercicio prescriptivo que incidirá sobre su identidad, intervendrá para definir una de las líneas de acción social y a su actor como criminales (Rinaldi, 2009). En los mismos términos, el otro actor en la divergencia será definido como víctima o perjudicado. Por ello en la teoría de la divergencia el estudio de la victimización es inescindible del examen de la criminalización (Quiroz Vitale, 2017). En

ese cuadro, el relativismo valorativo propio de la categoría de divergencia comprueba la naturaleza política de las intervenciones del Derecho y del control penal, preservando la índole descriptiva del concepto, sin manifestar preferencias, ni afiliarse (Ghezzi, 2001).

Un atributo que se abstrae de la situación de divergencia social es la diversidad. La diversidad emerge de las diferencias en las actuaciones desplegadas, pero, sobre todo, en razón de las distinciones sobre intereses e ideologías (Silva García, 2011b). La diversidad es el elemento más importante de la divergencia social, puesto que es su substrato esencial. La diversidad inmersa en la divergencia tiende a volverse invisible ante el enfoque hegemónico de la globalización, que edifica un monopolio de la conciencia internacional, el cual conduce a un tipo de totalitarismo, que supone consensos (imaginarios), integrismo social (forzado) y unanimidad populista (Ghezzi, 2001). El control penal discernirá frente a la divergencia social cuando es admisible la diversidad, asumiendo una postura pluralista, y cuando será censurada (Silva García, 2011b). La divergencia social es descriptiva, al igual que la diversidad implícita como su atributo principal (Constantino, 2004; Corvalán, 2017).

Cosmovisiones y modelos cognitivos sobre las acciones de relevancia penal

Una cosmovisión es un enfoque o visión general del mundo, esto es, de la realidad. Como una interpretación sobre el entorno formada a partir de las herramientas cognitivas disponibles, en una época social e históricamente contextualizada. Esas herramientas son configuradas por percepciones, intuiciones, creencias, experiencias, conceptualizaciones y valoraciones. Las herramientas cognitivas inciden en la forma como es aprehendida y procesada la información. Son los modelos mismos para conocer y pensar. Por tanto, tienen elevado impacto en la cosmovisión, pues conducen a captar la información, comprenderla de un modo, razonar y elaborar respuestas y recuperarlas como un conocimiento. Una cosmovisión específica, como la vinculada al delito, determina tanto el entendimiento material como las nociones que conciernen a éste, alentando teorías criminológicas.

En la criminología del Norte Global, de la *sociología criminal* y de la *sociología de la desviación*, impera una cosmovisión informada por los modelos cognitivos referida, entre

otras cosas, a las acciones sociales antes de su criminalización. En esta cosmovisión lo definido como criminal o desviado es percibido como moralmente repudiable, reprochable en el plano social y objeto de censura en el campo político y jurídico. A la par, la criminología del Norte Global hace caso omiso del carácter prescriptivo y subjetivo de las valoraciones sobre lo desviado o criminal, pese a que epistemológicamente esto es un yerro impresentable para una ciencia social. Esto obedecería a dos razones:

En primer lugar, concurre un sesgo cognitivo. En virtud de los sesgos cognitivos las emociones, apoyadas en prejuicios instintivos, contrarrestan o eclipsan los procesos de razonamiento basados en evidencias y juicios lógicos, al punto que terminan por imponerse (Tversky & Kahneman, 1983). De tal manera, los sesgos cognitivos ratifican lo que ya se piensa, sin comprometer los valores poseídos. Segundo, las categorías de criminalidad y de desviación social referidas a las acciones sociales no calificadas jurídicamente, expresan una posición de poder de las élites. Ese poder es usado, para establecer lo que está bien, descalificar al diferente y aplastar a los adversarios de sus sistemas normativos.

Así, esta criminología del Norte Global, que representa a las corrientes de la *sociología criminal* y de la *sociología de la desviación*, introduce con éxito una ficción, conforme a la cual las normas que definen con antelación a una acción social como criminal o desviada son supuestamente producto de consensos, por tanto, reflejan la voluntad y el parecer de la sociedad en su conjunto aunque, en realidad, retratan apenas los puntos de vista de las élites que disponen del poder necesario para emitir e imponer esos sistemas normativos.

No obstante, varias investigaciones empíricas con jóvenes realizadas en distintos países de América Latina, entre ellos Argentina, Colombia, Guatemala, México (Alvarado Mendoza, 2015) y Paraguay (Corvalán, 2017), han puesto en evidencia la ausencia de consensos sobre las normas, el desconocimiento o el relativismo de muchas de ellas, su percepción como injustas, la idea de que las normas son formales ya que no tienen aplicación real, a la par que no se sienten identificados en ellas, todo lo cual ocurre con grandes variaciones de acento.

En la cosmovisión comentada es inadmisibles la categoría de divergencia social, pues tiene un tono de neutralidad que choca con los sesgos cognitivos en los que está basada. ¿Cómo atribuir al desviado y a la víctima la misma condición de divergentes, como si fueran idénticos? ¿Cómo no sumar en la definición sobre el infractor, por ejemplo, un pederasta que ha violado niños o un asesino, una censura intensa? El razonamiento en cuanto a que el trabajo científico demanda de categoría neutrales, con capacidades descriptivas, libres de valoraciones, enfrenta una muralla de prejuicios. De acuerdo con la cosmovisión analizada es preciso descalificar al sujeto blanco de sus definiciones; además señalar al otro, al diferente, como anómalo, para exaltar el *statu quo*, la conformidad y la uniformidad.

Con todo, vale la pena aclarar que la postura crítica antes expuesta, nada tiene que ver con la fugaz posición de simpatía con los infractores a la ley penal, que emergió en los inicios de la criminología crítica en el Norte (Larrauri, 1992), caracterizada por un “infantilismo” antisistema, y que luego se disipó prontamente con pena y sin gloria. La posición sostenida tampoco prohíbe los juicios de valor, pero no hay que falsificarlos como si fueran sociología, al introducirlos se hace filosofía o Derecho.

La diversidad es esencial para desarrollar un ejercicio de conocimiento comprensivo de la divergencia. La diversidad es un elemento descriptivo, empíricamente verificable, inherente a las acciones sociales divergentes. La diversidad, es alimentada por la diferencia, el disenso y el cambio. Cuando la diversidad es apreciada se abren las compuertas al pluralismo. El pluralismo es un componente prescriptivo. La realidad puede antojarse diversa, mientras que el pluralismo emerge de una decisión política valorativa. Por ende, el control social penal resolverá, de un modo pluralista o no, qué tanta diversidad es admisible.

En la cosmovisión de la criminología del Norte, representadas en las sociologías de la criminalidad y la desviación, aquello que rompe la homogeneidad debe ser percibido como desagradable, reprobable y, si se puede, criminal o desviado. Situación profundizada con

los procesos de globalización, que reprueban el disenso y procuran imponer una homogenización cultural. En la cosmovisión cuestionada la diversidad es anulada. No existe una actitud de valoración de la diferencia, como algo que suma para enriquecer. Se prefiere que todo sea igual, homogéneo, simétrico, armónico, como representación de lo que es bueno. Lo homogéneo brinda una imagen adorada de orden. Es el paradigma inmunológico del que habla Byung-Chul Han, para una sociedad disciplinaria, en la que el otro, el extraño, aunque no sea hostil, es una amenaza que debe ser eliminada (Han, 2012). Por todo lo anterior, desde esta cosmovisión el tipo ideal, contrario al desviado, es el conformista. Concepto también muy limitado, donde el actor no tiene intereses ni ideologías, es sólo un siervo pasivo. Todo esto implica la negación o severa restricción del pluralismo. Lo cual lleva a un examen crítico de la forma como han sido impulsados los procesos de criminalización.

Históricamente, las percepciones sobre lo criminal, fueron ávidamente utilizadas en los procesos de colonización del Norte Global, como una vía para imponer y preservar el orden colonial. No es accidental que, por ejemplo, los rasgos físicos de los pueblos llamados “salvajes” engrosaran las características distintivas del criminal nato (Lombroso, 1897). Después, a fines del siglo XIX y en las primeras décadas del XX, las élites latinoamericanas recuperaron los prejuicios raciales, junto a otros socioeconómicos, culturales, etarios y de género para, por una parte, definir las nociones de Nación y ciudadanía, de las que debían ser excluidos esos criminales y, por otra parte, edificar los imaginarios sobre los criminales que servirían para construir la realidad social del delito (Silva García, 2011a). Así se formó un *saber* acerca de los criminales y desviados que es utilizado hoy para perseguir, en especial, por una parte, a ciertos grupos étnicos, de modo principal, negros, indígenas y distintos grupos de inmigrantes y, por otra, a los pobres. A su vez, las lógicas coloniales reverdecieron en el siglo XX imponiendo sus ordenaciones sobre lo criminal y lo desviado, que legitimaron las intervenciones políticas en América Latina. El caso del narcotráfico es ejemplar.

Por ende, tiene todo el sentido interrogarse sobre qué medida de pluralismo es admisible al momento de tomar las decisiones de criminalización y descriminalización. Así

mismo, debatir los excesos en el empleo del control penal como primer mecanismo para perseguir conductas que lesionan bienes jurídicos que podrían estar mejor protegidos con medidas de derecho administrativo, laboral o civil. También discutir la gestión del control inspirada en el populismo penal, basado en construcciones sociales sobre el delito. Igualmente, cuestionar la selectividad penal discriminatoria, omisiva con los poderosos, severa con los débiles, al definir y aplicar los referentes normativos. Se trata de debatir la episteme colonial sobre la migración ilegal, el narcotráfico, el terrorismo, etc.

Dentro del proceso de divergencia social no sólo algunos grupos criminalizados, también la mayoría de los victimizados, están en condiciones de vulnerabilidad (Quiroz Vitale, 2017). Empero, pese a esa vulnerabilidad, tampoco sus derechos son objeto de atención especial. En una visión autoritaria, importa el Estado, que es la estructura política dominada por las élites, con sus instrumentos normativos, donde lo realmente significativo es mantener el imperio del poder estatal. A su vez, es más adecuada la categoría de *convergente*, que aparece acompañada también de los intereses e ideologías que lo movilizan, junto al reconocimiento de su posición de poder relativo.

La teoría de la divergencia pone en evidencia el carácter político, selectivo, y con frecuencia discriminatorio, de las intervenciones del control penal; hace hincapié en la lucha por intereses e ideologías como motivante de la divergencia social; coloca bajo exposición a todos los participantes principales, los dos actores de la divergencia y al Estado; no deifica a los sistemas normativos, pues no acepta que el derecho válido sea siempre racional y legítimo; admite el pluralismo normativo y la relatividad del apego a las normas; excluye toda descalificación del divergente como anormal; formula una clara separación entre las dimensiones descriptiva y prescriptiva de la vida social, pero a la vez expone sus relaciones. Aquí si un sujeto inocente es condenado o viceversa siempre habrá divergencia social. En fin, imbrica una cosmovisión alterna a aquella por las que ha propendido la criminología del Norte Global, con el concurso de la *sociología criminal* y la *sociología de la desviación*.

De este modo, los parámetros explicados que informan los componentes de la divergencia social conllevan un cambio metodológico (Rinaldi, 2009), para guiar nuevas investigaciones sobre las acciones sociales de interés penal. Entonces, en esta cosmovisión, no se examinan acciones en sí mismas criminales o desviadas, pues ellas no existen; es observada en forma crítica cómo, con harta frecuencia, se produce una construcción social de la desviación y la criminalidad; pero, además, son estudiadas las acciones sociales divergentes y convergentes para comprender sus características y sus dinámicas, lo que debe instruir la operación del control social penal.

Conclusiones

La sociología jurídica penal es una especialidad interdisciplinaria de la sociología. Combina una ciencia social, con una ciencia normativa, lo que es bastante singular. Comporta el estudio de la divergencia social de interés penal en su relación con las instituciones relativa al control penal. En lo que respecta a las acciones que implican una posición y actitud respecto del Derecho y el control penal es posible observar la peculiar conjugación que se desarrolla entre sociología y Derecho, como sigue:

Concurren acciones sociales que pueden tener relevancia para el derecho penal, las cuales han sido llamadas divergentes. La divergencia social es objetiva, tiene expresión física en el mundo natural, y hace parte de la dimensión descriptiva de la vida. Como evento ocurre al margen de la intervención del control social penal, momento en el que interfiere un juicio de valor que define una de las expresiones de la divergencia como criminalidad, el cual hace parte de la dimensión prescriptiva de la vida social. Aquí es cuando concurre una combinación del escenario descriptivo y el prescriptivo. Este es el instante en el que lo social se conjuga con lo jurídico. Allí también se encuentran la diversidad, elemento esencial de la divergencia, y el pluralismo, componente fundamental del control social penal. En esas condiciones, el objeto de estudio de la criminología estaría compuesto por la divergencia social y el control social penal (Silva García, Vizcaíno Solano & Ruiz-Rico Ruiz, 2018).

En contraste, la *sociología criminal* y la *sociología de la desviación* representan enfoques analíticos eurocéntricos erigidos en modelos de dominación cultural, con los cuales los individuos son clasificados (normales, criminales, desviados, conformistas) y subclasificados, y con los que se reparten el control de la producción y reproducción de las interpretaciones acerca de las acciones sociales que pueden convocar las intervenciones penales, aun cuando la realidad es distorsionada.

En los términos explicados, se plantea una *sociología de la divergencia social* como alternativa para la criminología del Sur Global, frente a la *sociología de la criminalidad* y la *sociología de la desviación*. En esta la criminología se estudiará la divergencia, entendiendo que la operación del control penal no tiene sentido sin un saber objetivo acerca de la divergencia. En otras palabras, la criminología no aparece limitada a constituirse en un saber crítico sobre los procesos de criminalización, sino que debe erigir un saber que represente una alternativa para operar el control penal, lo que sólo puede suceder si comprende la divergencia.

Referencias bibliográficas

- Adler, Freda, Mueller, Gerhard & Laufer, William. (2004). *Criminology and the Criminal Justice System*. 5^a ed., Nueva York, McGraw Hill.
- Agnew, Robert. (2006). *Pressured into crime: An Overview of General Strain Theory*. Los Angeles, Roxbury.
- Akers, Ronald L. (2009). *Criminological Theories*. 2^a ed., Los Angeles, Roxbury.
- Akers, Ronald L. (2011). *Social Learning and Social Structure. A General Theory of Crime and Deviance*. New Brunswick, Nueva Jersey, Transaction Publishers.
- Akers, Ronald L. & Jensen, Gary F. (2011). "The Empirical Status of Social Learning Theory of Crime and Deviance: The Past, Present, and Future". En: Cullen, Francis T., Wright, Jhon Paul & Blevins, Kristie (Eds.), *Taking Stock. The Status of Criminological Theory*. New Brunswick, Nueva Jersey, Transaction Publishers.
- Alvarado Mendoza, Arturo. (2015). "Nociones de justicia, legalidad y legitimidad de las normas entre jóvenes de cinco países de América Latina", *Sociedade & Estado*, Vol. 30, No. 1, pp. 75-97.
- Baratta, Alessandro. (1963). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México DF, Siglo XXI.
- Becker, Howard S. (1963). *The Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press.
- Bernardino-Costa, Joaze. (2015). "Decolonialidade e interseccionalidade emancipadora: a organização das trabalhadoras domésticas no Brasil". *Sociedade & Estado*, Vol. 30, No. 1, pp. 147-163.
- Bernardino-Costa, Joaze & Grosfoguel, Ramón. (2016). "Decolonialidade e perspectiva negra". *Sociedade & Estado*, Vol. 31, No. 1, pp. 15-24.
- Bernardino-Costa, Joaze. (2018). "Decolonialidade, Atlântico Negro e intelectuais negros brasileiros: em busca de um diálogo horizontal", *Sociedade & Estado*, Vol. 33, No. 1, p. 117-135.
- Best, Joel. (2014). "Whatever happened to social pathology? Conceptual fashions and the sociology of deviance". En: Anderson, Tammy L. (Ed.), (2014). *Understanding*

- Deviance: Connecting Classical and Contemporary Perspectives*, New York, Routledge.
- Bhambra, Gurinder K. (2014). “As posibilidades quanto à sociologia global: uma perspectiva póscolonial”, *Sociedade & Estado*, Vol. 29, No. 1, pp. 131-151.
- Bosworth, Mary & Hoyle, Carolyne (Eds.). (2011). *What is Criminology?*, Oxford, Oxford University Press.
- Carrington, Kerry, Hogg, Russell & Sozzo, Máximo. (2016). “Southern Criminology”, *British Journal of Criminology*, No. 56, pp. 1–20.
- Carrington, Kerry, Hogg, Russell, Scott, John & Sozzo, Máximo. (2018). “Criminology, Southern Theory and Cognitive Justice”. En: Carrington, Kelly, Hogg, Russell, Scott, John & Sozzo, Máximo (Eds.). (2018). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Clinard, Marshall B. & Meier, Robert F. (2014). *Sociology of Deviant Behavior*, 15^a ed., Boston, Cengage.
- Costantino, Salvatore. (2004). *Criminalità e devianze. Società e divergenze, mafiae Stalinella seconda modernità*, Roma, Riuniti.
- Corvalan, Camila. (2017). “Divergencia social y encierro. El conflicto social vinculado a la privación de la libertad de los y las adolescentes”, *Estudios Paraguayos*, Vol. XXXV, No. 1, pp. 187-202.
- Dellwing, Michael, Kotarba, Joseph A. & Pino, Nathan W. (2014). “Introduction. Tales of Death and Deviance”. En: Dellwing, Michael, Kotarba, Joseph A. and Pino Nathan W. (Eds.). (2014). *The Death and Resurrection of Deviance. Current Ideas and Research*, New York, Palgrave Macmillan.
- Dembo, Richard, Williams, Linda, Wothke, Werner, Schmeidler, James, Getreu, Alan, Berry Estrellita & Wish, Eric D. (1992). “The Generality of Deviance: Replication of a Structural Model Among High-Risk Youths”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 29, No. 2, pp. 200-216.
- Fishbein, Diana H. (2001). *Biobehavioral Perspectives in Criminology*, Belmont, California, Wadsworth/Thomson Learning.
- Ford, John. (1936). *Social Deviation*, New York, Macmillan.

- Franzese, Robert J. (2015). *The Sociology of Deviance. Differences, Tradition, and Stigma*. Springfield, Illinois, Charles C. Thomas.
- Galton, Francis. (2004). *Essays in Eugenics*, Honolulu, Hawaii, University Press of Pacific.
- García-Pablos de Molina, Antonio. (1988). *Manual de criminología*, Madrid, Espasa Universidad.
- Garrido Génoves, Vicente, Stangeland, Per & Redondo, Santiago. (2001). *Principios de criminología*. 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ghezzi, Morris. (2001). "Per un pluralismo difunzionale". En: Ferrari, Vincenzo, Ronfani, Paola y Stabile Silvia(Eds.). (2001). *Conflitti e dirittinellasocietàtransnazionale*, Milano, Franco Agnelli.
- Giddens, Anthony. (1993). *New Rules of Sociological Method*. 2ª ed., Stanford, Stanford University.
- Goode, Erich. (2014). "The Meaning and Validity of the Death of Deviance Claim". En: Dellwing, Michael, Kotarba, Joseph A. & Pino, Nathan W. (Eds.), (2014). *The Death and Resurrection of Deviance. Current Ideas and Research*, New York, Palgrave Macmillan.
- Habermas, Jürgen. (1990) *La lógica de las ciencias sociales*. 2ª ed., Madrid, Tecnos.
- Han, Byung-Chul. (2012). *La sociedad del cansancio*, Barcelona, Herder.
- Heilbrun Jr., Alfred B. (2004). *Disordered and Deviant Behavior*. Lanham, Maryland, Estados Unidos, University Press of America.
- Herrnstein, Richard J. & Murray, Charles. (1994). *The Bell Curve. Intelligence and Class Structure in America*. New York: Free Press.
- Hirschi, Travis & Gottfredson, Michael R. (1994). *The Generality of Deviance*. New Brunswick, Nueva Jersey, Transaction.
- Humphrey, John & Schmallegger, Frank. (2012). *Deviant Behavior*. 2ª ed., Sudbury, Massachusetts, Jones & Bartlett Learning.
- Inderbitzin, Michelle, Bates, Kristin A. & Gainey, Randy. (2013). *Deviance and Social Control. A Sociological Perspective*, Thousand Oaks, California, Sage.
- Jones, Stephen. (2017). *Criminology*. 6ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- Kaiser, Günter. (1963). *Criminología*, Madrid, Espasa Calpe.

- Kaplan, Howard B. & Johnson, Robert J. (2001). *Social Deviance: Testing a General Theory*, New York, Kluwer Academic.
- Kelsen, Hans. (1967). *Pure Theory of Law*. Berkely, University of California.
- Killias, Martin. (1991). *Précis de criminologie*, Berne, Staempfli.
- Kretschmer, Ernest. (1954). *Constitución y carácter*. 2ª ed., Barcelona, Labor.
- Larrauri, Elena. (1992). *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed., México D.F., Siglo XXI.
- Liazos, Alexander. (1972). "The Poverty of the Sociology of Deviation: Nuts, Sluts, and Perverts", *Social Problems*, No. 20, pp. 103-120.
- Loeber, Rolf & Farrington, David (Eds.). (2012). "Introduction", *From Juvenile Delinquency to Adult Crime*. Nueva York, Oxford University.
- Lombroso, Cesare. (1897). *L'uomo delinquente en rapporto alla antropologia alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Torino, Fratelli Boca.
- Maldonado-Torres, Nelson. (2008). "Descolonización y el giro descolonial", *Tabula Rasa*, No. 9, pp. 61-72.
- Marañón, Gregorio. (1935). *L'agecritique*, Paris, Macon, Protat Frères.
- Meier, Robert F. (1990). "Norms and the Study of Deviance: A Proposed Research Strategy". En: Bryant, Clifford D. (Ed.). (1990). *Deviant Behavior: Readings in the Sociology of Norm Violations*, Nueva York, Hemisphere.
- Merton, Robert K. (1949). *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press.
- Moynihan, Daniel P. (2006). "Defining Deviance Down". En: Weiss, Joan G. (Ed.). (2006). *The Sociology of Deviance*, 2ª ed., Mason, Ohio, Thomson.
- Ogien, Albert. (1999). *Sociologie de la deviance*, Paris, Armand Colin.
- Palmer, Stuart & Humphrey, John A. (2013). *Deviant Behavior. Patterns, Sources, and Control*, New York, Springer Science + Business Media.
- Parsons, Talcott. (1951). *The Social System*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Quijano, Aníbal. (2007). "Colonialidad del poder y clasificación social". En: Castro-Gómez, Santiago & Grosfoguel, Ramón (Eds.). (2007). *El giro Decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre.

- Quiroz Vitale, Marco A. (2017). “La criminología di Germán Silva García y la vittimizzazione”. *Società e Diritti*, Vol. II, No. 4, pp. 153-165.
- Rinaldi, Cirus. (2009). *Deviazioni. Devianza, devianze, divergenze*, Roma, Sas.
- Roberson, Cliff & Wallace, Harvey. (1998). *Introduction to Criminology*, Incline Village, Nevada, Copperhouse.
- Rodríguez Goyes, David, Mol, Hanneke, Brisman, Avi, & South, Nigel (Eds.). (2017). *Environmental Crime in Latin America: The Theft of Nature and the Poisoning of the Land*, London, Palgrave.
- Rolim, Marcos. (2018). “Desistência do crime”, *Sociedade & Estado*, Vol. 33, No. 3, pp. 829-847.
- Schmalleger, Frank. (1999). *Criminal Justice Today*. 5^a ed., Upper Saddle River, Nueva Jersey, Prentice Hall.
- Sheley, John (Ed.). (2000). *Criminology*, 3^a ed., Belmont, California, Wadsworth.
- Siegel, Larry. (2000). *Criminology*, 7^a ed., Belmont, California, Wadsworth.
- Silva García, Germán. (2000). “Le basidellateoriasociologica del delitto”. *Sociologia del Diritto*, No. 2, pp. 119-135.
- Silva García, Germán. (2003). “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”. *El Otro Derecho*, No. 29, pp. 11-42.
- Silva García, Germán. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, Bogotá, ILAE.
- Silva García, Germán. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, ILAE.
- Silva García, Germán, Vizcaino Solano, Angélica & Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. (2018). “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas”. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. extra 1, pp. 11-18.
- Summer, Collin. (1994). *The Sociology of Deviance: An Obituary*. Buckingham, Open University.
- Tannenbaum, Frank. (1938). *Crime and Community*, New York, Columbia University.
- Territo, Leonard J., Halsted, James B. & Bromley, Max L. (1995). *Crime & Justice in America*, 4^a ed., St. Paul, Minnesota, West.

- Teverski, Amos & Kahneman, Daniel. (1983). "Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment", *Psychological Review*, Vol. 90, No. 4, pp. 293-315.
- Tierney, John. (2013). *Criminology. Theory and Context*, 3^a ed., New York, Routledge.
- Tomeo, Vincenzo. (1979). "Dalla devianza al conflitto", *Sociologia del Diritto*, No. 1-2.
- Turk, Austin T. (1964). "Toward Construction of a Theory of Delinquency". *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 55, pp. 215-229.
- Vito, Gennaro F. & Maahs, Jeffrey R. (2012). *Criminology. Theory, Research, and Policy*, 3^a ed., Sudbury, Massachusetts, Jones & Barlett Learning.
- Vold, George B. (1967). *Theoretical Criminology*, 4^a ed., New York, Oxford University.
- Weber, Max. (1968). *Economy and Society*, New York, Bedminster.
- Wilkins, Leslie. (2006). "A General Theory of Deviance: Deviance, Opportunity, and Normality". En: J. G. Weiss, Joan G. (2006). *The Sociology of Deviance*, 2^a ed., Mason, Ohio, Thompson.
- Wilson, James Q. & Herrnstein, Richard. (1985). *Crime and Human Nature*. New York, Simon and Schuster.
- Wilson, Edward O. (2000). *Sociobiology. The New Synthesis*, Cambridge, Harvard University.
- Winterdyk, John. (2000). *Canadian Criminology*, Scarborough, Prentice Hall.
- Wortley, Richard. (2011). *Psychological Criminology: An Integrative Approach*, London, Taylor & Francis.
- Young, Jacob T.N., Rebellon, Cesar J., BARNES, J.C. & Weerman, Frank M. (2014). "Unpacking the black box of peer similarity in deviance: Understanding the Mechanisms Linking Personal Behavior, Peer Behavior, and Perceptions", *Criminology*, No. 52, pp. 60-86.

LA FALACIA DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS: ENTRE LA SANGRE, LA SEXUALIDAD Y EL CUIDADO

Enrique Del Percio¹

ORCID: 0000-0001-8138-0989

Correo electrónico: delpercio@usi.edu.ar

Resumen

Los seres vivos no se reproducen. No son copia fiel de ningún original, ni resultado de una producción en serie. Menos aún los seres humanos. Llama pues la atención el empleo del término *reproducción* para calificar los derechos procreativos o generativos. La historia del concepto muestra su vinculación con lo que Foucault llama “pasar de la simbólica de la sangre a la analítica de la sexualidad”. Analítica que, quizá, esté entrando en crisis para dar paso a un régimen del cuidado: ¿del Estado patriarcal al Estado maternal? Lo cierto es que, si la modernidad conlleva el paso del poder de *sustraer* la vida y la riqueza a un poder de *reproducir* la vida con el fin de *reproducir* aún más la riqueza, pareciera que este modelo estaría llegando a su agotamiento por no resultar compatible la reproducción infinita de la riqueza con la de la vida.

Palabras clave: derechos reproductivos, reproducción, sexualidad, cuidado.

THE FALLACY OF REPRODUCTIVE RIGHTS: BETWEEN BLOOD, SEXUALITY AND CARE

Abstract

Living beings do not reproduce. They are not a precise copy or the result of a series production. Least of all is this the case of human beings. It is remarkable the use of the term *reproduction* to classify procreative rights. The history of the concept is related to what

¹Doctor (PhD) en Filosofía Jurídica y especialista en Sociología Jurídica por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Sociología Jurídica y de la Dominación en la misma casa de estudios. Rector de la Universidad de San Isidro. Director del Programa Internacional de Estudios sobre Democracia, Sociedad y Nuevas Economías (UBA) Investigador del Centro Interdisciplinario de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Foucault denominates as the shift “from a symbolics of blood to an analytics of sexuality”. Analytics that is possibly going into a crisis and leading to a care regimen: from the patriarchal State to the maternal State? If maternity implies the shift from a power that kills and *subtracts* wealth to a power that *reproduces* life aimed at *reproducing* wealth even more, the model of the patriarchal State would have come to its exhaustion. It does not enable the compatibility between the infinite reproduction of wealth and the reproduction of life.

Keywords: reproductive rights, reproduction, sexuality, care.

A FALÁCIA DE DIREITOS REPRODUTIVOS: ENTRE SANGUE, SEXUALIDADE E CUIDADO

Resumo

As coisas vivas não reproduzem-se. Eles não são uma cópia fiel de nenhum original, nem são o resultado de uma produção em série. Ainda seres humanos. Portanto, o uso do termo reprodução é surpreendente para descrever direitos pro criativos ou generativos. A história do conceito mostra sua conexão com o que Foucault chama de “passagem do simbólico do sangue ao analítico da sexualidade”. Análise de que, talvez, está entrando em crise para dar lugar a um regime de cuidado: do estado patriarcal ao estado materno? A verdade é que se a modernidade implica a passagem do poder de subtrair vida e riqueza para o poder de reproduzir a vida para reproduzir ainda mais a riqueza, pareceria que esse modelo estaria chegando ao esgotamento por não ser compatível com a reprodução infinita da riqueza com a da vida.

Palavras-chave: direitos reprodutivos, reprodução, sexualidade, cuidado.

El primero de los vicios del lenguaje se da cuando los hombres registran sus pensamientos equivocadamente, por la inconstancia de significación de sus palabras; con ellas registran concepciones que nunca han concebido, y se engañan a sí mismos.

Thomas Hobbes, *Leviatán*

Presentación

Adaptando libremente a Foucault, cabe afirmar que en toda sociedad se da un modo de ejercicio de la soberanía y de regulación biopolítica². En la Europa previa al capitalismo el soberano (como en muchos otros rincones de la Tierra) ejercía el poder de hacer morir o dejar vivir:

quizá haya que referir esa forma jurídica a un tipo histórico de sociedad en donde el poder se ejercía esencialmente como instancia de deducción, mecanismo de sustracción, derecho de apropiarse de una parte de las riquezas, extorsión de productos, de bienes, de servicios, de trabajo y de sangre, impuesto a los súbditos. El poder era ante todo derecho de captación de las cosas, del tiempo, los cuerpos y finalmente la vida. (Foucault, 2002: 164)

La gran transformación que comienza a darse embrionariamente a partir de la irrupción de las riquezas de América en Europa y que se consolida con la revolución industrial, hace que la sustracción ya no sea la forma decisiva, sino sólo una más entre una serie de funciones destinadas a controlar, vigilar, organizar y aumentar las fuerzas que somete: “un poder destinado a producir fuerzas, a hacerlas crecer y ordenarlas más que a obstaculizarlas, doblegarlas o destruirlas” (Foucault, 2002: 164). Es decir, un poder que basa su propia subsistencia en su capacidad de reproducir la vida y la riqueza, pero al reproducir, deja de lado lo irreproducible de cada uno. Marx denunció este proceso bajo el nombre de “modo de producción capitalista”, Weber lo hizo focalizando el peligro de la “jaula de hierro” de la razón burocrática, Heidegger bajo la figura de la hegemonía de la razón tecno-científica.

La historia del concepto de reproducción desde sus orígenes a comienzos del siglo XVI hasta su consagración normativa a fines del siglo XX es una sugestiva guía para acompañar este proceso y pensar, si es que cupiera, la posibilidad de alguna salida. Pero en lugar de un camino lineal, siguiendo las lógicas de la temporalidad moderna, conviene

²Sigo en esto una postura más afín a Esposito (2006:67ss.) que no encuentra oposición ni continuidad entre los conceptos de soberanía y biopolítica, sino una compleja y contradictoria implicación recíproca.

seguir esta guía como en bucle, comenzando por el punto culminante: la Declaración de El Cairo de 1994.

En efecto, al consagrarse entonces por primera vez en un texto de esa jerarquía internacional los derechos reproductivos del individuo, se produjo un avance fundamental en el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer a decidir su propio plan de vida, a dejar de ser considerada por sobre todas las cosas como un aparato reproductor. Asimismo, al hablar de la salud reproductiva en términos de derechos universales, quedó en evidencia la aberración ética de los discursos encubiertamente eugenésicos que proponen erradicar la pobreza limitando los nacimientos en los estratos más desfavorecidos: se trata de un derecho, no de un mecanismo de eliminación de los “inferiores”.

Resuenan hoy incluso con más actualidad que entonces las proféticas palabras que pronunciara Boutros Ghali en la Sesión de Apertura:

(...) se necesitan cambios, tanto en el norte como en el sur, pero esos cambios no se producirán a menos que puedan superar la prueba de la democracia. Sólo cuando el pueblo tenga derecho a participar en la conformación de una sociedad tomando parte en procesos políticos democráticos serán políticamente sostenibles los cambios. Únicamente entonces podremos colmar las esperanzas y las aspiraciones de las generaciones que aún no han nacido³.

Problemas conceptuales

Tal como hemos adelantado, llama la atención que se haya generalizado el uso del término “salud reproductiva del individuo” y “derechos reproductivos del individuo” cuando lo que se reproduce es la especie, pero no los individuos. En efecto, si entendemos que reproducir implica *re-producir*, esto es producir de nuevo, efectuar una copia fiel de un original, es evidente que ningún ser vivo se reproduce en su individualidad. Ninguna cría de ninguna especie es exactamente igual a otra, ni ningún fruto es copia exacta de otro. Menos

³Discurso del Sr. Boutros Boutros-Ghali, Secretario General de las Naciones Unidas, en Informe de la Conferencia de El Cairo, ONU, A/CONF.171/13/Rev.1, p. 166

aún los seres humanos. Pero el principal problema a investigar está dado, precisamente, por la falta de problematización. Lo que llama la atención que no haya llamado la atención la aceptación pacífica y universal del término *reproductivo*. ¿Por qué no hablar, con mayor propiedad, de derechos procreativos o generativos? Más aún: dado que en general se refieren al derecho a no tener hijos y a los métodos empleables a tal fin, debería hablarse de “derechos relativos a la procreación”, incluyendo de este modo los derechos a procrear y a no procrear⁴. Siendo tan evidente que resulta aberrante asociar el concepto de reproducción al ser viviente en general y al ser humano en particular, es difícil entender esa aceptación⁵. Está claro que esta no es una crítica a la falta de perspicacia de nadie. De hecho, yo mismo he sido consultor de Naciones Unidas en los años en que se llevaron a cabo las Conferencias de El Cairo y la de Beijing, en las que este término alcanzó su consagración normativa en el plano internacional; si bien no participé directamente, seguí con atención e interés los debates y jamás en todo ese tiempo se me ocurrió advertir la falacia en cuestión⁶. Por eso, esto que planteo no es una crítica a nadie en particular, sino que, naciendo como autocrítica, procura ser también una crítica a un sistema que nos lleva a vernos como meras

⁴Cabe consignar dos precisiones conceptuales: en primer lugar, no hacemos referencia a los derechos sexuales, entendidos como el derecho a vivir una sexualidad plena, sin presiones, violencias ni discriminaciones, pues, si bien suele mencionárselos junto con los que acá referimos, no corresponde ningún señalamiento con respecto a esa denominación. Antes bien, queda claro que su mera declaración ya indica una separación entre sexualidad y procreación. En segundo lugar, dado que muchos de los derechos incluidos en el concepto usual de “derechos reproductivos” son en rigor derechos a no tener hijos, con acierto se plantea la expresión “derechos (no)reproductivos” (como lo hace Josefina Brown en varios textos de su autoría) y, por ende, acá podríamos hablar de “derechos (no)procreativos” en lugar de “relativos a la procreación”. Acá la diferencia es más sutil y responde a una cuestión de lógica formal, basada en el cuadro de oposición aristotélico. Para explicarlo de modo sencillo: si digo: “eso no es una naranja”, en el lenguaje cotidiano, doy a entender que me refiero a algo parecido a una naranja que podría ser confundida con la misma (p. ej: una mandarina) pero en sentido estricto, todo lo que no es una naranja es abarcado por esa descripción: un limón, un perro, una mesa, un ángel o el planeta Marte no son una naranja. Entonces, dado que estamos aquí tratando de ser lo más rigurosos posibles en el uso del lenguaje, pareciera que la expresión “derechos relativos a la procreación” describe mejor los derechos vinculados a la decisión de tener o no tener hijos por distintos medios, métodos y técnicas. En cambio, siempre en sentido estricto, los derechos (no)procreativos son todos los derechos que no guardan vinculación con la procreación, por ejemplo: el derecho a transitar, a trabajar o a dar a conocer las ideas por escrito, etc.

⁵Una curiosidad: cuándo busqué por primera vez en Google “derechos reproductivos”, el 28/02/19 aparecieron 4.760.000 entradas, cuando busqué “derechos procreativos” sólo aparecieron 43.000, proporción que se incrementó de modo sorprendente en inglés: 123 millones para “reproductive rights” contra apenas 412.000mil para “procreative rights”. Hoy, 08/05/20, poco más de un año más tarde, los resultados son algo distintos y vale consignarlo: “derechos reproductivos” tiene 3.410.000 entradas; “derechos procreativos” 64.300; “reproductive rights” 119 millones y “procreative rights” 568.000. Esto no deja de ser una simple nota al pie, pero creo que vale la pena compartir el detalle.

⁶Cabe recordar que una falacia no es una mentira: la falacia es un razonamiento que parece correcto, pero no lo es, mientras que una mentira es una declaración falsa que se hace con intención de engañar.

copias, como meras reproducciones, ante lo cual no cabe encogerse de hombros y seguir como si nada, como si se tratara de un simple error conceptual.

A título de hipótesis comencemos a explorar planteando esta explicación: cuando el sistema necesitaba muchos hombres para morir en la guerra o para trabajar en la industria, la mujer era una mera reproductora de soldados y operarios, sin derecho alguno a decidir se quería o no ser madre. *Yerma*, la fortísima obra de García Lorca que relata la tragedia de la mujer incapaz de concebir, muestra hasta qué punto llegaba la privación de ese derecho. Ahora bien: tanto el soldado como el operario son indistintos: sólo cuentan como número, siendo su personalidad totalmente indiferente para el sistema. A partir de la aplicación intensiva de nuevas tecnologías en el ámbito bélico e industrial deja de ser necesario que el vientre femenino produzca tantos soldados y operarios. A su vez, esas nuevas tecnologías incrementan de tal modo la producción de bienes y servicios que se hace necesario aumentar drásticamente el consumo masivo de productos con alto valor agregado. El sistema requiere entonces que además del hombre, también la mujer tenga un empleo remunerado para que gane más dinero y tenga menos hijos o ninguno: los DINKs (*Double Income No Kids*). Dado que, para el sistema, los seres humanos no importamos como seres únicos y diferenciados, sino como meros engranajes; que lo que importa no son los pensamientos ni las acciones de cada cual, sino las conductas en tanto consumidores, entonces somos meras reproducciones unos de otros: todos deseamos consumir lo mismo, unificados por los mismos anhelos somos una copia infinita sin voluntad ni inteligencia propia.

Bajo otro aspecto, se lo puede plantear de este modo: en las comunidades pre modernas el principal instrumento de producción es la herramienta y de combate el arma blanca, siendo ambas una prolongación del ser humano: por ejemplo, el martillo o la espada son prolongación del brazo, por lo que no era igual un carpintero que otro, ni un caballero que otro. En la era industrial el principal instrumento es la máquina, siendo el operario y el soldado una prolongación de la misma, siendo irrelevante su capacidad o talento individual. Hoy, en la etapa de la economía de servicios, ni siquiera somos extensión de la máquina, sino que somos partes de una máquina, engranajes de un sistema.

Aparece así una explicación simple de por qué se impone la expresión que nos ocupa: los derechos “reproductivos” fueron conquistados gracias a las luchas de los movimientos feministas, que advirtieron certeramente que la mujer era relegada al papel de reproductora de mano de obra para la industria y de soldados para morir en combate, siendo este uno de los principales obstáculos para que la mujer pueda ejercer en plenitud sus derechos como persona. Cuando en el último cuarto del siglo pasado esa base ideológica (feminismo) encontró el sustento material del capitalismo de consumo, merced al cual la mujer ya pudo decidir cuándo ser madre o no serlo (DINKs) se lo habría denominado “derecho reproductivo” en honor a la brevedad, queriendo significar “derecho a no ser una mera máquina reproductora”. Bien. Convengamos que es una explicación plausible... pero no satisfactoria. En primer lugar, porque está designando exactamente lo contrario de lo que debería significar, y no parece de buena técnica sacrificar en aras de la brevedad algo tan fundamental como es la correcta expresión de un derecho. Sobre todo, cuando, a diferencia por ejemplo de lo que ocurre con los “derechos humanos” o “fundamentales” que, por la amplitud de lo que designan, resulta asaz complejo encontrar una expresión que abarque la plenitud de su significado, en este caso sería mucho más simple designarlos como *derechos relativos a la procreación*. En segundo lugar, porque hay una sorprendente correlación entre el surgimiento y empleo del término “reproducción” y los procesos económicos, políticos y culturales que vienen acaeciendo desde que esa palabra fuera acuñada a principios del siglo XVI. Pareciera, en este sentido, que los derechos reproductivos dirían lo que quieren decir: que hemos dejado de lado todo lo que nos diferencia, que, aunque nos creamos muy distintos unos y unas de otros y otras, somos como granitos de arena: si tuvieran consciencia de su propia existencia, también se crearían muy distintos unos de otros, pero son todos muy parecidos, redonditos, amarillitos, aburriditos, intrascendentes, se trate de soldados y operarios otrora o de engranajes en nuestros días. Meras copias, meras reproducciones, meramente el último hombre anunciado por Nietzsche.

Recordemos el pasaje en que Zarathustra llega al mercado y tras anunciar infructuosamente al superhombre, en vista de ese fracaso, le habla así a la multitud reunida a la espera de ver al equilibrista:

Voy a hablarles de lo más despreciable: el último hombre. Es tiempo de que el hombre fije su propia meta, de que plante la semilla de su más alta esperanza. Todavía es bastante fértil su terreno para ello. Más algún día ese terreno será pobre y manso, y de él no podrá ya brotar ningún árbol elevado. (...) ¡Ay! Llega el tiempo del hombre más despreciable, del incapaz de despreciarse a sí mismo. ¡Mirad! Yo os muestro al último hombre. (...) La tierra se ha vuelto pequeña entonces y sobre ella da saltitos el último hombre, que todo lo empequeñece. Su estirpe es indestructible, como el pulgón; el último hombre es el que más tiempo vive. (...) Un poco de veneno de vez en cuando: eso produce sueños agradables. Y mucho veneno al final, para tener un morir agradable. (...) ¡Ningún pastor y un solo rebaño! Todos quieren lo mismo, todos son iguales: quien tiene sentimientos distintos marcha voluntariamente al manicomio. (...) La gente tiene su pequeño placer para el día y su pequeño placer para la noche, pero honra la salud. <<Nosotros hemos inventado la felicidad>> dicen los últimos hombres guiñando un ojo. (...) en este punto, el griterío y el regocijo de la multitud lo interrumpieron: << ¡Danos ese último hombre, oh Zaratustra! ¡El superhombre te lo regalamos!>> Pero Zaratustra se entristeció y dijo a su corazón: no me entienden, no soy yo la boca para estos oídos. (Nietzsche 2014: 53)

1. Aproximaciones históricas

No es este el lugar para desarrollar los motivos por los que sólo tardíamente se incorpora al latín el término *producere* para traducir el griego *poiesis*, pero corresponde señalar ese hecho para advertir que la cuestión tiene cierta complejidad, pues *pro-ducere* significa algo así como poner o manifestar delante, traer a la presencia, producir entendido en su sentido más alto como “la eclosión del traer-ahí-delante, por ejemplo, la eclosión de las flores en la floración”, (Heidegger, 2003, p. 45) concepto alejado de la idea de producción en serie de -valga la reiteración- *productos* industriales. Mas vayamos directamente al término que nos ocupa: el concepto de *reproducción* aparece recién en el siglo XVI en Francia, siendo posiblemente el primero en emplearlo Marot en *L’Enfer*, su obra satírica escrita en 1526, en referencia a las flores que podemos reproducir en un

huerto⁷. El uso documentado en idioma inglés de *reproduction* (así como de *reproductive*) tiene una leve expansión entre los siglos XVI y XVIII, pero habrá que esperar hasta mediados del siglo XIX para que se difunda su empleo con diversos matices⁸. En 1850 se encontraría el primer registro del término en el sentido de hacer una copia exacta del original (Douglas Harper, s.f.); por su parte, en el sentido de producir descendencia en los animales, se habría utilizado por primera vez en el idioma inglés en 1894 (Douglas Harper, s.f.) y, ya pasando directamente a nuestro tema, la apelación “derechos reproductivos” aparece en Estados Unidos en 1970 (Douglas Harper, s.f.). Pero será recién en las conferencias de El Cairo de 1994 y de Beijing de 1995 cuando la expresión tome carácter oficial. Un año después nacía la oveja Dolly, primer ser viviente al que le cabe con exactitud la idea de “reproducción” por ser producto de la clonación.

Veamos algunas coincidencias llamativas entre estas fechas y otros acontecimientos ligados a la estructura de producción como base material de las sociedades modernas y contemporáneas:

1.1. Los inicios

En torno a 1526 se consolida la mercantilización de la vida económica en Europa. Si bien son numerosos los factores que contribuyeron a esto, sin duda la irrupción de América es el principal aspecto a tener en cuenta: sin el oro y la plata americanos no se podría haber monetarizado la economía del Viejo Mundo y sin la generalización del uso de la moneda no se hubiera consolidado una mentalidad cuantitativista. Como se sabe, la moneda homogeiniza la realidad sirviendo como patrón de medida aplicable a casi todas las cosas. En una economía no dineraria (trueque) no se podría medir en común palos con naranjas, pero cuando los intercambios se hacen en base al dinero, queda claro que, si un kilo de naranjas cuesta diez pesos y un palo cincuenta, un palo equivale a cinco kilos de naranjas. Esta posibilidad de medirlo todo genera un modo de concebir el mundo que, en su faceta luminosa, fertilizará el genio de un Galileo o un Newton, para quienes la matemática es el

⁷¿Hubo leído Heidegger a Marot? ¿Por qué ambos piensan en las flores al referirse uno a la producción y el otro a la reproducción? No parece muy natural esa asociación de ideas. Sin dudas este fascinante paralelismo amerita otro ensayo.

⁸Cfr. las tendencias en el Diccionario Collins (s.f.).

lenguaje con el que Dios escribió el libro del Universo. Pero también dará lugar a esa faceta oscura que Marx señalará bajo los efectos de la alienación capitalista, Weber a través de la imagen de la jaula de hierro, la técnica como consumación de la metafísica en Heidegger (2010)⁹ o la reificación en los frankfurtianos como Horkheimer, Adorno o Marcuse. Cada cual a su modo verá con preocupación la expansión universal de este fenómeno, por lo que habrá de implicar en términos de pérdida de libertad y autonomía del ser humano; en otras palabras, por lo que esto implicará en términos de diferenciación de una persona con respecto a otras, siendo pasibles de ser reducidas a una mera cantidad, a meros recursos humanos susceptibles de ser reproducidos cual copias.

Es precisamente en los inicios del siglo XVI y merced a estos procesos que, como explica Federici (2011: 123):

(...)las mujeres se vieron perjudicadas (...) porque tan pronto como se privatizó la tierra y las relaciones monetarias comenzaron a dominar la vida económica, encontraron mayores dificultades que los hombres para mantenerse, así se las confinó al trabajo reproductivo en el preciso momento en que este trabajo se estaba viendo absolutamente devaluado. Este fenómeno, que ha acompañado el cambio de una economía de subsistencia a una monetaria en cada fase del desarrollo capitalista puede atribuirse a diferentes factores. Resulta evidente, sin embargo, que la mercantilización de la vida económica proveyó las condiciones materiales para que esto ocurriera. (...) En el nuevo régimen monetario, sólo la producción-para-el-mercado estaba definida como actividad creadora de valor, mientras que la reproducción del trabajador comenzó a considerarse algo sin valor desde el punto de vista económico, e incluso dejó de ser considerada un trabajo. (...) la importancia económica de la reproducción de la mano de obra llevada a cabo en el hogar, y su función en la acumulación del capital, se hicieron invisibles, confundiéndose como una vocación natural y designándose como <trabajo de mujeres>.

⁹Si bien este es un tema que aparece en modo recurrente, cabe consignar el texto de referencia pues a partir del mismo es dable reflexionar que, curiosamente, esta época que se inicia dejando de lado la *analogía entis* medieval, es decir la concepción de la realidad según la cual todas las cosas guardan cierta similitud, pretendiendo dar a cada cosa su propia individualidad, termina en nuestro tiempo con la realidad como *being digital*, como ser digital (expresión que dió título a la pionera obra de Nicholas Nigroponte) como meros logaritmos que reemplazan la inteligencia y voluntad humanas. De la realidad analógica a la realidad digital.

Nada de esto conlleva nostalgia romántica alguna por el medioevo perdido. Se trata de ver los claroscuros que presenta este proceso y sus consecuencias para todas y todos. En razón de esa ambivalencia, a la par que se beneficia el género humano con avances científicos que mejoran indudablemente la calidad de vida, en el mismo momento y por los mismos condicionantes que posibilitan esos avances, comienza también, además del sometimiento de la mujer en Europa y de la esclavitud racializada en América, un empeoramiento de las condiciones del varón blanco. En efecto, “la devaluación y feminización del trabajo reproductivo fue también un desastre para los hombres trabajadores, pues la devaluación del trabajo reproductivo inevitablemente devaluó su producto: la fuerza de trabajo” (Federici, 2011: 125) aunque, por cierto, esto no quita que desde entonces las mujeres la hayan pasado muchas veces peor que los varones, puesto que “en la transición del feudalismo al capitalismo las mujeres sufrieron un proceso excepcional de degradación social que fue fundamental para la acumulación de capital y que ésta ha permanecido así desde entonces” (op. cit.: 125), claro que, agreguemos, tampoco los trabajadores la pasaban muy bien en sus empleos ni los soldados en el frente de batalla, ambos, trabajadores y soldados, fruto del trabajo reproductivo.

1.2.La lenta difusión del término

La etapa posterior, correspondiente a los siglos XVII y XVIII, es decir cuando de a poco se va difundiendo el uso del término *reproducir* y sus derivados (como *reproducción* o *reproductivo*) coincide con el momento en que se va consolidando ese doble movimiento de desarrollo de la razón instrumental concomitante con el de la razón emancipatoria. Vale insistir en que ambos desarrollos corresponden a las mismas causas, en el marco de lo que acertadamente llamaron los frankfurtianos la “dialéctica de la ilustración”. La *communitas* deviene definitivamente *societas*: la *communitas*, el espacio del cuidado común, pasa a ser el lugar de encuentro de los socios, siendo Hobbes el mejor exponente intelectual de este paso.

Poco antes de que se publicase el *Leviatán* (1651) Descartes había escrito el *Discurso del Método* (1637), donde al par que contribuye a emancipar al hombre del peso de las tradiciones, sienta las bases para que la estructura de dominación construya un sujeto

universal, negador de las diferencias. A fines de ese siglo, en 1689, Locke publica sus dos *Tratados sobre el Gobierno Civil*, en los que, a la vez que demuele los argumentos a favor de las monarquías despóticas y sienta las bases de la división de poderes, en nombre de la libertad y la igualdad, también legitima la esclavización de los africanos y la usurpación de las tierras indígenas. A tal fin acuña un concepto que, si bien está implícito en la distinción cartesiana entre *res cogitans* y *res extensae*, recién aparece explícitamente en el *Segundo Tratado*: me refiero a la concepción extremista del derecho de propiedad, que lleva incluso a hablar de la propiedad sobre el “propio” cuerpo y la “propia” vida. Para las filosofías no europeas modernas, como la andina o la bantú, la persona *es* su cuerpo y su vida, no *tiene* un cuerpo ni una vida. De hecho, si a mí me sacan mi cuerpo y mi vida, no sé dónde estaría yo. Para estas filosofías, expresiones tales como “yo soy el dueño (o la dueña) de mi cuerpo y de mi vida” carecen absolutamente de sentido. No vamos a extendernos acá sobre esto, pero vale señalar la inconsecuencia de fundar los derechos sexuales y relativos a la procreación en argumentos de un tenor eurocéntrico y de un supremacismo blanco claramente contradictorios con un pensamiento emancipatorio y respetuoso de la diferencia¹⁰.

Así como en torno al 1600 Galileo establece las bases para una concepción matemático-numérica¹¹ de la realidad y Descartes dará forma filosófica a esas ideas, cien años después Newton habrá de realizar los desarrollos necesarios para consumir la matematización del universo y Kant plasmará filosóficamente esos aportes. Entre medio, nace la estadística como “ciencia del Estado”¹², como cuantificación de los recursos del Estado, principalmente de los recursos humanos, en clave de lo que Foucault llamará *biopolítica*. Por cierto, nada autoriza a encasillar a Galileo, Descartes, Newton o Kant entre

¹⁰Entre otros aportes críticos al respecto, cfr. Hinkelammert, (2002: 65ss) y Dussel (2007: 145-151)

¹¹Corresponde efectuar una aclaración acerca del carácter numérico de esta matemática, pues, como explica Heidegger (2010: 79) si bien la concepción matemática ya estaba ínsita en la metafísica griega, la matemática no se reducía al número: “Matemática significa para los griegos aquello que el hombre ya conoce por adelantado cuando contempla las cosas o entra en trato con las cosas (...) Es precisamente porque los números representan del modo más imperioso eso que es siempre ya conocido y por lo tanto son lo más conocido de las matemáticas, por lo que el nombre de matemáticas quedó reservado para todo lo tocante a los números. Pero esto no quiere decir en absoluto que la esencia de las matemáticas esté determinada por lo numérico”.

¹²Si bien el término es acuñado en 1749 por Gottfried Achenwall precisamente con el significado expuesto de “ciencia del estado” para designar la colección de datos, principalmente demográficos (reproducción de la vida) y económicos (reproducción de la riqueza)

los adalides del surgimiento y desarrollo de la razón instrumental, pero la estructura de dominación habrá de hacer un empleo de sus descubrimientos e ideas en beneficio de la hegemonía de esta razón por sobre los ideales que les animaron.

Con la ciencia galileo-newtoniana y la estadística, comienza a darse un desplazamiento del sentido de la ley a la norma (Foucault, 2002:174), desde la espada a la escuadra. La ley, asociada generalmente con la espada, es el instrumento por el cual el soberano podía ordenar quitar la vida o la riqueza. En cambio, la norma (palabra que en latín significa *escuadra*) mide, regula, regla conductas e instituciones y, por ende, conforma (con-forma) subjetividades. Así como las leyes matemáticas del universo aborrecen lo que no se ajusta a ellas: lo anormal, lo subnormal, del mismo modo, lo anormal y lo subnormal será corregido por las instituciones que surgen o se afianzan a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Instituciones que estarán más preocupadas por regular conductas o comportamientos que por promover acciones. La conducta (*con-ductus*: guiado por el conjunto), es lo que habrán de atender las instituciones, más que las acciones. Todos recordamos haber recibido alguna sanción por inconducta al realizar una acción en favor de alguna causa que consideramos justa¹³.

Una sociedad normalizadora fue el efecto histórico de una tecnología de poder centrada en la reproducción de la vida.

En relación con las sociedades que hemos conocido hasta el siglo XVIII, hemos entrado en una fase de regresión de lo jurídico; las constituciones, los códigos (...) toda una actividad legislativa permanente y ruidosa no deben engañarnos: son las formas que tornan aceptable un poder esencialmente normalizador” (Foucault, 2002:174).

Claro que, como siempre ocurre en la historia, todo poder genera su contrapoder:

¹³Por eso, es digno de destacar la elaboración del concepto de divergencia como categoría de análisis de la acción social planteado por Germán Silva (2011:114).

Y contra ese poder nuevo aún en el siglo XIX, las fuerzas que resisten se apoyaron en lo mismo que aquel invadía (...) tenemos ahí un proceso de lucha muy real, la vida como objeto político fue en cierto modo tomada al pie de la letra y vuelta contra el sistema que pretendía controlarla (Foucault, 2002: 174)¹⁴.

Cuando la ley se identifica con la espada, con el poder de quitar la vida y la riqueza, “el poder habla a través de la sangre; ésta es una realidad simbólica”: derrama la sangre de los enemigos, se legitima por su pureza de sangre. Pero cuando de lo que se trata no es de quitar, sino de reproducir, cuando la legitimación no depende tanto del pasado, del linaje, cuanto de la reproducción, del futuro, entonces la sexualidad cobra un lugar central en reemplazo de la sangre.

Los nuevos procedimientos de poder elaborados durante la edad clásica y puestos en acción en el siglo XIX hicieron pasar a nuestras sociedades de una simbólica de la sangre a una analítica de la sexualidad. Como se ve, si hay algo que esté del lado de la ley, de la muerte, de la transgresión, de lo simbólico y de la soberanía, ese algo es la sangre; la sexualidad está del lado de la norma, del saber, de la vida, del sentido, de las disciplinas y las regulaciones” (Foucault, 2002: 179).

1.3. La incorporación del término al lenguaje cotidiano

Llegamos así al siglo XIX en el que el término *reproducción* y sus derivados pasan a formar parte del lenguaje cotidiano. En particular, a partir de mediados de siglo se incorpora como definición en el sentido de “hacer una copia” más que en el de “producir de nuevo”. Ello obedece a que estamos en plena revolución industrial y la técnica moderna se enseña no ya como un instrumento, sino como el horizonte de sentido de una época. La técnica es el fundamento último de la reproducción: si en la antigüedad la técnica del molde era la forma casi exclusiva con lo que reproducir algo (metales, yesos, etc.) y en los inicios de la modernidad la técnica de la imprenta permite la reproducción del libro, en el siglo XIX la técnica es básicamente entendida como aquel proceso que posibilita reproducir todo

¹⁴Por eso, toda la ética de la liberación planteada por Dussel (2011) toma como principio material la reproducción de la vida. Mientras el sistema busca la reproducción de la vida como medio para reproducir la riqueza, la ética de la liberación invierte la ecuación, dándole a la idea de reproducción un sentido distinto al hegemónico, que estamos estudiando en este artículo.

lo que se produce, incluso la obra de arte. Más aún, la expresión “reproducción”, a partir de este momento, se usará cada vez con mayor frecuencia para referirse a la obra de arte (Benjamin, 2003).

Este siglo XIX que exalta el valor del individuo, de las libertades y los derechos del hombre, se cierra con la creación más terrible de la técnica moderna: el campo de concentración. Inglaterra, el país donde la técnica y la industria más se habían desarrollado, donde más cosas se reproducían, va a establecer el primer campo de concentración en Sudáfrica durante la Guerra de los Boers, preanunciando el horror que se llevará a su máxima expresión durante el siglo siguiente, por obra de los gobernantes la patria de Nietzsche. Pareciera no ser una mera coincidencia que es a fin de este siglo, exactamente en 1894, cuando se comienza a emplear el término reproducción en el sentido de tener cría o descendencia.

1.4. Máquinas y engranajes

Nuevas formas de energía y de transporte, nuevos materiales y nuevas tecnologías de producción, confluyen para dar origen a la llamada Segunda Revolución Industrial. La cadena de montaje lleva la reproducción al extremo. Charles Chaplin ilustra magistralmente la deshumanización a que la industria somete al individuo en Tiempos Modernos. Grandes contingentes de buscadores de trabajo procedentes de espacios y culturas distantes y distintas inundan las ciudades más industrializadas, conformando un conglomerado heterogéneo que da lugar a lo que Ortega hubo de llamar *La rebelión de las masas*. Suele explicarse el surgimiento de los totalitarismos en esta época, como un intento de poner orden en el caos producido por esa heterogeneidad, de uniformar lo diverso, de reproducir a cada ser humano como en una cadena de montaje. El uniforme de los desfiles nazis o soviéticos como imagen de la uniformidad total. Concomitantemente, entre 1914 y 1973, entre la I Gran Guerra y la retirada norteamericana de Vietnam, se suceden una serie de conflictos bélicos que involucran directa o indirectamente a toda la población de los países

centrales. Las características de la guerra moderna reducen al soldado a ser parte de una máquina, un engranaje más¹⁵.

Pero no sólo el trabajador manual o el soldado son reproducciones o copias. La primacía de la técnica invade también a la universidad. Un conocimiento, para ser reputado como científico (esto es: digno de ser tenido en cuenta por la universidad) debe haber sido obtenido mediante un método, un procedimiento, es decir: una técnica. La ciencia depende de la técnica, pues es la mentalidad técnica (madre de la reproducción) la que hegemoniza todo, no sólo la industria y la guerra, sino también el campo del saber. La hiperespecialización (consecuencia de la primacía del método y de la consecuente necesidad de delimitación precisa y acabada del objeto de estudio) y la desaparición del papel de la filosofía como saber articulador de los otros saberes, no significa sin embargo la disolución de la universidad, sino su transformación en empresa. Como explica Heidegger (2010: 84) en 1937, es decir, en plena época que estamos estudiando en este apartado:

(...) basándose en su carácter de empresa, las ciencias consiguen la mutua pertenencia y la unidad que les corresponde. Por eso, una investigación histórica o arqueológica llevada a cabo de manera institucional, está esencialmente más próxima de la investigación física correspondientemente organizada, que una disciplina cualquiera de su propia facultad de ciencias del espíritu, que se habrá quedado detenida en el punto de la mera erudición. Por eso, el decisivo despliegue del moderno carácter de empresa de la ciencia acuña otro tipo de hombres. Desaparece el sabio. Lo sustituye el investigador que trabaja en algún proyecto de investigación. Son estos proyectos y no el cuidado de algún tipo de erudición los que le proporcionan a su trabajo un carácter riguroso. El investigador ya no necesita disponer de una biblioteca en su casa. Además, está todo el tiempo de viaje. Se informa en los congresos y toma acuerdos en sesiones de trabajo (...) y se ve espontánea y necesariamente empujado dentro de la esfera del técnico en sentido esencial. (...) Al lado de esto, aún puede sobrevivir cierto tiempo y en determinados lugares el romanticismo cada vez más inconsistente y vacío de la erudición y la universidad. Pero el carácter efectivo de unidad y, por lo tanto, la realidad efectiva de la universidad, no reside en un poder espiritual para la unificación originaria de

¹⁵Cfr. Bourke (2008), texto que constituye un excelente estudio acerca de “la desilusión de unos individuos que resultaban insignificantes en comparación con el imperativo militar al que la tecnología daba ímpetu” (cit. p.26)

las ciencias. (...) Sólo las empresas de investigación (...) pueden diseñar y organizar a partir de sí mismas, junto con otras empresas, la unidad interna que les corresponde.

De este modo, el investigador se transforma en un engranaje de la empresa, se verá “obligado a retirarse sin reservas al públicoanonimato” (Heidegger, 2010: 84). Dado que lo importante es el método y no el saber, la inteligencia o la erudición, en teoría y extremando la cuestión, cualquiera que aplique el método debería llegar a los mismos resultados, resultando indiferente la personalidad del científico. En los mismos años en que Heidegger escribía el ensayo citado, Ortega (1983: 113-14) lo explicaba de este modo en el capítulo de *La rebelión de las masas* titulado *La barbarie del especialismo*:

la razón de ello está en lo que es a la par ventaja mayor y peligro máximo de la ciencia nueva y de toda la civilización que ésta dirige y representa: la mecanización (...) La firmeza y exactitud de los métodos permiten esta transitoria y práctica desarticulación del saber. Se trabaja con uno de esos métodos como con una máquina, y ni siquiera es forzoso para obtener abundantes resultados poseer ideas sobre el sentido y fundamento de ellos.

Por eso es que los artículos que aparecen en publicaciones científicas, tienen desde entonces la tendencia a ser encabezados con frases como: “el presente artículo tiene por objeto”, cuando es evidente que un artículo no tiene voluntad propia y, por ende, no puede tener nada por objeto o finalidad. Se busca que la persona del investigador desaparezca, se lo premia por citar los autores correctos y del modo establecido más que por el contenido del artículo, pues lo que a la universidad/empresa le importa realmente es el texto sea publicado en una revista de “prestigio” para mejorar su calificación en los rankings internacionales. No publica porque tiene algo que decir, sino porque será medido (y remunerado) en función de su productividad, la cual, a su vez, no es medida en función de los intereses y necesidades de la comunidad local a la que pertenece la universidad, sino por criterios empresariales de otra índole¹⁶.

¹⁶Por cierto, estas aseveraciones no constituyen tanto una descripción fehaciente cuanto una advertencia sobre los riesgos que corremos en el ejercicio de nuestras actividades en el marco de la universidad, advertencia que no implica una defensa del elitismo de épocas pretéritas, en que sólo podían dedicarse al desarrollo del conocimiento quienes tuvieran fortuna personal o gozaran del mecenazgo de algún magnate.

1.5. Ahora sí: los derechos reproductivos

Llegamos finalmente a los años '70 del siglo pasado, en que aparece la expresión que nos ocupa, como consecuencia de las luchas feministas que se dan en casi todo el mundo, pero que adquieren mayor visibilidad en Estados Unidos: *reproductive rights*.

Los miembros de la Conferencia de El Cairo tenían cabal conciencia de que fue a partir de inicios de los 70 que se dan una serie de cambios que permiten avanzar en la proclamación de los derechos de marras. Así, la declaración dice explícitamente en el Preámbulo de su Programa de Acción que: “En los dos últimos decenios el mundo ha sufrido cambios de gran alcance”, pero también advierte allí mismo que “La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 se celebra en un momento decisivo de la historia de la cooperación internacional. (...) Nunca antes ha tenido la comunidad mundial a su disposición tantos recursos, tantos conocimientos y tecnologías tan poderosas con los que fomentar el desarrollo sostenible y el crecimiento económico, si se encauzan en forma idónea. Ahora bien, la utilización eficaz de los recursos, los conocimientos y las tecnologías se ven condicionadas por obstáculos económicos y políticos a nivel nacional e internacional. Por consiguiente, pese a que hace ya tiempo que se dispone de amplios recursos, su utilización para lograr de un desarrollo socialmente equitativo y ecológicamente racional se ha visto seriamente limitada.” Lamentablemente mantienen plena actualidad estas advertencias formuladas en el mismo documento.

Acontece en esos veinte años anteriores a la Declaración que, merced al impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito de la guerra y de la producción, especialmente en los países más industrializados deja de ser necesario (o, mejor dicho, deja de ser conveniente) que la mujer sea una máquina reproductora de soldados y obreros. Mas todo proceso social debe ser explicado tanto por su base material/económica como por los factores culturales y políticos. En este caso, sin la toma de conciencia, la labor de esclarecimiento y la acción de las mismas mujeres, no se hubiera dado este proceso, por más cambios habidos en los modos de producción y de hacer la guerra. Es importante insistir en este punto respecto de la complejidad del acontecer colectivo: sin las bases materiales es muy difícil que los derechos sean reconocidos, pero sin lucha el reconocimiento es imposible. Del mismo

modo, sin las condiciones materiales dadas por la necesidad de que las gentes tengan menos hijos y consuman más, difícilmente se hubiera podido avanzar en la separación de los derechos sexuales con respecto a la procreación, pero sin las luchas encabezadas por colectivos contrahegemónicos, nada se hubiera conseguido. Y, en el caso que nos ocupa, tampoco es suficiente con la aplicación de las nuevas tecnologías al comercio, la industria y la guerra para que se acepten y reconozcan universalmente los derechos procreativos.

Ahora bien, volviendo a la cuestión terminológica, cabe preguntar por qué, justamente cuándo por influjo de las nuevas tecnologías, sobre todo en Estados Unidos, desaparece la necesidad de reproducir cuerpos que vayan a morir a la guerra o a trabajar a la fábrica, se emplea la expresión *reproductive* en lugar de *procreative*. Volvamos a la hipótesis que planteamos al inicio de este trabajo: la universal aceptación de la idea de que las personas pueden “reproducirse¹⁷” refleja la percepción profunda y no explícita de que no seríamos sino meros engranajes de un sistema, meros (re)productos del mismo, sin que nada podamos hacer para cambiarlo, ni para tener una identidad propia. Por cierto, la explicación de esta hipótesis excede holgadamente los límites de un artículo de estas características y, además, el objetivo más importante que me propuse al escribirlo, no consiste tanto en indagar las causas como en señalar la anomalía que implica hablar de *reproducción* en lugar de *procreación*.

Sin perjuicio de ello, voy a señalar tres factores convergentes: la reproducción del dinero, el narcisismo y la pérdida de identidad. Pareciera una paradoja plantear estos factores aparentemente contradictorios como marca de una misma época, pero esa paradoja es sólo aparente.

En agosto de 1971 Nixon toma una medida histórica: desvincula al dólar con respecto al patrón oro. El dólar, que antes representaba al oro depositado en la Reserva Federal, ahora pierde su carácter representativo y puede reproducirse. El resto de los países también

¹⁷Aclaro que a veces uso estas palabras en bastardilla, pues me parece interesante ver la reproducción escrita con pequeñas bastardas. Pero también la uso entre comillas, como si debiera estar aislada, prisionera, sin contaminar al resto del texto.

desvinculan sus monedas del patrón oro. Son los tiempos en que se inicia el estímulo al consumo en lugar del ahorro: aparece el crédito para el consumo en forma de tarjeta de crédito. Antes, el crédito era otorgado por los bancos a comerciantes y productores, pero si alguien quería un crédito para consumo debía empeñar las joyas de la abuela o preñar el auto. Lo habitual era que las familias (más que los individuos) ahorrasen. Desde los „70 la tarjeta de crédito reemplaza a la cuenta bancaria como indicador de *status* social. El dinero se reproduce sin necesidad de emitir billetes. El 4 de abril de 1973 se inaugura el mayor símbolo arquitectónico y urbanístico de la era de la reproducción: las Torres Gemelas de Nueva York. Con forma de gigantescas pilas de tarjetas de crédito, son dos iguales (reproducción) que a su vez reproducen como espejos el paisaje del Hudson y de los edificios circundantes.

Mientras en la cultura del ahorro la gente permanecía relativamente estable en una clase social (los ascensos y descensos se daban en términos de años) y toda la familia pertenecía a la misma clase, en la cultura del consumo la movilidad ascendente o descendente es sumamente veloz: un CEO que a los 45 años tiene un alto nivel de consumo, pierde su empleo y a los 46 no puede ni sostener el plan médico para él y sus hijos, los que además deben cambiar de colegio y van a vivir junto a su madre a casa de los padres de ella. El barrio, la pertenencia de clase, la familia, el oficio, son elementos que van constituyendo la propia identidad; cuando se volatilizan, la identidad se torna también volátil, “líquida” diría Bauman. Vale aclarar que no estamos juzgando, no se trata de pensar que una época es mejor que otra: aquellos elementos constitutivos de la identidad podían resultar agobiantes y tornar imposible la existencia. Simplemente, estamos describiendo el pasaje a una nueva realidad, con sus propios problemas y desafíos.

Así como en la etapa anterior la familia tenía que ser numerosa, la voz del varón proveedor era la voz de orden: se hacía lo que el padre (entendido como sinónimo de progenitor masculino) ordenaba. Si se lo desobedecía, se corría el riesgo de quedar sin comer. Ese chico, cuando salía de su casa, seguía necesitando un padre que le diga lo que hay que hacer, lo que está bien y lo que está mal. Y lo encontraba en la maestra, el sacerdote, el rabino o el pastor a la vieja usanza. En cambio, como ya vimos, a partir del

impacto de las nuevas tecnologías en el campo de batalla y en el mercado, las familias dejan de ser numerosas, entre otros factores porque una familia con doce hijos no puede cambiar el televisor, el automóvil o el electrodoméstico con frecuencia, ni puede ir a cenar afuera tras ir al cine una o dos veces al mes. El sistema requiere que se incremente el consumo de bienes y servicios con alto valor agregado, por lo que estimula que las parejas o no tengan hijos (*DINKs*) o tengan pocos. Por ende, cuando aparece un chico, no sólo es hijo único, sino también sobrino único, nieto único, etc. Todos los parientes, amigos, vecinos y conocidos giran en torno a la criatura por lo que ésta, cuando sale de su casa, en lugar de buscar un padre, se busca a sí mismo: se saca una *selfie* y la sube a las redes sociales.

Esas mismas tecnologías que motivan las nuevas formas de constitución familiar son las que generan cambios profundos en el ámbito laboral y en el ámbito residencial: nadie trabaja toda su vida en el mismo empleo ni vive toda su vida en el mismo barrio. Por tanto, las relaciones con los demás son efímeras, lo que ha dado lugar a una muy extensa literatura que no vamos a desarrollar acá¹⁸. Así como no es la píldora anticonceptiva la que permitió que la mujer salga a trabajar, sino que fue la necesidad del sistema lo que llevó a inventar la píldora, del mismo modo no son las redes sociales las que generan una sociedad narcisista, sino que es una sociedad narcisista en el marco de relaciones efímeras la que reclama tecnologías que permitan la exposición tan constante como fugaz: la percepción de la propia identidad dura lo que dura una historia en *instagram*, no más de veinticuatro horas. Ahora bien, el narcisista se cree muy diferente de los demás, precisamente porque debe exacerbar las pequeñas diferencias: el individuo se siente mejor al creerse diferente de su vecino¹⁹. Pero estamos hablando del narcisismo del último hombre, no del narcisismo de Narciso, que no sabía que se estaba contemplando a sí mismo y que era tan bello que se enamora de *esa* imagen (que para él no era *su* imagen) sino que hablamos del narcisismo del que en lugar de mirar el paisaje, mira su propia imagen en el celular y le sonrío en busca de los *likes* que lo harán sentirse único por un rato, tomando al mundo no como espejo donde reflejarse al estilo del estanque de Narciso, sino como marco de su *selfie*. No se

¹⁸Cabe citar a Lipovetsky (2006) o Bauman (2009) entre los autores que más se han ocupado del tema.

¹⁹“*El narcisismo de las pequeñas diferencias es la obsesión por diferenciarse de aquello que resulta más familiar y parecido*” Freud (2015:87)

enamora de la belleza que encuentra en sí mismo, sino que se enamora de sí mismo y por eso se encuentra bello.

¿Condenados a reproducirnos?

Todo esto deja al individuo aislado, sin identidad, sin sentido de pertenencia a un lugar o a una comunidad. Consecuencia del triunfo de la razón instrumental, cada uno no es más que un recurso humano o, en todo caso, un empresario de sí mismo que se vincula con los demás en el mercado no en términos de intercambio, sino de competencia. Como explicó Weber hace un siglo, la modernidad se caracteriza por el avance constante de un tipo de orientación de acciones y conductas que no se funda en la tradición o los afectos, sino en la adecuación de medios a fines. Pero a su vez, esto da lugar a un tipo de racionalidad que desvincula a los medios de los fines: lo útil le gana a lo bueno, ya que quien sólo busca lo útil, no tiene límites éticos ni de ninguna índole, más que los impuestos por la propia estrategia en razón de la eficiencia.

Surge así la razón instrumental, que al no estar “atada” por valores de ninguna índole, al buscar sólo la utilidad por la utilidad misma, es más eficiente que la racionalidad que tiene en vista los fines, sea el fin que sea: ser feliz, construir una sociedad más justa, el bien común, todos ellos juntos asumiendo que nadie se realiza si no es en una comunidad que se realiza, etcétera. En todos estos casos se persiguen fines que de suyo imponen límites éticos, sea lo que sea que entendamos bajo el nombre de “ética”.

Sin embargo, el triunfo de la razón instrumental nunca es completo, pues todo individuo siente la necesidad de encontrar un sentido a su propia existencia, de ser reconocido por los demás, de pertenecer a un lugar físico o espiritual, de ser parte de una comunidad. En palabras de Richard Sennet (2012: 145):

una de las consecuencias no deliberadas del capitalismo moderno es que ha reforzado el valor del lugar y ha despertado un deseo de comunidad. Todas las condiciones emocionales que hemos explorado en el lugar de trabajo animan ese deseo: las incertidumbres de la flexibilidad; la ausencia de confianza y compromiso con raíces profundas; la superficialidad

del trabajo en equipo; y, más que nada, el fantasma de no conseguir hacer nada de uno mismo en el mundo, de „hacerse una vida“ mediante el trabajo. Todas estas situaciones impulsan a la gente a buscar otra escena de cariño y profundidad.

Sennet publica el libro del que tomamos esta cita en 1998, en base a estudios hechos desde mediados de los „90. Vale decir que está describiendo una realidad que, si bien la vemos aparecer en los „70, va a manifestarse en toda su plenitud y universalidad a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Por eso, poco después las expresiones “derechos reproductivos” y “salud reproductiva” de la familia y del individuo alcanzarán su máxima consagración jurídica internacional en las citadas Conferencias de El Cairo y de Beijing en 1994 y 1995 respectivamente²⁰. Expresiones que todos y todas aceptamos de modo acrítico e inconsciente, quizá porque, sin darnos cuenta, estábamos y estamos mencionando una realidad muy profunda. Muchas veces las palabras tienen voluntad propia, por eso, cuando no entendemos un término preguntamos: ¿esta palabra qué quiere decir? Es la palabra la que quiere decirnos algo, más allá de lo que nosotros querramos expresar. Iniciamos este texto con una cita de Hobbes merced a la cual se sugiere que al hablar de reproducción nos estaríamos autoengañando. Sin embargo, es posible que estemos expresando una verdad mucho más radical: quizá seamos en efecto meras copias, copias de otras copias, ni siquiera copias de un original. Como diría Zaratustra, entonces la burla ya no tiene fin. O, quizá, una vez más, en el peligro esté la salvación.

Conclusiones

Hemos analizado el pasaje del Estado que ejercía su poder de quitar la vida y la riqueza al Estado que legitima su poder reproduciendo la vida para reproducir la riqueza. En ambos casos, estamos en presencia de un Estado patriarcal que cumple los roles tradicionalmente asignados al varón. Por razones que indagan desde la antropología y el psicoanálisis hasta las neurociencias, se tiende a asignar al varón el papel de guerrero y proveedor, reservando a la mujer el papel del cuidado del hogar.

²⁰Es sugestivo que Francis Fukuyama haya publicado en 1992 *El fin de la historia y el último hombre*, libro que en aquel entonces tuvo una influencia muy profunda y cuyo título enmarca con precisión lo que acá estamos señalando, aunque valorando estos hechos y circunstancias de modo muy distinto.

En los tiempos en que la *communitas* debía ser custodiada por la espada, sea un Rey o una Reina quien gobernara, lo hacía exaltando la dimensión guerrera del Estado. Con el paso de la *communitas* a la *societas*, desde los tiempos de Hobbes, cuando el individuo pasa a sentirse preexistente a la colectividad y, por ende, siente que ese colectivo existe porque él decide *asociarse* con otros para preservar su vida y sus bienes. Recordemos que, por el contrario, en la *comunidad* se asume que no es posible la existencia humana previa a la colectividad.

En la sociedad el Estado comienza a ocuparse de acrecentar las riquezas del reino y de las clases dominantes. Las guerras no tienen que ver tanto con la rapiña (*quitar* vida y riqueza) sino con las condiciones para *reproducir* vida y riqueza. ¡Hasta Hitler hizo la guerra en nombre de la vida: el *lebensraum*! El Estado se encarga de garantizar la *immunitas* de su población, como viene planteando la filosofía política moderna desde los tiempos de Hobbes, pues

cuando este no sólo pone en el centro de su perspectiva el problema de la *conservatio vitae*, sino que la condiciona a la subordinación a un poder constrictivo exterior a ella, como es el poder del soberano, el principio inmunitario ya está virtualmente fundado (Espósito, 2006: 75).

Principio que no será ajeno al exterminio de judíos en la Alemania nazi, ni al odio contemporáneo a inmigrantes de piel oscura.

Si en la *communitas* el soberano guerrero tenía en su mano la espada, en la *societas* el soberano proveedor conserva la espada en una mano, pero en la otra lleva una regla más grande. La estadística es un arma más efectiva que la espada. El guerrero y el proveedor: dos representaciones distintas para un mismo Estado patriarcal.

Ahora bien, dado que todo poder genera su propio contrapoder, el principio de reproducir la vida para reproducir la riqueza viene siendo cuestionado de varios modos y en distintas latitudes. Las grandes potencias no pueden ganar una guerra pues sus pueblos no

están dispuestos a ver llegar los cajones llenos de cadáveres como otrora y, hasta ahora, los drones han servido para eliminar enemigos, pero no para ganar la guerra. Es decir: los pueblos no están tan decididos a seguir al gobernante que lleve la espada en su mano. Pero tampoco parecen muy dispuestos a seguir a quien agite la estadística como bandera. La pandemia de COVID-19 nos da un buen ejemplo: los gobernantes que enfatizan el papel del varón proveedor, que anteponen la reproducción de la riqueza por sobre la vida, o deben retroceder con respecto a sus posiciones iniciales o pierden la consideración incluso de una porción significativa de sus propios votantes.

Pareciera que al descubrir que *immunitas* y *communitas* no tienen por qué ser conceptos excluyentes, descubrimos también que para que ese carácter excluyente se diluya, hace falta otro tipo de Estado, quizá se trate del paso de un Estado patriarcal a un Estado centrado en el cuidado, un Estado maternal. En una entrevista televisiva, la antropóloga Rita Segato planteó que en Argentina el gobierno estaba sentando las bases para el nacimiento de un Estado maternal. Mi primera reacción fue pensar que mientras haya ejército, no habrá Estado maternal; pero ocurre que el ejército estos días está abocado a la producción de barbijos, alcohol en gel, viviendas provisorias, reparto de comida en barrios vulnerables... todas acciones que tienen que ver con el cuidado y la nutrición.

Obviamente ni es todo positivo en un Estado maternal (quien conozca de qué se trata y cómo se genera la bulimia o la anorexia sabe de qué estamos hablando) ni tampoco nacerá espontáneamente. Más allá de los riesgos que este cambio pueda acarrear, vale la pena correr esos riesgos, quizás necesarios para que algún día, aún muy lejano, descubramos que no hay padre ni madre en el espacio público, sino que somos ineludiblemente hermanos y hermanas. Para eso es necesario que se haga realidad aquello de “muerte al macho” en la sociedad, no sólo en los varones. Nada cambiará si es un varón o una mujer quien esté al frente de una empresa que contamine el ambiente o viole los derechos de sus empleados. Pero, si bien se entiende el motivo que lleva a plantear “muerte al macho”, pareciera que está llegando la hora de decir mejor *adiós* que *muerte*: adiós al macho que hay en cada varón, en cada mujer, en cada espacio colectivo. Quizá, así,

dejemos de sentirnos meras reproducciones, para sentirnos personas capaces de vivir una vida digna de ser vivida.

Referencias bibliográficas

- Benjamin, Walter. (2003). *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, México D.F., Itaca.
- Bourke, Joanna. (2008). *Sed de sangre*, Barcelona, Crítica.
- Diccionario Collins (s.f). Recuperado el 11/05/20 de: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/reproduction>
- Douglas, Harper. (2007). *Diccionario Etimológico*. Recuperado el 10/05/20 de: <https://www.dictionary.com/browse/reproduce>
- Dussel, Enrique. (2007). *Política de la liberación*, Madrid, Trotta.
- Dussel, Enrique. (2011). *Ética de la liberación*, Madrid, Trotta.
- Espósito, Roberto. (2006). *Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Federici, Silvia. (2011) *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Buenos Aires, Tinta Limón.
- Freud, Sigmund. (2015). *El hombre Moisés y la religión monoteísta*, Madrid, Akal.
- Heidegger, Martin. (2003). *La pregunta por la técnica*, Madrid, Editora Nacional.
- Heidegger, Martin. (2010). *La época de la imagen del mundo en Caminos del bosque*, Barcelona, Alianza Editorial.
- Hinkelammert, Franz Josef. (2002). *El retorno del sujeto reprimido*, Bogota, Universidad Nacional de Colombia.
- Lipovetsky, Gilles. (2003). *La era del vacío*, Anagrama. Barcelona.
- Bauman, Zygmunt. (2015). *Modernidad Líquida*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica.
- Marot, C. *L'Enfer*. Recuperado el 12/05/20 de: <http://clementmarot.com/Lenfer.htm>
- Nietzsche, Friedrich. (2014). *Así habló Zaratustra*, Buenos Aires, Alianza Editorial.
- Ortega y Gasset, José. (1983). *La rebelión de las masas*, Buenos Aires, Alianza Editorial.
- Sennet, Richard. (2012). *La corrosión del carácter*, Buenos Aires, Anagrama.
- Silva García, Germán. (2011). *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, Bogotá.

“EL PARTENÓN DE LOS LIBROS PROHIBIDOS”: UN ANÁLISIS EN LAS INTERSECCIONES ENTRE LA SOCIOLOGÍA, EL ARTE Y EL DERECHO

Andrea L. Gastron¹

Correo electrónico: andreagastron@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo es fruto de una investigación destinada a conocer los rasgos socio-jurídicos presentes o implícitos en las obras plásticas exhibidas públicamente que se relacionan de algún modo con la ley, la justicia o el derecho. Al efecto, fueron seleccionadas sendas *instalaciones* de “El Partenón de los libros prohibidos”, de la artista argentina contemporánea Marta Minujín, en las ciudades de Buenos Aires (1983) y Kassel (2017).

Para la sociología del derecho, la importancia de estudiar en profundidad las obras artísticas que se emplazan en lugares públicos se relaciona directamente con los modos en que se impone el orden jurídico, ya que ellas acompañan, refuerzan y legitiman, desde un lugar muy concreto y sensible, el sistema normativo.

Observamos que la obra analizada recupera y resignifica una *estética* del derecho heredada de la cultura greco-romana y judeo-cristiana (es decir, propia de la cultura hegemónica europea); al mismo tiempo, detenta una función política, pedagógica y simbólica en sociedades que emergen de historias de violencia y trauma colectivo.

Palabras clave: instalaciones, libros, censura.

"THE PARTHENON OF PROHIBITED BOOKS": AN ANALYSIS AT THE INTERSECTIONS BETWEEN SOCIOLOGY, ART AND LAW

¹Doctor (PhD) en Filosofía Jurídica y especialista en Sociología Jurídica por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Sociología Jurídica y de la Dominación en la misma casa de estudios. Rector de la Universidad de San Isidro. Director del Programa Internacional de Estudios sobre Democracia, Sociedad y Nuevas Economías (UBA) Investigador del Centro Interdisciplinario de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Abstract

The present paper results from a research conducted at the University of Buenos Aires, aimed at finding out explicit or implicit juridical sociological features in publicly exhibited pieces of art. These were selected due to their relationship with the concept of justice or law. For this matter, we choose to analyze two *installations* of the “Parthenon of banned books” belonging to the contemporary Argentinian artist Marta Minujín, in both cities, Buenos Aires (1983) and Kassel (2017).

The study of public located art is directly associated to the ways in which the legal system is imposed, and it falls within the scope of sociology of law. It represents the support and legitimacy of the normative system from a very concrete and sensitive place.

Therefore, we propose to recover and redefine an aesthetic of law inherited from the Greco-Roman and Jewish-Christian culture within Minujín's work while interpreting its different political, pedagogical and symbolic functions in trauma-survivor societies.

Keywords: installations, books, censorship.

"O PARTENON DOS LIVROS PROIBIDOS": UMA ANÁLISE NAS INTERSEÇÕES ENTRE SOCIOLOGIA, ARTE E DIREITO

Resumo

O trabalho é resultado de uma pesquisa destinada a conhecer as características sócio-jurídicas presentes ou implícitas em obras plásticas exibidas publicamente que se relacionem de alguma forma com a lei, a justiça ou o direito. Para esse fim, foram selecionadas duas *instalações* de "O Partenon dos Livros Proibidos", da artista argentina contemporânea Marta Minujín, nas cidades de Buenos Aires (1983) e Kassel (2017).

Para a sociologia do direito, a importância de estudar em profundidade as obras artísticas localizadas em locais públicos está diretamente relacionada às maneiras pelas quais a ordem jurídica é imposta, uma vez que elas acompanham, reforçam e legitimam, desde um lugar muito concreto e sensível, o sistema normativo.

Observamos que a obra analisada recupera e redefine uma estética do direito herdada da cultura greco-romana e judaico-cristã (ou seja, característica da cultura hegemônica

européia); simultaneamente, ela detém uma função política, pedagógica e simbólica nas sociedades que emergem de histórias de violência e trauma coletivo.

Palavras chave: instalações, livros, censura.

Introducción

El presente trabajo se propone efectuar un análisis de la instalación “El Partenón de los libros prohibidos”, de la artista argentina contemporánea Marta Minujín, desde un enfoque que integra nociones básicas de los campos de conocimiento científico-sociales (el derecho, la sociología) y las artes plásticas.

El mismo se enmarca en una investigación destinada a conocer los rasgos socio-jurídicos presentes o implícitos en la estatuaría exhibida públicamente que se relaciona de algún modo con la ley, la justicia o el derecho², develando los mecanismos a través de los cuales se afianza una estructura de dominación política en cuya legitimación los operadores jurídicos (jueces, legisladores, políticos, funcionarios públicos) ocupan un rol preponderante³.

La metodología adoptada incluye una selección y análisis crítico y en profundidad de esculturas, monumentos, estatuas, y de obras de arte efímero y/o de vanguardia (como instalaciones, *arte povera*, intervenciones, performances, arte pop, etc.), pertenecientes a distintos períodos históricos, que por diversas razones resultan significativas en relación con la justicia o el derecho, para contrastarlas entre sí y con fuentes de diversa índole (documentales, históricas, normativas, jurisprudenciales, etc.). En el caso de este informe, para documentar las obras se tomaron fotografías, algunas de las cuales ilustran la presente exposición, y se revisaron material periodístico y académico, y filmaciones de archivo.

²Definido este último en un sentido amplio, que excede la dogmática-normativista, e incluye el estudio de los modos en que las personas interactúan tomando como referencia un conjunto de normas jurídicas (Fucito, 1999), y no únicamente el estudio de las normas en sí.

³Se trata de la investigación arriba citada. Un resumen del proyecto, así como material pertinente, incluyendo cuatro videos elaborados especialmente por el equipo de trabajo acerca de algunas de las obras plásticas analizadas, pueden obtenerse en la dirección http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2016_gastron.php

Para la sociología del derecho, la importancia de estudiar en profundidad las obras artísticas que se emplazan en lugares públicos se relaciona directamente con los modos en que se impone el orden jurídico, ya que ellas acompañan, refuerzan y legitiman, desde un lugar muy concreto y sensible, el sistema normativo establecido por las leyes, las constituciones, los códigos, la doctrina y las sentencias judiciales.

Paralelamente, las artes plásticas detentan una función relevante en aquellas sociedades que emergen de historias de violencia y trauma colectivo. Tal como afirma Elizabeth Jelin (2003), luego de períodos asociados a situaciones de fuerte represión y aniquilación, tal como lo fueron las dictaduras latinoamericanas de las décadas del setenta y ochenta, la memoria, la conmemoración y el recuerdo son claves en los procesos de reconstrucción de las identidades individuales y colectivas. Y en dichos procesos, en tanto memoria e identidad son concebidas conjuntamente, conectadas en tiempo y espacio, el arte ocupa un papel central (Franco y Giaccone, 2020).

Las producciones artísticas plásticas asociadas al derecho forman parte de ciertos dispositivos visuales, tales como los ornamentos, los símbolos religiosos, estatales y políticos, el vestuario, maquillaje, calzado y accesorios de los operadores jurídicos, el estilo arquitectónico o las dimensiones de los edificios judiciales, que ocupan un lugar central en el mundo moderno.

Y en el marco de la sociedad tecnológica-tecnocrática (Agulla, 1991), el sentido de la vista devino privilegiado: pantallas de diverso tipo y tamaño constituyen un elemento preponderante de la escena pública y privada. Así nace y se reproduce el “homo videns”, como parte de un mundo en el cual el individuo está sujeto a, pero sobre todo controlado por, un permanente bombardeo de imágenes (Sartori, 1998).

Esta situación se ve altamente potenciada en el presente contexto de la pandemia debido a los CoV, en que fueron impuestos el confinamiento domiciliario y modalidades de trabajo, educación, interacción familiar, participación religiosa, deportiva, recreativa y

socialización digitales; como correlato, el resto de los sentidos físicos, y especialmente el sentido del tacto, han sido devaluados o incluso rehuidos debido a las medidas profilácticas adoptadas por la mayoría de los países para evitar la propagación de los contagios a escala global.

Sin embargo, la dinámica a resultas de la cual se da este predominio de lo visual tiene larga data y es ciertamente compleja, vinculándose históricamente con el proceso que Norbert Elias (1996), refiriéndose a la sociedad europea del siglo XVI en adelante, denominó de “acortesanamiento”, o sea, la transformación de la nobleza guerrera en cortesana. Este proceso consistió en la asunción, por parte de la aristocracia (en especial, francesa y alemana), de una serie de deberes protocolares cada vez más complicados y exigentes tendientes al autocontrol del individuo, debido a una creciente centralización del poder por parte de ciertos hombres y grupos, que ocasionó el desplazamiento de los ejes en el equilibrio de las tensiones e interdependencias globales en el seno del Estado.

Manifestaciones de este proceso hacia la creciente interdependencia de asociaciones humanas mayores y más diferenciadas son una evolución de Estados cada vez más centralizados desde arriba, con una mayor división de funciones y con centros de gobierno y administración más amplios y totalizadores; el crecimiento de las ciudades capitales y comerciales; y el auge de la monetarización, comercialización e industrialización (Elias, 1996).

Por otro lado, la situación por la cual la experiencia de lo visual detenta un lugar preeminente respecto de otras experiencias sensoriales se encuentra fuertemente ligada a la sociedad patriarcal, porque marca distancia social (o sea, jerarquía). En el mundo del arte, esto tiene consecuencias: quedan escindidos, por un lado, un arte auténtico, superior y masculino (la “alta cultura”, las “bellas artes”), y por otro la cultura de masas (la “cultura popular”), inauténtica, inferior y femenina (Lenarduzzi, 2013). Esta situación debe tenerse muy presente, especialmente, al tratarse del análisis de una obra elaborada por una artista mujer. En este sentido, la pregunta por la legitimidad de la producción femenina en relación

con el mundo del arte y del mercado del arte, un campo atravesado por luchas y tensiones, como luego veremos, es ciertamente pertinente.

Paralelamente, poner en conjunción el mundo representativo de las obras plásticas y el universo jurídico implica asimismo denunciar el dominio colonial e imperial de Europa sobre América, en la medida que pone en cuestión una *estética* del derecho heredada de la cultura judeo-cristiana y mediterránea (especialmente, Grecia y Roma), la cual llegó a nuestro continente a través de la conquista y colonización.

Así, el modelo tradicional de una justicia simbolizada en cuerpos femeninos considerados bellos según el canon occidental, y ornamentada con una venda en los ojos, y balanzas y espadas en las manos, preponderante en la casi totalidad de las ciudades europeas y americanas, exhibe una uniformidad artística que desconoce de matices, de luchas, de géneros y disidencias, ignorando, en definitiva, la diversidad que habita en la historia, en las experiencias y en la cultura de Latinoamérica.

De todo lo dicho se deduce que nuestra investigación incorpora los *estudios subalternos, poscoloniales* y el enfoque de género como parte de su marco teórico⁴.

El Partenón

Ya desde el nombre, resulta obvio señalar que el “Partenón de los libros prohibidos” está inspirado en el Partenón de Atenas, el santuario más espléndido de la Acrópolis, erigido

⁴Los estudios *subalternos* y *poscoloniales* se han nutrido de aportes que pueden rastrearse ya en las primeras décadas del s. XX. Por un lado, los autores provenientes de las antiguas colonias francesas e inglesas en África, el Caribe y la India, desde Frantz Fanon, Edward Said, Ranajit Guha, Gayatri Spivak y Chandra T. Mohanty en adelante, y por otro, la línea de pensamiento crítico desarrollada en América Latina, desde Mariátegui en adelante, pasando por la teoría de la dependencia de los años 60-70 (con autores como Gunder Frank, Aníbal Quijano, Samir Amin, Theotônio Dos Santos y Enrique Dussel) hasta el último gran movimiento del giro descolonial y poscolonial, en el cual se incluyen Walter Dignolo, Roberto Fernández Retamar, Maritza Montero, Ileana Rodríguez, Santiago Castro Gómez, Eduardo Mendieta, Ramón Grosfoguel y Silvia Rivera Cusicanqui. A ellos/as se les une la producción teórica feminista de inmigrantes latinas en EEUU: María Lugones, Sonia Álvarez y, más recientemente Breny Mendoza (Espinosa Miñoso y Castelli, 2011). A esta lista de nombres pueden agregarse, por supuesto, los de Rodolfo Kusch, Paulo Freire y, más recientemente, Eduardo Grüner y Rita Segato. Por razones de espacio, no vamos a profundizar aquí en las ideas de estos autores.

a mediados del s. V a.C., que fuera consagrado a Atenea la Virgen o “Pártenos” y sede de la famosa estatua colosal de la diosa hecha de oro y marfil.

Como es sabido, se trata del modelo arquitectónico del ideal de la belleza clásica. De acuerdo con el influyente texto de Hegel (1989), *Lecciones sobre la estética*, este ideal sigue una serie de reglas que incluyen la utilidad⁵ y la adecuación del edificio para su propio fin⁶. Dicho sea de paso, estos elementos contribuyen a definir a la arquitectura, al igual que la música, como “una armonía de relaciones” reductibles a números y que pueden comprenderse en sus rasgos fundamentales⁷.

Para el autor, los santuarios griegos transmiten una impresión simple y grandiosa, pero al mismo tiempo serena, abierta y placentera, pues “todo el edificio está más preparado para un estar alrededor, un andar de acá para allá, un ir y venir, que para el concentrado recogimiento interno de una asamblea encerrada por todas partes, separada de lo externo” (Hegel, 1989: 495).

Por cierto, el objeto de culto en el que devino el Partenón, que se hace explícito en las multitudes de turistas que acuden en tropel a conocer sus ruinas y retratarse en *selfies*, mantiene su vigencia: en este sentido, afirma Mary Beard (2019) que se trata de un ícono de la “civilización”, una *fe* moderna que ofrece grandes relatos sobre nuestros orígenes y sobre

⁵Esta expresión alude a que “el significado espiritual no está transferido exclusivamente a la obra arquitectónica misma, la cual se convierte en un símbolo autónomo de lo interno, sino que, a la inversa, este significado ya ha conseguido su ser-ahí libre fuera de la arquitectura” (Hegel, 1989: 485/6).

⁶Lo cual implica, entre otras cosas, respetar el clima, el lugar, el entorno paisajístico natural, y, teniendo en cuenta estos aspectos, producir un todo ensamblado al mismo tiempo en libre unidad (Hegel, 1989).

⁷En cuanto a las leyes que gobiernan la edificación de los templos clásicos griegos, Hegel (1989: 494/5) menciona las siguientes: a) Una determinada relación entre el ancho y la altura del edificio: “nada destaca, sino que el todo se extiende en línea recta a lo largo y a lo ancho sin elevarse (...). Entre los antiguos, la anchura, en cuanto firme, cómoda fundamentación en la tierra, resulta lo principal; la altura es tomada más bien de la estatura humana, pero incrementada sólo según el incremento en anchura y vastedad del edificio”. b) La ornamentación: los adornos son añadidos de tal modo que no dañan la impresión de simplicidad. “El rasgo fundamental del todo y de sus particularidades simples transparece del modo más claro en todas y cada una de las cosas, y gobierna la individualidad de la configuración de modo idéntico a como en el ideal clásico la sustancia universal sigue siendo capaz de dominar y llevar a consonancia consigo lo contingente y particular en que ella alcanza su vitalidad”, dice el autor textualmente. Y c) El orden y articulación del templo: este aspecto se enlaza con las diferencias entre el número y la distancia de las columnas entre sí y con respecto a las paredes, y al significado que las series de columnas, pórticos, etc., tienen para la construcción de los templos griegos.

nuestro destino, uniendo a las personas en una creencia compartida, que funciona como una religión.

Es decir que aquello que el templo representa va más allá del hecho de haber sido uno de los destinos religiosos más visitados y reconocidos del mundo antiguo: apunta directamente al corazón de Occidente.

Por lo tanto, desde un punto de vista simbólico, Partenón equivale a “civilización”; al mismo tiempo, éste se vuelve un ícono, literalmente hablando, en el mundo de hoy...



Figura 1. Íconos actuales asociados al Partenón⁸.

⁸A modo de ejemplo, hemos seleccionado íconos que se asocian al Partenón de Atenas. Intencionalmente, la muestra elegida (no representativa, por supuesto) fue variada en cuanto a sus ámbitos de procedencia (comerciales, culturales, educativos, empresariales, etc.). Algunos de ellos fueron obtenidos de la web, y otros

Ahora bien, donde existe una “civilización”, por antagonismo surge la “barbarie”. De alguna manera, el Partenón, con sus columnas, sus capiteles, sus frisos y sus espacios abiertos, su armonía y su magnificencia, traza una frontera entre un “nosotros” (lo que está adentro) y un “ellos” (el afuera), nos habla de exclusiones e inclusiones: “la civilización es un proceso de exclusión y a la vez de inclusión”. A fin de cuentas, “la barbarie de una persona es la civilización de otra” (Beard, 2019: 14-15). Por eso, en concordancia con estas ideas, sostiene Bourdieu (1971) que la verdadera función de la cultura, el arte y los museos es reforzar en unos el sentimiento de pertenencia y en otros el de exclusión.

La presencia del Partenón es entonces sinónimo de civilización, de cultura, de educación, y de los espacios geográficos, urbanísticos e institucionales que a ellas se asocian. Pero al mismo tiempo, lo es también de marginalidad; como bien sabemos a partir de Walter Benjamin, en toda obra artística conviven dos modalidades contrapuestas del ser de la obra de arte: una, a favor del historicismo de los vencedores, y la otra, como objeto de la memoria de los vencidos (Molano, 2014).

Si tomamos en cuenta la dimensión social de nuestro objeto de análisis, observamos entonces que la concepción estética que ensalza el Partenón como parte de lo clásico y de la civilización se relaciona estrechamente con la política y el poder: así como “Marta [Minujín] usa la política para hacer arte” (Pierre Bal Blanc en Canal Encuentro, 2018), recíprocamente, también se vale del arte para hacer política.

Precisamente, el estilo (¿universal? ¿europeo? ¿occidental?) del Partenón tendría una connotación republicana, porque simboliza “los ideales estéticos y políticos de la primera democracia del mundo” (Minujín en Universo Abierto, 2017).

capturados y escaneados desde un soporte papel. A los fines de esta presentación, realizamos también una búsqueda en internet, tanto en español como en inglés: la expresión “íconos Partenón” arroja un total cercano a los 110.000 resultados, mientras que “íconos Partenón de Atenas” obtiene 141.000 resultados (en Google.com). Efectuando la búsqueda a través de “Parthenonicons”, el total ascendió a 746.000 resultados, mientras que utilizando las voces “Athens Parthenonicons” llegamos nada menos que a 1.480.000 resultados.

Acá se refuerza una categoría que a la artista le atañe muy especialmente: el mito⁹. Porque a Minujín, el Partenón le interesa en tanto mito. Así lo manifiesta ella:

(...) creo que lo que hay que hacer es ajustarse a las nuevas circunstancias y crear nuevos mitos, estamos en el tercer milenio, y no puede ser que sigamos con los mismos mitos como las Pirámides de Egipto, la tour Eiffel, el Coloso (...) tenemos que crear nuevos mitos, y yo hice el Obelisco acostado, la Venus de Milo acostada, todas cosas que caen y se levantan... (Minujín en Canal Encuentro, 2018).

La pregunta que cabe formularnos entonces es cuáles son los mitos actuales en Occidente, cuáles son los fundamentos a partir de los cuales se construyen ciertos mitos que adquieren un valor (supuestamente) universal, y cuáles sus significados en los centros del poder mundial y en las periferias (porque precisamente, las *instalaciones* que hoy analizamos fueron emplazadas en localidades que reflejan claramente estas diferencias).

Como sostiene Pierre Bourdieu (1971), toda percepción artística implica una operación de desciframiento. Así, una obra de arte, como objeto cultural, puede ofrecer significaciones de niveles diferentes según la clave de interpretación que se le aplica; las significaciones de nivel inferior, es decir las más superficiales, resultarán parciales y mutiladas mientras no se comprendan las significaciones de nivel superior que las engloban y transfiguran.

Y estas distintas capas de significados, a su vez, adquieren nuevos sentidos cuando son emplazadas en un país latinoamericano, continente en el cual las relaciones económicas y políticas no han permitido la formación de un amplio mercado cultural de élite como en Europa ni la misma especialización de la producción intelectual ni instituciones artísticas y literarias con suficiente autonomía respecto de otras instancias de poder (Altamirano y Sarlo, 1983; cit. por García Canclini, en línea).

⁹Por razones de espacio y pertinencia, no profundizamos aquí acerca del mito y la importancia de los símbolos para la teoría sociológica, sobre los que existe abundante bibliografía. Un breve, pero completo resumen de algunos referentes en la materia, y muy especialmente Pierre Bourdieu, puede consultarse en García Canclini [en línea].

Además de la subordinación a las estructuras económicas y políticas de la propia sociedad, el “campo cultural” sufre en estas naciones la dependencia de las metrópolis: bajo esta múltiple determinación heterónoma de lo legítimo y lo valioso, el campo cultural se presenta entonces con otro régimen de autonomía, dependencias y mediaciones. Así que, en sus dos emplazamientos (Buenos Aires y Kassel), el Partenón de los libros prohibidos remite a significados muy distintos; representa ideas, historias, experiencias y pensamientos, en muchos sentidos, diferentes.

En la cultura dominante, la función de división es simulada por la de comunicación, en la medida que la cultura que une al comunicar es también la que separa al dar instrumentos de diferenciación a cada clase, la que legitima esas distinciones obligando a todas las culturas a definirse por su distancia respecto de la dominante (García Canclini, en línea).

En relación con estas ideas, surge la crítica formulada desde los estudios poscoloniales. Así, dice Enrique Dussel (2018: 40) que hablar de totalidad es hablar de Hegel:

(...) totalidad es Hegel, es Heidegger, ser en el mundo, y el Otro, el oprimido, no existe, es nada. El ser es lo griego. Y el no ser es el bárbaro. Y de inmediato el latinoamericano no es y de lo que se trata¹⁰ es de una filosofía bárbara, de lo que está fuera del ser.

¹⁰El autor se está refiriendo aquí al movimiento denominado Filosofía de la Liberación, que configura, en su visión, el giro descolonizador en el campo filosófico, el cual se acompaña de un movimiento literario (el *boom* literario latinoamericano) y de un movimiento socio-económico (la Teoría de la dependencia) (Dussel, 2018).



Figura 2. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, barrio de San Telmo¹¹. Fotografía: Andrea L. Gastron (2019).

Historia en dos ciudades

Marta Minujín nació en Buenos Aires en 1943. Estudió en la Escuela Superior de Bellas Artes Manuel Belgrano y en la Escuela Nacional de Bellas Artes Prilidiano Pueyrredón. En 1961, recibió una beca para estudiar en París, donde realizó su primer *happening*¹², “La destrucción”, en 1963. Al regresar a Buenos Aires en 1964, recibió el

¹¹El barrio de San Telmo pertenece a la zona Sur de la ciudad de Buenos Aires. Esta zona, especialmente el territorio comprendido por las comunas 4, 8 y 9, las cuales, junto con las dos grandes villas que quedan fuera de los límites de esas comunas, la 1-11-14 del Bajo Flores y las 31 y 31 bis ubicadas en el barrio de Retiro, concentra la mayor cantidad de sus habitantes más vulnerables. Allí converge la deuda de derechos incumplidos en el acceso a la vivienda, a prestaciones de salud, al trabajo y a la educación, aspectos que ubican a esta población en situación de postergación de sus derechos respecto de la de otros territorios. A estos elementos debe sumarse la histórica estigmatización territorial que sufren sus habitantes, quienes son discriminados por su pobreza, lo cual marca fronteras divisorias muy difíciles de sortear (Canevari y Montes, En línea).

¹²Esta expresión deriva de la palabra inglesa homónima, que significa acontecimiento, ocurrencia, suceso; se refiere a toda experiencia que parte de la ecuación provocación-participación-improvisación. Fuente: Municipalidad de La Plata, Secretaría de Cultura y Educación [En línea]. Recuperado de <https://www.cultura.laplata.gob.ar/efemerides/marta-minujin>

Premio Nacional Instituto Torcuato Di Tella por su trabajo “¡Revuélquese y viva!”, su primera instalación interactiva¹³.

Su obra “El Partenón de los libros prohibidos” fue emplazada en dos oportunidades: la primera de ellas en la plazoleta ubicada en Av. Santa Fe y 9 de julio, ciudad de Buenos Aires, en diciembre de 1983, y la segunda en la ciudad alemana de Kassel, en junio de 2017, como parte de la 14ª edición de documenta, la exposición de arte contemporáneo más imponente del mundo.

Con motivo de un documental realizado en base al PLP, la artista ha declarado que, de toda su producción, éste es su trabajo preferido (Minujín en Canal Encuentro, 2018).

De acuerdo con ella misma, se trata de “una *instalación*¹⁴ en movimiento, una obra de arte contemporáneo que se adelanta a su época, en el sentido de que es arte efímero, arte en progreso y arte de participación masiva” (Canal 13, Telenoche, 2017).

Ambas instalaciones recuerdan sendos hechos del pasado con elementos en común: mientras que la porteña fue erigida al momento en que la Argentina recuperaba su democracia, apenas nueve días después de terminada la última dictadura cívico-militar, la alemana se levantó en el 80º aniversario de una quema multitudinaria de libros perpetrada por el régimen nazi. Dicho sea de paso, ambos regímenes autoritarios acudieron a la quema de libros como manera de conculcar la libertad de expresión y amedrentar a la población.

La instalación emplazada en Buenos Aires contenía unos treinta mil libros¹⁵ que habían estado prohibidos durante la dictadura¹⁶. En palabras textuales de la autora, “fue tan

¹³Otros hitos de su carrera artística son la beca Guggenheim, que recibió en 1966, y la exhibición de su trabajo en sitios como el Museo de Arte Moderno de Nueva York (1973) y el Centro de Arte y Comunicación de Buenos Aires (1975, 1976). Participó en exposiciones en la Tate Modern, Londres (2015), Walker Art Center, Minneapolis (2015), y en el Centro Pompidou, París (2001), etc. Una retrospectiva de su obra fue presentada en el Museo de Arte Latinoamericano de Buenos Aires en 2010.

¹⁴Una *instalación* es un género artístico que básicamente consiste en una escenografía sin obra. Permite y, más aun, impulsa al espectador a participar/interactuar con la obra. Tiene carácter efímero y está estrechamente vinculada al uso de material descartable o que no tenga un uso comercial. Se busca en ella la idea de un decorado o parafernalia que corte con el convencionalismo; va en contra de un orden o movimiento, a los que se intenta transgredir (Distéfano, 2019).

fantástico salir de esa tiranía horrible, de esa cosa monstruosa que estábamos viviendo que el Partenón se armó mágicamente, sin dinero, sin permisos, y todas las editoriales que tenían escondidos los libros prohibidos donaron”. Sus palabras son ratificadas por Daniel Divinsky, director de Ediciones de La Flor y uno de los participantes del proyecto:

Marta nos pidió libros a todos los editores, ejemplares de esos libros que habían estado prohibidos durante la dictadura, (...) el famoso Cinco dedos, que era un libro para chicos, una fábula de que la unión hace la fuerza, que fue prohibido por un decreto de fundamentos totalmente disparatados, después prohibieron por decreto una novela de Griselda Gambaro¹⁷...

El 24 de diciembre de 1983, el monumento porteño fue inclinado con una grúa¹⁸ y desarmado; algunos de los libros fueron repartidos entre los presentes, y otros donados a escuelas y bibliotecas públicas (Canal Telenoche, 2017).

¹⁵La cifra coincide con el número estimado de detenidos desaparecidos y desaparecidas de la última dictadura cívico-militar argentina, por lo cual es altamente simbólica.

¹⁶A la prohibición de libros se sumaron otros mecanismos afines, con el fin de censurar toda idea contraria a los valores que pretendía transmitir. Dentro de estos mecanismos se destaca, por su profunda gravedad, la desaparición física de ciento veinte escritores y periodistas (de acuerdo con los cálculos de la Unión Argentina de Escritoras y Escritores. Fuente: Abdala, 2020). En momentos en que este trabajo está siendo elaborado, a punto de conmemorarse un nuevo aniversario del golpe de Estado de 1976, estos hechos vuelven a resignificarse, y el recuerdo, una vez más, se hace presente.

¹⁷El editor se refiere aquí a *Ganarse la muerte*, novela prohibida “por nihilista y contraria a los valores familiares” (Daniel Divinsky en Telenoche, 2017).

¹⁸Evidentemente, hay una intencionalidad de la autora para que sus obras sean miradas desde distintos puntos de vista (Cecilia Pochat, asesora en gestión cultural, en Canal Encuentro, 2018). Por eso, ella misma afirma que varias de sus instalaciones, como las que representan al Obelisco y a la Venus de Milo, también se caen y se levantan (Marta Minujín en Canal Encuentro, 2018).



Figura 3. “El Partenón de los libros prohibidos” (Buenos Aires, 1983). Fotografía: Distrito Arte (2016).

Por su parte, la instalación más reciente, ubicada en Friedrichsplatz, en la ciudad alemana de Kassel, poseía las mismas dimensiones que la Acrópolis de Atenas. En ese lugar, el 19 de mayo de 1933, en una acción llamada “Campaña en contra del espíritu no-germano” (“Aktionlarge den undeutschenGeist”), los nazis quemaron unos dos mil libros; otros trescientos cincuenta mil fueron destruidos en un bombardeo aliado en 1941.

Se construyó en base a una imponente estructura de metal de 35 x 70 x 19 metros, lo cual representa el doble del tamaño de la realizada en 1983. Una vez armada la estructura, se fueron agregando otros libros durante toda la muestra.

Para crear la obra, se utilizó esta vez una cantidad de ejemplares mayor que en la versión anterior: cien mil libros protegidos con láminas de plástico¹⁹, los cuales fueron aportados por ciudadanos y editoriales de diferentes países del mundo, tales como

¹⁹De acuerdo con la autora, la utilización de este material en la cubierta otorga a su obra una apariencia transparente y al mismo tiempo pop, de fantasía: “es como un monumento pop” (Fuente: Marta Minujín en Canal Encuentro, 2018).

Argentina, Alemania, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y España, que están o fueron censurados alguna vez (Nery, 2016; Lira, 2017). Cabe destacar que, al igual que en Buenos Aires, la totalidad de los libros provenía de donaciones.

Como parte de la intervención, la autora cedió los derechos de los libros del Partenón al presidente alemán Frank-Walter Steinmeier; éstos fueron destinados a gente sin recursos, refugios de migrantes y bibliotecas públicas de toda Europa (Corradini, 2017; Lira, 2017).



Figura 4. “El Partenón de los libros prohibidos”, en Kassel, 2017. Fotografía: Universo Abierto (2017).

Es interesante que, desde un punto de vista estético, el PLP puede relacionarse con el derecho, al menos, en dos aspectos: por el detalle, que es aquello que recubre las columnas, y que se refiere a lo prohibido (los libros), y por el conjunto (el Partenón), simbolizado en una estructura arquitectónica de enormes dimensiones, y que representa la democracia. Y en este sentido, es una obra abierta a varias lecturas y otras tantas miradas: “Su aspecto es impresionante aún antes de darte cuenta de que está forrado de libros. Cuando lo descubres y

entiendes su significado, el lugar adquiere una magnitud que lo eleva a la categoría de símbolo” (Lira, 2017).

Este contraste entre lo macro y lo micro pone en evidencia la tensión entre la libertad y los límites a la libertad, entre la democracia y sus bordes. Y esta tensión, de algún modo, está destinada a no perdurar en el tiempo, porque es efímera; la fugacidad de la existencia es, para la autora, un fin en sí mismo. El círculo se cierra entonces para mostrar, a través de la donación (la liberación y diseminación de lo que fue prohibido), lo que otros quisieron hacer desaparecer: el arte, la palabra, los pensamientos, las ideas (Lira, 2017).

Ahora bien, en ese lugar nebuloso y efímero entre la “polis” y el autoritarismo está el ser humano: las personas que transitan la obra son al mismo tiempo parte de la instalación. La dimensión humana se hace arte en la obra, con la obra y por la obra: “la gente que transita por el Partenón se convierte en arte, y [para] todos los que miran desde afuera, parece que las personas fuesen puestas por mí, pero en realidad son espontáneas...” (Minujín en Canal Encuentro, 2018).

Por otro lado, hay una clara intención de que el observador no tenga un rol pasivo, sino todo lo contrario, en la medida que la obra invita no sólo a ser contemplada, sino que incorpora al espectador, otorgándole un rol activo. Además, ella cambia y se transforma permanentemente. Y en ello contrasta con el Partenón original, cuya sólida estructura pétreo reafirma su existencia a través del tiempo y de la historia.

En este sentido, podemos afirmar que el PLP es un producto de su tiempo: el arte moderno y contemporáneo no produce obras; produce, en cambio, eventos artísticos, *performances*, exhibiciones temporarias. Mientras que el arte tradicional elabora objetos de arte, el contemporáneo produce información sobre acontecimientos de arte. Esto hace al arte actual compatible con la cultura de internet, ya que, al igual que en un archivo digital, el objeto mismo ahora está ausente; lo que se mantiene es su *metadata*, o sea, la información sobre el aquí y ahora de su inscripción original en el flujo material: fotos, videos, testimonios textuales (Groys, 2016).

Tradicionalmente, la mirada del espectador estaba impulsada desde el exterior de la obra hacia su interior; la mirada del visitante actual está impulsada, en cambio, desde el interior del evento artístico hacia su exterior (Groys, 2016):

el PLP es una obra que la podés mirar pero que también la podés leer, entonces toda la gente se reúne alrededor de las columnas y lee los títulos y empieza a pensar por qué fue prohibido y eso la hace reflexionar, entonces es una obra reflexiva... (Minujín en Canal Encuentro, 2018).

Los libros prohibidos: Buenos Aires, 1983

Para decidir qué libros quedarían incorporados al PLP, la artista los solicitó directamente a las editoriales, en cuyos sótanos se hallaban ocultos (Longoni y Davis, 2013).

O sea que, en su primera instalación, fueron los editores quienes decidieron qué libros estarían destinados al Partenón. Era un reconocimiento justo: ellos se habían convertido, por la fuerza de las circunstancias, en los guardianes del tesoro escondido, una tarea que podría haberles costado la vida.

Esta descripción no parece exagerada: en junio de 1981, en un baldío de Sarandí, Provincia de Buenos Aires, un millón y medio de obras publicadas por el Centro Editor de América Latina fueron reducidas a cenizas, y su responsable, Boris Spivacow, fundador de la Editorial Universitaria de Buenos Aires, la emblemática EUDEBA (probablemente la editorial universitaria más prestigiosa de América Latina), fue acusado de editar y vender material subversivo (Diego, 2017; Canal Telenoche, 2017).

Por razones de supervivencia, esconder o enterrar libros se volvieron una práctica habitual en la época de la dictadura cívico-militar en la Argentina; la requisita de los mismos como paso previo o simultáneo a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas (como el secuestro y desaparición forzada de personas, torturas físicas o psicológicas,

violaciones y abusos sexuales, amenazas y extorsiones, interrogatorios sin las garantías procesales, etc.) fue su contracara.

A modo de ejemplo, el escritor Mempo Giardinelli y toda su familia debieron exiliarse en México entre 1976 y 1983 debido a que su primera novela, *¿Por qué prohibieron el circo?*, escrita a los veintiún años con el título inicial de *Toño tuerto rey de los ciegos*, fue requisada y quemada junto con otros libros de la editorial Losada por la primera junta militar (Fuente: <https://pasiondelalectura.wordpress.com/2014/04/24/por-que-prohibieron-el-circo-de-mempo-giardinelli/>).

Otras memorias, de otros tantos individuos, se van sumando:

...Todavía recuerdo uno por uno, estante por estante, los más de quinientos libros que enterré en 115 entre 61 y 62²⁰ en 1975. Cuando volví a ese cementerio particular de mis viejos saberes, habían construido un chalet encima. Mariano A., 23/7/2006²¹ (Pescelevi, 2011).

Al respecto, la historia oral rescata varios relatos, que tienen un valor testimonial incalculable²². Recordamos uno de ellos, por su importancia institucional: se cuenta que cuando el coronel Jorge Maríncola entró al campus de la Universidad Nacional de Luján, la única casa de estudios clausurada por el régimen, le salió al paso el rector Emilio Mignone. Pensando seguramente en “una cueva de subversivos”, lo primero que hizo el militar fue interrogar: “- *¿Dónde están las armas?*”. “-*En la biblioteca*”, respondió Mignone. Maríncola no captó la ironía y mandó requisar la biblioteca. Sus soldados no encontraron nada... nada más que libros (Lorca, 2006; El Cactus. Noticias del Oeste, 2016). El hecho fue la antesala a

²⁰Los números indican nombres de calles pertenecientes a la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires.

²¹Se trata del testimonio de un visitante que apareció en el libro de notas de la muestra “Libros que muerden”. Como sostiene Gabriela Pescelevi (2011), una de las co-fundadoras del Grupo La Grieta, en cuyo seno se implementó esta muestra/instalación sobre los libros infantiles y juveniles censurados durante la última dictadura cívico-militar argentina, “se trata de datos que suman y revelan tradiciones, historias de vida”.

²²Este mismo registro oral conserva anécdotas curiosas. Contaba el reconocido profesor y epistemólogo argentino Félix Schuster, quien padeció la prisión en épocas de la dictadura militar, que cierta vez le fue requisado uno de los libros de Karl Popper (editado en inglés), por ser literatura sospechosa de comunista: su tapa y contratapa eran rojas. Por descabellado que parezca, también *Caperucita roja* fue censurada en la España franquista, porque se consideró que el adjetivo “roja” aludía al comunismo.

la intervención de la mencionada Universidad, el mismo día del golpe de Estado, 24 de marzo de 1976, y a su cierre cuatro años más tarde²³.

Llegado a este punto, cabría acaso esbozar las razones de por qué, de todos los objetos posibles, los regímenes autoritarios en la Argentina parecieron ensañarse tan especialmente contra los libros. Lo cual nos lleva a pensar también en otras preguntas: ¿qué demonios se agazapan detrás de cada fósforo encendido, de cada renglón censurado, de cada autor o autora proscriptos, de cada palabra silenciada, de cada borrón o tachadura? Y simultáneamente, ¿qué historias y qué sensibilidades son los móviles de tanto heroísmo individual o colectivo? ¿Qué universos se encuentran en esos volúmenes, y más allá de ellos? ¿Será que los libros atesoran un poder lo suficientemente fuerte como para afirmar o consolidar una identidad que es personal, pero a la vez trascendente?

La normativa jurídica atisba una respuesta: según la ley 25.446, el Estado argentino reconoce en el libro y la lectura instrumentos idóneos e indispensables para el enriquecimiento y transmisión de la cultura²⁴. Otros Estados tienen, probablemente, leyes similares.

Pero esta ley fue sancionada casi veinte años después de la vuelta de la democracia al país, cuando la prohibición o censura de estos libros ya formaban parte de un pasado oscuro. Y por otro lado, no explica por sí misma el hecho, algo infrecuente, de que tantas personas (editores, escritores, bibliotecarios/as, etc.), sin siquiera conocerse ni, por consiguiente, haberlo podido acordar, hayan puesto sus vidas en riesgo para salvar o rescatar libros. Este no es un dato menor, en un contexto en el cual, a veces, la destrucción de los libros adelantó la suerte de sus dueños.

²³En ese contexto, las bibliotecarias de la Universidad jugaron un rol muy importante, al esconder y resguardar los libros de la biblioteca. De acuerdo con el relato de una de ellas, Graciela Cortabarría, los textos eran separados subrepticamente de las cajas en las que habían sido colocados para su posterior retiro a través de una artimaña: “Entonces, como los dejaban en cajas para retirarlos a los días, íbamos a las cajas, retirábamos algún libro y para que no se perdiera el nivel le poníamos papeles abajo”. (Fuente: Graciela Cortabarría en ATUNLU-Asociación de Trabajadores de la Universidad Nacional de Luján, 2017).

²⁴Esta ley, que fija la política integral del libro, la lectura y sus condiciones, tiene alcance nacional en la Argentina. Fue sancionada el 27 de junio de 2001, y promulgada parcialmente el 25 de julio del mismo año. El texto completo puede recuperarse de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68006/norma.htm>

De manera que nuestro análisis reclama una mirada sociológica. Y el primer dato que apunta en esa dirección aparece casi a simple vista: Buenos Aires constituye una de las ciudades del mundo con mayor proporción de librerías por habitante, con una apreciable cantidad de bibliotecas públicas²⁵ y un número significativo de ferias de libros al año (Dujovne, en línea).

Otro dato sociológico, por supuesto, es el hecho de que nuestro país fue la primera sede del monumento, de este efímero y particular homenaje a la palabra escrita y a la libertad de pensamiento: a fin de cuentas, se trata de la cuna de Borges, ciego genial que supo imaginar el paraíso bajo la forma de una biblioteca.

En la ciudad tan eterna como el agua y el aire, no sorprende demasiado el emplazamiento de una obra pergeñada para ser lanzada al mundo, pero al mismo tiempo realizada por una artista argentina, con la colaboración activa de tantos y tantas compatriotas involucradas y comprometidas con la edición y distribución de libros, pero sobre todo, con la lectura y la posibilidad de imaginar utopías, de soñar nuevos sueños, de inventar otros mundos. Son las marcas de una cultura cuyo alcance tal vez no pueda medirse ni cuantificarse, pero que evidentemente se resistió a morir en la oscura noche del terror del Estado...

En la misma dirección que la aquí planteada, Alejandro Dujovne (2014) nos invita a la reflexión teniendo a los interrogantes como punta de lanza. Así, se pregunta por el significado de los libros para la conformación de la identidad de un pueblo y una cultura (en el caso analizado por el autor, la judeo-argentina). De esta pregunta fundamental va desembozando e inspirándonos a nuevos interrogantes: ¿acaso los libros nos permiten prolongar en el tiempo y la distancia los sentimientos de comunidad y reafirmar nuestra identificación cultural? Y en caso afirmativo, ¿de qué clase de identidad se trata? ¿Qué universos políticos y culturales se esconden detrás de esos volúmenes prohibidos y

²⁵De acuerdo con estudios recientes, Buenos Aires posee seiscientos noventa librerías y ochenta y una bibliotecas públicas (Fuente: BOP Consulting, 2018).

salvados? Y finalmente, ¿qué móviles llevaron luego a éstos a entregarlos desinteresadamente, y donarlos para su exposición pública en una obra de arte?

Son preguntas cuyas respuestas precisas ignoramos: a veces, tan solo se trata de rescatar el valor intrínseco de la pregunta *per se*, como un modo de aproximarnos a la realidad e interpelarla. En el sendero, acaso los títulos de los libros prohibidos escondan algún rastro que nos sirva de guía.

Los hallazgos del relevamiento efectuado a través de los documentos ya mencionados tuvieron una interesante y variopinta vastedad en sus alcances: la censura alcanzó, por igual, a títulos destinados a adultos como a niños; de autores nacionales y extranjeros; varones y mujeres; poesías, novelas, ensayos, historietas, cuentos y obras de teatro; ficción y no ficción. Desfilaron, pues, títulos que van desde *Rayuela* y *Todos los fuegos el fuego*, de Julio Cortázar, *Ganarse la muerte*, de Griselda Gambaro, *Las venas abiertas de América Latina*, de Eduardo Galeano, hasta *Cinco Dedos* (del Colectivo Libros para Niños de Berlín), *Cuentos para chicos traviesos*, de Jacques Prévert, o *El principito*, de Saint-Exupéry.

Sociológicamente hablando, esta información es relevante: en verdad, como sostiene Pesclevi, la política de control sobre los libros fue uno de los tantos dispositivos (como la escuela, los medios de comunicación, las familias, la policía, las organizaciones sociales, etc.) de los que se valió la dictadura militar con el afán de clausurar cosas del pasado, según su idea del pasado. La coerción total fue entonces el mecanismo utilizado en el plan sistemático de exterminio a la diferencia²⁶ (Huergo, 2014): los libros no sólo nos hacen libres, sino que son, acaso, la evidencia más palpable de nuestro pensar diferente...

²⁶Desde marzo de 1976 hasta diciembre de 1982, la Secretaría de Cultura objetó quinientos sesenta libros, a un promedio de ochenta títulos anuales. De ellos, cuatrocientos treinta y tres fueron condenados al ocultamiento dentro de las librerías y ciento veintisiete declarados inmorales. Además del control jerárquico sobre la población en su totalidad, se desarrolló una fuerte y punitiva normativa escolar. Este accionar fue institucionalizado en la publicación de material específico alertando sobre el procedimiento de “los subversivos”, como el documento “Subversión en el ámbito educativo” (Huergo, 2014).

Los libros prohibidos: Kassel, 2017

En el caso de la instalación emplazada en Alemania, el procedimiento para decidir qué libros serían incorporados a la obra preveía un mecanismo de validación de sus títulos. Al respecto fue creada una base de datos *online* denominada la “Lista de Kassel” (*Die Kasseler Liste*), en la dirección: <http://www.kasselerliste.com/die-kasseler-liste/>, que hasta el momento contiene más de ciento veinticinco mil sets de datos²⁷. Esta tarea estuvo a cargo de los profesores Florian Gassner, de la University of British Columbia (Canadá)²⁸, y Nikola Roßbach, de la Universidad de Kassel, a quienes se sumaron doce estudiantes universitarios.

A diferencia de la obra emplazada en Buenos Aires, en la que primó una definición denotativa de “libro prohibido”, cuya fuente de información directa, como vimos, fueron los editores en base a intercambios realizados informalmente con la artista, en Kassel se optó por una convocatoria abierta y más acorde con las posibilidades de la sociedad tecnológica y globalizada del siglo XXI: toda persona que tenga conocimiento de que un título es o ha sido censurado, tenga acceso a internet, esté dispuesta a llenar un formulario *online* en idioma inglés y posea pruebas suficientes de la veracidad de sus dichos puede, si así lo desea, transformarse en fuente de información.

Al efecto, realizamos un relevamiento de los libros que fueron parte de la *instalación* de Kassel²⁹. Algunos de ellos constituyen clásicos de la así denominada “literatura universal”³⁰; otros, libros fundamentales de las ciencias sociales; en fin, ni siquiera faltan revistas de historietas: *Don Quijote*, de Miguel de Cervantes, *Oliver Twist* de Charles

²⁷Esta información está actualizada al mes de junio de 2019 (Rolfsen, 2019), por lo cual, dado que la lista está en permanente crecimiento, es muy probable que, a la fecha, el número de datos sea mayor.

²⁸En momentos en que se realizó la instalación, el Prof. Gassner tenía su residencia en dicha localidad, como profesor visitante de la Universidad de Kassel.

²⁹El mismo se basó en nuestras propias observaciones de un documental filmado especialmente con motivo de la muestra (Canal Encuentro, 2018). A través de las imágenes de la película, pudimos contar al menos treinta y siete títulos diferentes, muestra del total de libros del PLP no representativa y sumamente variada y heterogénea.

³⁰La utilización de esta noción es cuestionada en el campo de las ciencias sociales debido a que desconoce la asimetría existente entre una literatura dominante (con sus consabidas tradiciones literarias, autores consagrados, instancias de reconocimiento y crítica especializada, lenguas y formas de pensar en que se escribe, etc.) y una literatura dominada (Dujovne y García, 2012). No obstante, hemos optado por mantenerla aquí, con esta salvedad no menor, debido a su difusión, y colocando la expresión entre comillas.

Dickens, la *Biblia*, *Donald y Mickey Mouse*, de Walt Disney, *Fausto*, de Goethe, *El capital*, de Karl Marx, *1984*, de George Orwell, *Las aventuras de Tom Sawyer*, de Mark Twain, entre otros, forman parte del inagotable listado.

Para proceder a la validación de cada uno de los títulos destinados al PLP, los investigadores decidieron precisar en qué consiste un “libro prohibido”, así que la definición allí utilizada fue, además, connotativa. De acuerdo con la información disponible en la base de datos, esta tarea constituye, por supuesto, una cuestión abierta y debatible: de hecho, existen diferencias entre la definición legal de lo que es “censura” y las provenientes de los campos sociológico, filosófico, de los estudios literarios, de la historia del arte, etc.; depende, entre otras cosas, de qué actores, prácticas y formularios se tomen como criterios.

Para componer la *Kasseler Liste* se fijaron determinadas pautas, admitiéndose únicamente aquellos textos que existían como manuscritos u obras publicadas y cuya circulación se impidió total o parcialmente, ya sea de forma preventiva o retroactiva. Esto incluye instancias de censura institucional y de límites a la libertad de expresión sistemático-estructural con motivos políticos, religiosos y/o morales³¹. En consecuencia, los títulos incluidos en la lista no se limitan únicamente a la censura ejercida por el gobierno, sino también por instituciones civiles, religiosas, etc³².

Se observa allí además que los mecanismos a través de los cuales se ejerce la censura no necesariamente se traducen en listas o índices de libros prohibidos, sino más bien lo contrario. Ello ocurre ya que, por un lado, los Estados que la avalan a menudo prefieren mostrarse impredecibles en sus actos y crear una atmósfera amenazante, y una lista oficial

³¹Son excluidos de la lista los documentos prohibidos que se refieren a casos criminales que se desarrollan en cortes judiciales en el contexto de democracias constitucionales.

³²Los ejemplos incluidos en la *Kasseler Liste* van desde listados completos, como el *Index Librorum Prohibitorum*, cuya primera edición por parte de la Iglesia católica data de 1559, índices elaborados por las asociaciones de padres relacionadas con las escuelas de distritos y librerías escolares en los Estados Unidos de Norteamérica, que sistemáticamente han prohibido libros (como por ejemplo la serie de novelas de *Harry Potter*, de J. K. Rowling, que de hecho integró el PLP), pasando por la *Liste des schädlichen und unerwünschten Schrifttums* del Tercer Reich o la *Liste der auszusetzenden Literature* en la zona soviética y luego en la República Democrática Alemana entre 1946 y 1953, hasta casos de libros censurados bajo los regímenes dictatoriales durante el siglo XX en países como España, Portugal, Grecia, Alemania del Este, la Unión Soviética, Argentina, Chile o Sudáfrica. Del pasado más reciente, se han documentado casos de prohibiciones oficiales en China, Rusia, Malawi, Turquía y Nueva Zelanda.

sería contraria a dicho objetivo. Y por otro, un listado estatal de libros prohibidos implicaría legitimar que el estado avala la censura, lo cual naturalmente jamás será reconocido por estados que, al menos oficialmente, desean mostrarse como libres y democráticos.

Demás está decir que, tal como los mismos investigadores reconocen, la *Kasseler Liste* es solo ejemplificativa y constituye una mínima parte del volumen total: si bien existen variaciones en alcance e intensidad que dependen del contexto político y social, las prohibiciones de libros atraviesan todo el mundo, a través de los cinco continentes. Así que completar la lista de los libros prohibidos a lo largo del tiempo es una tarea imposible, y al igual que la Torre de Babel, destinada a nunca ser terminada...

Conclusiones

El presente trabajo es fruto de una investigación destinada a conocer los rasgos socio-jurídicos presentes o implícitos en las obras plásticas exhibidas públicamente que se relacionan de algún modo con la ley, la justicia o el derecho, para develar los mecanismos a través de los cuales se afianza una estructura de dominación política en cuya legitimación los operadores jurídicos ocupan un rol preponderante, y analizar la función de las producciones artísticas en aquellas sociedades que emergen de historias de violencia y trauma colectivo.

Para ello, hemos seleccionado una *instalación* (obra de arte efímera) que fue emplazada en dos ciudades diferentes, Buenos Aires (Argentina) y Kassel (Alemania), en dos momentos históricos distintos. Se trata de “El Partenón de los libros prohibidos”, de la artista plástica argentina Marta Minujín.

Repasamos algunas características de la sociedad tecnológica-tecnocrática y global, en la cual el sentido de la vista devino privilegiado, y el largo proceso histórico que acompañó este devenir, observando además su vinculación con la imposición de una sociedad patriarcal.

Por otro lado, indagamos acerca de los posibles sentidos que ambas sedes de las instalaciones suponen, precisando que, mientras en Europa las relaciones económicas y políticas han permitido la formación de un amplio mercado cultural de élite, la especialización de la producción intelectual e instituciones artísticas y literarias con suficiente autonomía respecto de otras instancias de poder, en Latinoamérica, continente situado en la periferia del poder global, estas dinámicas culturales, políticas y económicas no se han producido.

En relación con lo anterior, nos preguntamos por la significación de ciertos emplazamientos artísticos y visuales vinculados a la imposición de una *estética* del derecho heredada de la cultura judeo-cristiana y mediterránea europea (especialmente, Grecia y Roma), denunciando así el dominio colonial e imperial de Europa sobre América.

Poner en tensión los conceptos de “civilización” y “barbarie” fue otro de los puntos analizados, en la medida que la estructura arquitectónica del Partenón griego favorece el trazado de la frontera entre un “nosotros” (lo que está adentro) y un “ellos” (el afuera). De este modo, revisamos la función de la cultura, el arte y los museos, al reforzar, simultáneamente, sentimientos de pertenencia (en unos) y exclusión (en otros).

Siguiendo con el análisis estético, vinculamos al PLP con el derecho en dos aspectos: en el detalle, donde se observa y se lee aquello que está prohibido (las tapas de los libros con sus respectivos títulos, imágenes, colores, formatos de letras, etc.), y en el conjunto estructural (el Partenón), que busca representar la democracia y la libertad, según el canon heredado de Europa. Esta confrontación entre lo macro y lo micro pone también en evidencia el antagonismo entre la libertad y los límites a la libertad, entre la democracia y sus bordes.

Contrastamos los procesos mediante los cuales se decidieron qué títulos quedarían incorporados a ambos PLP, los cuales fueron coherentes con las posibilidades culturales, económicas y tecnológicas disponibles en cada lugar y momento histórico.

Resulta curioso que, según se ve en las filmaciones de archivo consultadas, tanto en el emplazamiento de la *instalación* porteña como en la europea, la memoria colectiva de la represión y la censura estaban frescas, aun cuando, en el caso de Kassel, habían transcurrido más de setenta años del fin de la Guerra y la caída del nazismo, y ochenta de la famosa quema de libros de la Friedrichsplatz: en este sentido, consideramos que, si bien en alguna medida, en la obra se asume una estética de la política y el derecho asociada a las tradiciones culturales europeas, al mismo tiempo se vuelve fuertemente interpeladora, configurándose como un espacio liberador y de recuperación y resignificación de sendas experiencias colectivas de violencia, autoritarismo y terrorismo de Estado que asolaron a Alemania y Argentina en distintos momentos del s. XX.

Queda pendiente, por supuesto, responder algunos interrogantes, los cuales apenas fueron esbozados: acaso el viejo y siempre vigente método socrático, tan afín al pensar griego y al mismo tiempo tan actual y universal, haya sobrevivido a la cicuta, pese a todo...

Referencias bibliográficas

- A 40 años del Golpe. Informe especial de la UNLu. (20 de abril de 2016). *El Cactus. Noticias del Oeste*. <https://elcactus.com.ar/2016/04/a-40-anos-del-golpe-informe-especial-de-la-unlu/>.
- Abdala, Verónica. (23 de marzo de 2020). Este martes. Cuarentena por coronavirus: por el Día de la Memoria, escritores impulsan „una acción virtual“, *Diario Clarín*. https://www.clarin.com/cultura/cuarentena-coronavirus-dia-memoria-escriitores-impulsan-accion-virtual-_0_N5YDV56_g.html.
- Agulla, Juan Carlos. (1991). *El hombre y su sociedad. La formación de la persona sociológica*, Buenos Aires, Docencia.
- Altamirano, Carlos & Sarlo, Beatriz. (1983). *Literatura/Sociedad*, Buenos Aires, Hachette, pp. 83-89.
- Beard, Mary. (2019). *La civilización en la mirada*, Buenos Aires, Crítica.
- BOP Consulting Editorial Team. (2018). *World Cities Culture Report 2018*, World Cities Culture Forum. <http://www.worldcitiescultureforum.com/publications/world-cities-culture-report-2018>.
- Bourdieu, Pierre. (1971). “Elementos de una teoría sociológica de la percepción artística”, *Sociología del arte*, Buenos Aires, Nueva Visión.
- Canal Encuentro. (24 de mayo de 2018). *Marta Minujín. Partenón de los libros prohibidos – Canal Encuentro* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=0P-RUsa3DVU&t=532s>.
- Canal Prensa ATUNLu. (11 de octubre de 2017). *Muestra UNLu, 45 años en la memoria de sus trabajadores* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=gE7-SAogkfA&list=PLTu1bfvNTb0q-htmgcb-iYesP-sZgR0ND&index=10>
- Canal Telenoche. (12 de enero de 2017). *El Partenón de los libros prohibidos. 1983. Así refundamos nuestra democracia* [Archivo de Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=E7UllbvNVCU>.
- Canevari, Juana (coord.); Montes, Nancy (coord.); Abelenda, Norberto; Falcone, Julián; Lara, Lina; & Quintero, Silvina. [En línea]. *Territorios de mayor vulnerabilidad social y*

- educativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Características, oferta educativa y asignaturas pendientes*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Unidad de Evaluación Integral de la Calidad y Equidad Educativa. Investigación y Estadística. Recuperado de: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/zona_sur-territorios_de_mayor_vulnerabilidad-baja_0.pdf.
- Corradini, Luisa. (10 de junio de 2017). Marta Minujín protagoniza la muestra documental más política de la historia, *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/cultura/marta-minujin-protagoniza-la-muestra-documenta-mas-politica-de-la-historia-nid2032203>.
- Diego, José Luis de. (2017). “Semblanza de José Boris Spivacow (1915-1994)”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes - Portal Editores y Editoriales Iberoamericanos (siglos XIX-XXI) – EDI-RED*. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jose-boris-spivacow-buenos-aires-1915-1994-semblanza-777066/>.
- Distéfano, Helena. (2019). [Exposición]. Muestra anual del taller de investigación plástica esencialista (25 de octubre de 2019), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Distrito Arte. (2016). “El Partenón de los libros prohibidos” (Marta Minujín, 1983, Buenos Aires) [Fotografía]. En: “Marta Minujín reedita el Partenón de libros”. Recuperado de: <http://www.districtoarte.com/marta-minujin-reedita-el-partenon-de-libros/>
- “El Partenón de los libros prohibidos” (Buenos Aires, 1983). Fotografía: Distrito Arte (2016).
- Dujovne, Alejandro. [En línea]. “La aventura intelectual de publicar un libro”, *Revista Anfibia*. Recuperado de <http://revistaanfibia.com/ensayo/la-aventura-intelectual-de-publicar-un-libro/>.
- Dujovne, Alejandro. (2014). *Una historia del libro judío. La cultura judía argentina a través de sus editores, libreros, traductores, imprentas y bibliotecas*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Dujovne, Alejandro & García, Diego. (2012). “Introducción a la „Literatura mundial“”, *Intelectuales y constelaciones posnacionales (Dossier)*, *Políticas de la Memoria*, Años 2009/2011, No. 10/11/12, pp. 31–37. Recuperado

- de:https://www.academia.edu/26304523/Notas_para_una_introducci%C3%B3n_a_la_literatura_mundial_.
- Dussel, Enrique. (2018). “El giro descolonizador”. En: Murano, Hernán; March, Román & Lobosco, Marcelo (comp.). *La condición humana en la era de la posverdad*, Buenos Aires, Biblos, pp. 39-47.
- Elias, Norbert. (1996). *La sociedad cortesana*, México, FCE.
- Espinosa Miñoso, Yuderkys & Castelli, Rosario. (2011). “Colonialidad y dependencia en los estudios de género y sexualidad en América Latina: el caso de Argentina, Brasil, Uruguay y Chile”. En: Bidaseca, Karina & VazquezLaba, Vanesa (comp.). *Feminismos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*, Buenos Aires, Godot, pp. 161-182.
- Franco, Juan Pablo & Giaccone, Estefanía. (2020). “La sombra de Pablo: (re)construcción de un dispositivo de la memoria”. En: Gastron, Andrea L. (Dir.), *Cinceles y martillos, balanzas y espadas: Representaciones escultóricas de la Justicia en Buenos Aires*, Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en prensa).
- Fucito, Felipe. (1999). *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. (2ª ed. actualizada). Buenos Aires, Editorial Universidad.
- García Canclini, Néstor. [En línea]. “La sociología de la cultura de Pierre Bourdieu”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Red Internacional de Estudios Interculturales, Biblioteca virtual. Recuperado de: <https://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/71.pdf>.
- Gastron, Andrea L. (2019). “Ciudad de Buenos Aires, barrio de San Telmo” [Fotografía].
- Groys, Boris. (2016). *Arte en flujo. Ensayos sobre la evanescencia del presente*, Buenos Aires, Caja Negra.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1989). *Lecciones sobre la estética*, Madrid, Akal.
- Huergo, Damián. (2014). “Entrevistas: Gabriela Pesclevi”, *Ni a palos. Suplemento joven del Diario Tiempo Argentino*. Recuperado de: <http://www.niapalos.org/?p=16777>.
- Jelin, Elizabeth. (2003). “Los derechos humanos y la memoria de la violencia política y la represión: la construcción de un campo nuevo en las ciencias sociales”, *Cuadernos del IDES*, No. 2, Instituto de Desarrollo Económico y Social. Recuperado

- de:http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/ides/20110517122520/cuaderno2_Jelin.pdf
- Lenarduzzi, Víctor. (2013). “La música y el código del cuerpo”, *Revista Noticias*, pp. 77-85.
- Lira, Emma. (2017). “El Partenón de los libros prohibidos”, *FocusonWomen*[Blog].<https://focusonwomen.es/partenon-los-libros-prohibidos/>
- Longoni, Ana & Davis, Fernando. (2013). *Doscientos años de pintura argentina, Volumen III: En los márgenes de la pintura. De 1960 a comienzos del siglo XXI*, Buenos Aires, Banco Hipotecario.
- Lorca, Javier. (22 de septiembre de 2006). “La única universidad cerrada por la dictadura pide una reparación”, *Diario Página 12*.
<https://www.pagina12.com.ar/diario/universidad/10-73365-2006-09-22.html>.
- Molano, Mario Alejandro. (2014). “Walter Benjamin: historia, experiencia y modernidad”, *Ideas y valores*, Vol. LXIII, No. 154, pp. 165-190. Recuperado de:<http://www.scielo.org.co/pdf/idval/v63n154/v63n154a07.pdf>.
- Municipalidad de La Plata, Secretaría de Cultura y Educación. [En línea]. *Marta Minujín*. Recuperado de:<https://www.cultura.laplata.gob.ar/efemerides/marta-minujin>
- Nery, Florencia. (2016). “Marta Minujín reedita el Partenón de libros”, *Distrito Arte*. Recuperado de:<http://www.distritoarte.com/marta-minujin-reedita-el-partenon-de-libros/>.
- Pesclevi, Gabriela. (2011). “Acerca de la experiencia *Libros que muerden*: La colección de los libros infantiles y juveniles censurados en la última dictadura”, *El Toldo de Astier*, Año 2, No. 3, Memoria Académica, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Recuperado de:
http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.4890/pr.4890.pdf.
- Rolfesen, Erik. (11 de junio de 2019). “When a book disappears, it turns up here. Fully searchable banned book database catalogues 125,000 titles”, *UBC News*, The University of British Columbia. <https://news.ubc.ca/2019/06/11/when-a-book-disappears-it-turns-up-here/>.
- Sartori, Giovanni. (1998). *Homo Videns. La sociedad teledirigida*, México, Taurus.

Universo Abierto. Blog de la biblioteca de Traducción y Documentación de la Universidad de Salamanca. (2017). *El Partenón de los libros prohibidos de Marta Minujín*. <https://universoabierto.org/2017/07/12/el-partenon-de-los-libros-prohibidos/>.

Universo Abierto. Blog de la biblioteca de Traducción y Documentación de la Universidad de Salamanca. (2017). “El Partenón de los libros prohibidos” (Marta Minujín, en Kassel) [Fotografía]. Recuperado de: <https://universoabierto.org/2017/07/12/el-partenon-de-los-libros-prohibidos/>.

¿ES (AÚN) NECESARIA UNA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN BRASIL?¹

Germano Schwartz²

ORCID: 0000-0002-1354-8839

Correo electrónico:germano.schwartz@globo.com

Resumen

La estructuración de la Sociología del Derecho como disciplina autónoma es algo reciente, tanto en términos mundiales como en Brasil. Comprender cómo la Sociología del Derecho ha logrado diferenciarse, especialmente de la Filosofía y la Teoría del Derecho, a través de su objeto y sus intereses específicos, es necesario para responder a la pregunta central del texto: ¿todavía es necesario, en el Brasil, el estudio de la sociología del derecho? El formato por el cual se llegó a la respuesta parte de la suposición de que (a) el Derecho es un fenómeno social, para entonces, (b) delimitar el objeto de la Sociología del Derecho y, consecuentemente (c) abordar el pasado y el presente de disciplina en Brasil, llegando a la conclusión de que (d) el momento brasileño actual exige aún más el estudio de la perspectiva externa del Derecho (Sociología).

Palabras clave: sociología del derecho, Brasil, necesidad.

IS IT (STILL) NECESSARY A SOCIOLOGY OF LAW IN BRAZIL?

Abstract

The structuring of the Sociology of Law as an autonomous discipline is a recent phenomenon both in world terms and in Brazil. To understand how the Sociology of Law was able to differentiate itself, in particular, from philosophy and theory of law, through its

¹Este texto fue elaborado especialmente para la conferencia inaugural del Doctorado en Derecho y Sociedad de la Universidad La Salle, habiendo sido presentado por su autor en ese momento, el 16 de septiembre de 2019, como base de su conferencia.

²Rector y Profesor del Máster en Derechos Humanos del Centro Universitario Ritter dos Reis (UniRitter). Becario de Productividad de Investigación (Nivel 2) del CNPq. Investigador Gaúcho (FAPERGS).

object and specific interests, is necessary to answer the central question of the paper: is it still necessary, in Brazil, the study of the sociology of law? The question was answered based on the assumption that (a) law is a social phenomenon, to (b) delimit the object of Sociology of Law, and therefore (c) to approach the past and the present of the discipline in Brazil, reaching the conclusion that (d) the current Brazilian moment demands even more the study of the external perspective of Law (Sociology).

Keywords: sociology of law, Brazil, need.

É (AINDA) NECESSÁRIO UMA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL?

Resumo

A estruturação da sociologia do Direito como disciplina autônoma é um fenômeno recente tanto em termos mundiais quanto no Brasil. Para compreender como a sociologia do direito conseguiu se diferenciar, em particular, da filosofia e da teoria do direito, pelo seu objeto e interesses específicos, é necessário responder à questão central do artigo: será que ainda é necessário, no Brasil, o estudo da sociologia do direito? A questão foi respondida partindo do pressuposto de que (a) o direito é um fenômeno social, para (b) delimitar o objeto da sociologia do direito e, portanto (c) abordar o passado e o presente da disciplina no Brasil, alcançando a conclusão de que (d) o atual momento brasileiro exige ainda mais o estudo da perspectiva externa do Direito (sociologia).

Palavras-chave: sociologia do direito, Brasil, necessidade.

Introducción

¿Es necesario, en Brasil en el año 2019, estudiar Sociología del Derecho? ¿Por qué responder esa pregunta? ¿Cómo se puede aclarar este interrogante? Hay varias preguntas y son innumerables las formas de abordar el tema. Sin embargo, hay una certeza: los cambios sociales afectan al Derecho (Treves, 2004), y este, por su vez, afecta los primeros.

El motivo para lanzar la pregunta que da título a este trabajo se basa en la realidad brasileña en 2019. Las recientes elecciones presidenciales han provocado un cambio de dirección en la política del país y, por lo tanto, en la sociedad brasileña. Naturalmente, el efecto mariposa explicado por Friedman (2017) que abarca Derecho y Sociedad y las relaciones evidentes entre Derecho y Política (Nafarrate, 2000) conducen al razonamiento lógico de que el Derecho se verá afectado por tales elecciones.

En este contexto, las reformas legales que ya fueron implementadas o las que aún están en fase de gestación, como la Reforma Previsional, pueden ser estudiadas por los investigadores del Derecho de dos maneras (Tuori, 2006): (a) internamente, usando la técnica y la dogmática jurídica, o (b) externamente, por medio de la observación de las observaciones (Teubner, 2014) sobre cómo y de qué manera la sociedad influye en el Derecho y viceversa.

La opción en este ensayo se da, evidentemente, desde la perspectiva externa del análisis del Derecho, lo que significa decir claramente que se dará a través del uso de metodologías y técnicas de las ciencias sociales, más específicamente, de la Sociología.

Las ventajas de esta elección son varias, pero una se hace más evidente: ¿cómo describir el Derecho de una sociedad tan diversa como la brasileña, si no es por medio de la sociedad misma? Es la sociedad de la sociedad (Luhmann, 1997). En otras palabras, es reconocer que el derecho brasileño es un derecho de las especificidades y peculiaridades de la sociedad brasileña. Un derecho de la sociedad (Medeiros & Schwartz, 2014) - brasileña -

Privilegiar una visión diferente, es decir, que parta de la perspectiva interna, es válido y sobre todo necesario. Sin embargo, sólo se ocupará de la dinámica interna del Derecho, lo que hará del observador, en el lenguaje de Banakar y Travers (2013) un *conformista*, todo para lo cual un sociólogo del Derecho no tiene vocación, como el texto intentará probar.

Con esto en mente, el trabajo se articula de la siguiente manera para responder a su problema: (a) establecer las conexiones entre los cambios en el Derecho y las

transformaciones sociales, para (b) delimitar el objeto y la especificidad de la Sociología del Derecho. A partir de ahí, el ensayo observa (c) el formato por el cual se desarrolló la Sociología del Derecho en Brasil, discutiendo, al final, (d) las posibilidades futuras de una Sociología del Derecho, más que nunca necesaria en Brasil.

1. Una Sociología del Derecho

Hay diferentes formas de abordar el porqué de la necesidad de la Sociología del Derecho. La tradicional se trata de la conexión entre la disciplina y las ciencias sociales a partir de sus *founding fathers* (Marx, Weber y Durkheim) en un contexto de centralidad del Derecho en las sociedades modernas.

Sin embargo, el presente artículo, para los fines para los que se propone, va en otra línea, sin seguir el camino mencionado anteriormente. En tal sentido, busca, por el momento, definir los vínculos necesarios entre el derecho y la sociedad, más específicamente el modo que las transformaciones del derecho tienen bases sociales innegables.

1.1. Los cambios en el Derecho y las Transformaciones Sociales

La intención de abordar la necesidad de estudiar la Sociología del Derecho en Brasil tiene una razón principal y de la cual este artículo no se separa: el Derecho es un derecho *de la* sociedad (Luhmann, 2016), o, como sostiene Mather (2008: 681), un derecho *en la* sociedad, que, por su vez, según Silbey (2013: 20), constituye al fin y al cabo un estudio socio-científico del Derecho. “*Law is a social phenomenon*” (Anleu, 2010: 1).

En esta línea de pensamiento, cualquier análisis de la comunicación específica del Derecho (Clam, 2004) requiere comprender las comunicaciones del sistema de la sociedad en la que se encuentra. Friedman (1987: 269) comparte esta premisa básica, para quien “*major legal change follow and depend on social change*”. Los cambios sociales, para especificar, son definidos por Anleu (2010: 2):

“(…)is a term sociologists use to describe usually large scale transformations such as industrialization and the shift from rural agrarian, feudal or traditional societies to modern, industrial societies, the emergence of capitalism, democratization, and most recently globalization.”

De este modo, se puede decir que no todo cambio en el Derecho requiere un cambio social, como es el caso, por ejemplo, de las leyes procesales. Sin embargo, los cambios importantes en el Derecho, como regla, se consideran productos externos de las formas sociales. En este contexto, Friedman (1987: 270) identifica cuatro formas principales de transformaciones en los cambios jurídicos:

- a) cambios originados por elementos externos al sistema jurídico, es decir en la sociedad, pero que afectan exclusivamente el sistema jurídico y en él se agotan;
- b) cambios originados por elementos externos al sistema jurídico pero que se mueven a través de él (con o sin procesamiento interno), con un impacto más allá del Derecho, porque afectan a la sociedad;
- c) cambios que comienzan en el sistema jurídico y cuyos impactos ocurren dentro del mismo sistema jurídico;
- d) cambios que se originan en el sistema jurídico, moviéndose dentro de él, con un resultado externo (en la sociedad).

Las cuatro modalidades de cambios en el Derecho, correlacionadas con la sociedad, reflejan de una manera muy simple la necesidad y el momento actual del estudio de la Sociología del Derecho, ya que a gran escala el Derecho y la Sociedad tienen una conexión innegable. En palabras de Friedman (2017: 124):

El orden jurídico, como se enfatiza en este trabajo, es el producto y el efecto de los cambios en la cultura general, en la sociedad como un todo. Es más, una dependiente que independiente variable. Sin embargo, decir esto no disminuye la importancia del derecho en el mundo moderno. En nuestro mundo, la ley está en todas partes. Por una cuestión formal, las leyes escritas de cualquier país moderno son increíblemente extensas. Innumerables estatutos, normas, reglamentos, decretos, órdenes ejecutivas, ordenanzas, tratados, impactan

en cada aspecto de nuestras vidas. Reflejan la sociedad, pero, una vez establecidos, también tienen un efecto en la sociedad.

En el mismo sentido, cuando se trata de cambios significativos en el Derecho, debe tenerse en cuenta que dichos cambios pueden ser, en la clasificación de Friedman (1987), *disruptivos*, lo que significa que todo el orden legal existente se destruye, tal como ocurre con las Revoluciones (un gran tema para los estudiosos de la sociología del Derecho), o *dirigentes*, es decir, planificadores de un futuro centrado en el Derecho, como sucede con las Constituciones.

Siguiendo el razonamiento de Friedman, Anleu (2010) afirma que los cambios sociales revolucionarios resultan de desigualdades de varios aspectos y resultan en conflictos reconocidos por las instituciones políticas de una sociedad dada, mientras que los llamados cambios evolutivos se basan en el aumento de la población y su consiguiente complejidad. Lo que agrega la autora es un tercer formato de cambio social. Es un cambio externo: *la colonización*.

De esta manera, se considera que las normas jurídicas, y las decisiones con respecto a ellas, solo pueden entenderse en contexto con la sociedad. De hecho, como lo recuerda Mather (2008: 681), el Derecho no está fuera de la sociedad; por el contrario, está fuertemente conectado a ella. En este sentido, esta misma percepción también tiene, según la autora en cuestión, tres enfoques principales:

- a) cómo el Derecho refleja e impacta la cultura;
- b) cómo se ha construido históricamente el Derecho en una sociedad determinada;
- c) cómo se refuerzan las desigualdades mediante el acceso privilegiado a las instituciones de justicia.

De esto, se deduce junto con Hyden (2017: 72), que “el Derecho nunca se crea en un vacío social”. Significa que el Derecho permanece permanentemente expuesto a la

evolución de la sociedad (Luhmann, 1983) y al desarrollo de correlaciones entre las comunicaciones dentro de ella.

Es por esta razón que el desarrollo de un área específica diseñada para estudiar la relación entre Derecho y Sociedad (Sociología del Derecho) se ha vuelto cada vez más importante, especialmente con lo que Luhmann (2005: 77) llamó de sociedades complejas. Son sociedades en las que la evolución social permite diversas decisiones basadas en una contingencia que necesita ser aprehendida y en la cual el Derecho se presenta, en el lenguaje de Friedman (2017), como parte del “efecto mariposa” de situaciones generadas por alteraciones sociales en los cambios jurídicos.

1.2. La Sociología del Derecho

Partiendo del concepto de Ferrari (2012), la Sociología del Derecho es la ciencia que estudia el Derecho como una modalidad de acción social. En este sentido, sin duda pertenece al área de las ciencias sociales y, de manera más limitada, a la misma Sociología.

Esta definición trae consigo una doble observación. Por un lado, comparte el método, los conceptos y los temas fundamentales con la Sociología; por otro lado, es necesario que la Sociología del Derecho sea capaz de comprender las particularidades de su objeto (el Derecho).

Sin embargo, con la evolución del estudio de la disciplina, se han utilizado varias otras nomenclaturas a lo largo del tiempo para describir este campo de estudio, tal como lo resume Guibentif (2003): estudios socio-jurídicos, análisis sociológico del Derecho, estudios jurídicos críticos, Derecho en la sociedad, Derecho en contexto, Derecho en acción, entre otros.

Así como Guibentif, este artículo prefiere el término Sociología del Derecho, ya que la definición dada por Ferrari (2012) es más beneficiosa para el desarrollo de la disciplina misma. Hay dos razones para esta preferencia: (a) aprovechar la vertiente teórica existente

en la Sociología y de la cual el fenómeno jurídico puede valerse en el camino hacia la construcción de un saber (b) inter y multidisciplinario del Derecho.

De estas afirmaciones, que al principio son simplistas, una consideración esencial deriva de lo que se puede llamar la “trinidad” que funda las ciencias sociales (Marx, Weber, Durkheim): ¿cómo la teoría social clásica observa el Derecho en su relación con su objeto investigación (Hunt, 2002)? De hecho, esta es la cuestión principal de los *founding fathers* de las ciencias sociales cuando abordan el Derecho. Evidentemente, como se puede ver, el fenómeno jurídico en tales ciencias constituye un enfoque que varía con el tiempo, siguiendo así la evolución de la sociedad misma.

En este sentido, y siguiendo a Hunt (op. cit.), aunque los autores tengan diferencias en sus estatutos teóricos, en sus proyectos y sus agendas, no se puede dejar de afirmar que entre los tres haya una preocupación frecuente con estrategias primarias y con las técnicas del Derecho.

Marx (1988), en una breve síntesis, conduce sus estudios a una concepción conflictiva de la sociedad en la que hay clases, demostrando que la ley de los nobles se opone a la ley de los pobres, criticando a Hegel (1975), porque en la concepción marxista tanto el Estado como el Derecho constituyen concepciones variables que están en conexión directa con los detentores del poder. Así, en el pensamiento marxista, Derecho y Estado se configuran como parte de una superestructura social. Ambos tienen el control ideológico que garantiza la explotación de los estratos sociales menos favorecidos por las clases dominantes. Es una concepción materialista de la historia.

Weber (1999), por otro lado, entiende el Derecho desde la acción y la relación social, enfocándose específicamente en sus relaciones con la economía (Weber, 2018) y con la política (Weber, 2006). Por lo tanto, Weber se enfoca en los temas de legitimidad que son el efecto de la legalidad jurídica, definiendo el Derecho (op. cit.: 28-31) como:

(...) ese orden legítimo cuya validez está garantizada por el exterior mediante la posibilidad de coerción física o psíquica por parte de la acción dirigida a obtener el cumplimiento o castigar la infracción de un grupo de hombres expresamente dispuestos a hacerlo.

La legitimidad, por lo tanto, es una cuestión tanto interna como externa. La primera es un problema relacionado con el valor, mientras que la segunda se basa en el Derecho y su capacidad de coerción. Por lo tanto, el Derecho de Weber produce consenso, ya que se basa en valores sociales.

Finalmente, para Durkheim (2004), el Derecho no puede considerarse como un hecho social, pero tiene al final una función socializadora. Para el autor, una pregunta muy importante es cómo entender que el individuo, con cada vez más autonomía, siga dependiendo aún más de la sociedad. Es que corresponde al Derecho proporcionar a los individuos la regla del bienestar en la sociedad. Consecuentemente, el Derecho es tanto socialización como integración.

En esta perspectiva histórica, se debe registrar que hay innumerables autores importantes para construir tal argumento. Es evidente que no corresponde a este ensayo agotar estos enfoques. Sin embargo, a partir del aporte de Treves (2004), no se debe dejar de mencionar algunos: Comte (2016), Spencer (1898), Tönnies (2001), Gumplovicz (2018), Oppenheimer (2019), Engels (2014), Lassalle (2014), Renner (1949), Lenin (2017), Mondolfo (1962), Ihering (2009), Kantorowicz (2019), Geny (1922), Duguit (2018), Holmes (1897), Pound (2017), Geiger (1953), entre otros.

Gurvitch (2001), en este sentido, divide la cuestión de los fundadores de la Sociología del Derecho entre los autores europeos, en los que se incluyen la tríada mencionada y agregando otros dos: Lévy (1933) y Haurio (2018). También señala autores estadounidenses adicionales, como Cardozo (2014), Llewellyn (1933) y Rose (1956). El mismo Gurvitch ejerció una enorme influencia en la escuela sociológica de Francia (Moraes, 1997).

Teniendo en cuenta el uso de la definición de Ferrari (2012) del objeto de Sociología del Derecho, dos autores necesitan un registro detallado: Gurvitch y Ehrlich. Es importante

mencionar que esta cuestión, objeto de la Sociología del Derecho, fue una de las principales preocupaciones de Gurvitch (2001), para quien existen cuatro ejes principales en la perspectiva de los estudios entre la sociedad y el derecho.

- a) *Microsociología del Derecho* - que clasifica las formas de socialidad y conecta diferentes tipos de Derecho a tales formas. A partir de esto, sus observaciones descansan en los siguientes temas: derecho social y derecho interindividual; masas, comunidad y comunicación social y la jerarquía entre diferentes leyes.
- b) *Descripción de las Capas del Derecho*, que aborda los siguientes puntos: la relación entre la ley oficial y la no oficial; derecho positivo, derecho flexible y derecho intuitivo;
- c) *Tipología Específica de Grupos Particulares*: que se centra en la clasificación de los grupos sociales y en la diferenciación de los límites del Derecho a partir de la función de los diferentes tipos de grupos sociales. En este último aspecto se incluye (a) la capacidad de los grupos sociales para recrear límites jurídicos, (b) los límites entre grupos jurídicos y grupos económicos y políticos, (c) la división y unificación del Derecho y (d) los límites nacionales e internacionales de las leyes.
- d) *Tipología Inclusiva de un Derecho para todas las Sociedades* - que se refiere a (a) los sistemas jurídicos de las sociedades polisegmentadas, (b) los sistemas jurídicos de las sociedades teniendo en cuenta sus homogeneidades por el principio teocrático-carismático, (c) los sistemas jurídicos de sociedades en las que existan grupos políticos nacionales prominentes, (d) los sistemas jurídicos de sociedades feudales y (e) los sistemas jurídicos de las sociedades unificadas por la prominencia de las ciudades.

Ehrlich es un autor que merece ser destacado. Es un intelectual que generalmente no está muy difundido en Brasil, pero que tiene relevancia en la afirmación de la Sociología del Derecho. Su idea de *living law* se opone a un hecho que, para el autor, es simple de entender: la preferencia de los juristas por las proposiciones legales – en detrimento de cualquier otro fenómeno social – como objeto de investigación, radica en el hecho de que

tal pensamiento supone tácitamente que todo el Derecho se encuentra en las normas jurídicas (Ehrlich, 2002).

A partir del razonamiento del autor austriaco, significa decir que aceptar este hecho es, en otras palabras, comprender que todas las proposiciones jurídicas se encuentran en las leyes, en los estatutos, en las decisiones, entre otros, fácilmente accesibles a todos. Por lo tanto, conocer el Derecho es simplemente una cuestión de recopilar todas estas fuentes y organizarlas. Una cuestión enciclopédica.

En este sentido, el *living law* de Ehrlich se presenta como el contraste de esta posición. En palabras del autor (Ehrlich, 2002: 493): “the living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions”. Es decir que el Derecho es tanto las proposiciones jurídicas como lo que lo rodea, en particular, la sociedad misma en la que se encuentra.

Es una declaración sorprendente incluso para la ciencia jurídica del siglo actual, porque en definitiva Ehrlich (op. cit.) argumenta que la Sociología del Derecho debe, principalmente, prestarle atención a lo concreto para, en segundo lugar, observar lo abstracto. Solo a partir de la observación de lo concreto se deben formular abstracciones aplicables a todos (normas jurídicas). Así como un anatomista, basado en sus observaciones, crea reglas generales, el proceso de elaboración de una ley debe tener en cuenta las relaciones de dominación existentes en la sociedad, las relaciones sociojurídicas, entre tantas otras variables.

Arnaud (2017), en la misma línea, recuerda que las referencias teóricas de una naciente Sociología del Derecho tenían diferentes raíces en Europa. En el norte del continente, pesaban las influencias de los grandes sistemas intelectuales europeos (Weber, Geiger y Sinzheimer), mientras que en Francia los grandes influyentes fueron Gurvitch y Durkheim (2003). Ante esto, es posible afirmar que los sociólogos del Derecho europeos posteriores al mayo del 68 podrían tener sus grandes matrices intelectuales resumidas de la siguiente manera:

Lo que existe en la sociología jurídica europea, *stricto sensu*, se redujo a las actividades de enseñanza e investigación de Jean Carbonnier -, en Francia – aunque ya surgiese una sociología del derecho vinculada al pensamiento de Pierre Bourdieu –, de Renato Treves, en Italia, o incluso las contribuciones de Alemania, influenciadas por Niklas Luhmann, especialmente con los trabajos de Gunther Teubner, Helmut Wilke o Volkmar Gessner y Erhard Blankenburg, este último muy centrado en los cánones anglosajones. En el sur de Europa, más precisamente en Portugal, surgió una sociología del derecho crítica con Boaventura de Souza Santos.

En la línea de pensamiento de Arnaud, se deben olvidar otros autores importantes en este escenario que influyen en la estructuración de la autonomía de la Sociología del Derecho, aunque algunos provengan de la filosofía (Schwartz & Costa, 2015, pp. 117-118): Foucault (2014), Derrida (2014), François Ost (1997), Bourdieu (2014), Bauman (2010), Habermas (1997), Lawrence Friedman (2005), Jean Carbonnier (2013), entre otros.

Estas notas demuestran la riqueza del florecimiento de un estudio sociológico sobre el Derecho. Y la razón, en líneas generales, puede resumirse en el hecho de que el Derecho se convierte, después de la Revolución Francesa, al menos en los países occidentales, en el elemento central de la dinámica social. La expresión Estado de Derecho significa que el Derecho reemplaza el papel de la religión o de los problemas naturales en el contexto de las relaciones sociales. Por lo tanto, la centralidad del Derecho es, en otras palabras, uno de los grandes intereses de los estudios sociológicos de los autores abordados.

Tiene razón Mather (2008) cuando dice que, naturalmente, la Sociología del Derecho tiene una característica multidisciplinaria y al mismo tiempo está fuertemente arraigada en la interdisciplinaria. Esto hace que sea necesario para un sociólogo del Derecho dialogar con otros conocimientos, como las teorías de organización, la etnografía, la etnometodología, la historia y el discurso del análisis, entre otros.

Una vez establecido el concepto y las relaciones entre Sociología y Derecho, es necesario ahora establecer su objeto. En otras palabras: intenta describir qué es la Sociología del Derecho estudia.

1.3. Qué es lo que estudia la Sociología del Derecho

Hay varias formas de abordar el tema de la Sociología del Derecho. En el presente artículo, dado su propósito, se intenta delimitar cómo se constituyeron los temas de interés de investigación de carácter sociojurídico, capaces de formar una disciplina autónoma con un campo específico.

En este contexto, aunque sea brevemente, es necesario recordar cómo un sociólogo de Derecho difiere de un jurista dogmático. Para este propósito, las asimetrías recordadas por Hyden (2017: 65-68) se utilizan en base a su punto de vista desde una perspectiva interna y otra externa al Derecho:

- a) La perspectiva interna está dirigida a la dogmática jurídica, centrada en las premisas de la toma de decisiones jurídicas; por otro lado, la perspectiva externa es la de la sociología del Derecho, que observa el sistema legal fuera de ella;
- b) En la ciencia jurídica, la perspectiva interna es dominante y autosuficiente, de tal manera que su apertura a otros conocimientos es innecesaria; por su parte, la perspectiva externa asume la relación entre la ciencia jurídica y otros conocimientos.

Desde una perspectiva histórica, una vez que finaliza la fase de los *founding fathers*, el campo de investigación en sociología del Derecho, a nivel mundial, se ha desarrollado muy rápidamente, especialmente debido al desempeño sistemático y coordinado de varios actores. Es el caso del Research Committee on Sociology of Law (RCSL), de la Law And Society y el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (Olgíati, 2011), por nombrar solo algunos.

En este sentido, en el enfoque de Arnaud (2017: 16-18) hay una fase en la que la Sociología del Derecho buscaba diferenciarse de otras áreas del conocimiento y garantizar su autonomía. En ese momento, las investigaciones se centraron en los siguientes puntos:

- a) la naturaleza del territorio científico de la Sociología del Derecho;
- b) la centralidad del Derecho en la vida social;
- c) la expansión del Derecho más allá del Derecho estatal;
- d) el impacto de las políticas públicas en el mundo social;
- e) las reformas jurídicas y judiciales.

Aún con Arnaud, las investigaciones han evolucionado hacia temas como la *cultura jurídica y el pluralismo jurídico*, además de tratar de ver cómo los actores jurídicos utilizan estrategias sobre cómo decir el Derecho en un campo autónomo. Estas ideas también evolucionan hacia un paradigma de *complejidad* que, de una forma u otra, ha traído para la Sociología del Derecho estudios empíricos y reflexiones sobre la (Arnaud, 2017: 17):

(...) „discriminación positiva“, „derecho ambiental“, „matrimonio entre personas del mismo sexo“, „globalización“, „gobernanza“, „participación democrática en la administración“, „inmigración“, „desigualdades económicas“, „regulación jurídica de Internet“, „organizaciones no gubernamentales“, „neurociencia“, „poderío nuclear“, „trasplante de órganos humanos“, „justicia restaurativa“, „justicia transformadora“, „riesgo“, „sociedad de riesgo“, „regulación de seguridad“, „Terrorismo“, „prácticas legales y nuevas tecnologías“, „transparencia“, „Comisiones de la Verdad“, etc.

Otra muestra importante sobre los temas de la Sociología del Derecho es a través de la sistematización de la biblioteca del Instituto Internacional de Sociología Legal de Oñati (IISJ), que trae una síntesis de cómo se pueden observar los fenómenos sociales a través de la lente de dicha disciplina.

Nacido como fruto académico de un largo trabajo del *Research Committee on Sociology of Law* (RCSL) de la *International Sociological Association* (Podgorecki, 1989), el IISJ tiene una serie de actividades relacionadas con el desarrollo de la Sociología del Derecho, como la Maestría y los *workshops*. Sin embargo, sin duda, su gran atractivo es la biblioteca (Schwartz & Costa, 2017: 17). Y la razón no es otra que, además de la gran

cantidad de obras, el hecho de que fuera posible producir un índice que representa(ba), en 1988, el estado del arte de la Sociología del Derecho.

Como sostiene Arnaud (2017), el primer director científico del IISJ, la organización de la biblioteca representó un esfuerzo, como ya se dijo, para expresar definitivamente cual era el objeto de investigación de la sociología del Derecho, diferenciándola especialmente de teoría y filosofía del Derecho. Esta última, de hecho, sería para el autor mencionado la traidora de la esencia emancipadora del Derecho (Arnaud, 1991). Por lo tanto, se puede decir que una sociología del Derecho se refiere, en su fase final, a los siguientes temas principales:

- a) *Derecho y Sociedad*: precursores y clásicos de la Sociología del Derecho, Teoría y Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Antropología del Derecho, Criminología, Penología, Victimología, Ciencias Políticas, Semiótica del Derecho, Derecho y Economía, Derecho y Ciencias del Comportamiento, Derecho y Lenguaje, Derecho y Tecnologías Digitales, Derecho y Arte, y, finalmente, Derecho, Género y Feminismo.
- b) *Normas Jurídicas* – elaboración de normas, implementación del Derecho, cambios jurídicos, culturas jurídicas y la internacionalización y globalización del Derecho.
- c) *Control Social* – socialización, prevención y seguridad, sanciones, agentes de justicia penal, etiquetado, delitos y delincuentes (delitos de guante blanco, delitos corporativos, delincuencia juvenil, tribunales penales), *outsiders*.
- d) *Resolución de conflictos* – disputas procesales, disputas institucionales, acceso a la justicia.
- e) *Profesiones vinculadas al Derecho y Profesiones Judiciales* – abogados, jueces, notarios, capacitación para las profesiones judiciales y la organización y regulación de dichas profesiones.
- f) *Gobernanza* – Derecho y trabajo, economía y organizaciones económicas, familia, medioambiente, salud, políticas sociales, juventud, educación policial, ciudadanía y migración, policía criminal, ciencia y tecnología, conflictos armados y establecimiento de la paz, colonialismo y poscolonialismo.

- g) *Derechos*: tipos de derechos (humanos, civiles, sociales y procesales), movimientos sociales, violaciones del derecho y justicia transicional.

Con este marco de enfoques y temas en mente, se hace evidente que la Sociología del Derecho, incluso si se basa en un marco elaborado en 1988, sigue siendo relevante. Además, se vuelve esencial cuando se opone a la realidad social brasileña. Su objeto de estudio es de mayor relevancia en el contexto de la investigación en Derecho en Brasil, como se demuestra a continuación, en el camino que siguió la Sociología del Derecho en esas tierras.

2. ¿Una Sociología del Derecho en Brasil?

Una línea de tiempo sobre la Sociología del Derecho en Brasil es una tarea difícil de lograr, considerando el objeto mismo de su investigación (Faria & Campilongo, 1991). De hecho, hay quienes (Olgiami, 2011) señalan que el propio Pontes de Miranda, con su Sistema de Ciencia Positiva del Derecho (Miranda, 2005), fue uno de los precursores de la disciplina en Brasil.

Eliane Junqueira (2002), a su vez, se remonta a Rui Barbosa para recordar que, a fines del siglo XIX, en contraste con el Derecho Natural y el positivismo de Comte, postuló para la inclusión de la asignatura de Sociología en las carreras de Derecho en Brasil. Wolkmer (2017) recuerda que también fue un estandarte de Queiroz Lima (1931), quien abogó por la necesidad de enseñar la disciplina de Introducción a la Sociología en las carreras de Derecho en Brasil.

Por otro lado, hay autores (Villas Bôas, 2010) que afirman ser Evaristo de Moraes Filho, un abogado vinculado a cuestiones laborales, quien inició el debate sobre estudios sociojurídicos en Brasil, con la publicación en 1949 de su ensayo acerca de los problemas centrales de una Sociología del Derecho (Moraes Filho, 1997).

Sin embargo, existe un consenso de que el comienzo de la Sociología del Derecho en el territorio brasileño ocurre en la ciudad de Recife y se basa en los estudios de Cláudio Souto, quien, en 1962, en la Universidad Católica de Pernambuco, impartió el primer Curso de Sociología del Derecho en el país (Sociología y Sociología del Derecho).

La teoría sustantiva del Derecho de Cláudio Souto (1987), separada de su contenido procedimental, tuvo un gran impacto en la academia brasileña. Sus seguidores fueron diversos e influyentes. Es, en este sentido, por ejemplo, el recuerdo de Arnaud (2017: 21): “Cláudio Souto, Joaquim Falcão y Solange Souto crearon una nueva Escuela de Recife en el área de Sociología del Derecho, de la cual surgió una generación brillante, representada, por ejemplo, por Luciano Oliveira”. No es casualidad que la disciplina de sociología del Derecho, años después, se incluyera en la lista de disciplinas que ofrece el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco.

No hay que olvidar, en esta línea de tiempo, el papel desempeñado por Roberto Lyra (1969), Miranda Rosa (1974) y Roberto Lyra Filho (1983). Es con la inspiración de este último, por ejemplo, que José Geraldo de Souza Junior (2015) en la Universidad de Brasilia lanzó el todavía influyente “Direito Achado na Rua”, un movimiento cuya ideología tenía la intención de dejar de lado la estructura normativa-burocrática del Derecho hacia una noción jurídica sobre la cual el concepto de libertad se basa en el de emancipación. Un Derecho derivado de los movimientos sociales y fundado en las necesidades de la sociedad como lo demuestran dos cursos de extensión iniciados allí: los Fiscales Legales Populares y el Asesoramiento Jurídico Popular.

Arnaud (2017) refuerza la importancia del Programa de Derecho de Postgrado en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, que a través de su programa de Derecho y Desarrollo brindó capacitación a varios sociólogos de renombre, tales como Carlos Plastino (1984), José Ribas Vieira (1988), Eliane Junqueira (1999), Wanda Capeller (2017) y muchos otros.

Además de aquellos, en Florianópolis, en los años 80 y 90 del siglo pasado y bajo la inspiración Luis Alberto Warat (1988), el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina – especialmente con la edición de la revista *Contradogmáticas* –, una serie de investigadores con un enfoque más o menos acentuado en la sociología del Derecho fueron formados e influenciados a seguir este camino. En este caso, solo por nombrar algunos: Antônio Carlos Wolkmer (1990), Leonel Severo Rocha (2005), José Alcebiades de Oliveira Junior (2000), Gisele Cittadino (1999), Edmundo de Arruda Jr. (1993), Juliana Neuenschwander Magalhães (2013), Sérgio Cademartori(1999) y Vera Regina Pereira de Andrade (2003).

Esta perspectiva formativa de la Sociología del Derecho, como Wolkmer (2017: 23) recuerda, cuando se trajo desde los años 80 y los años del siglo pasado hasta la década de 2000, todavía trae consigo otros autores, como: José Eduardo Faria (1993), Celso Campilongo (1988), Celso Castro (1985), Pedro Scuro Neto (1986), Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca (1994), João Baptista Herkenhoff (1993), Roberto Fragale Filho (2008), Artur Stamford da Silva (2001) y Ana Lúcia Sabadell (2000). A esta lista, se podrían agregar, a modo de ejemplo, otros nombres como Marcelo Mello (2017), Fernando Rister de Lima (2017), Orlando Villas Bôas Filho (2009), Sandra Martini (2003) y Marília Montenegro Pessoa de Mello (2015), sin olvidar una nueva generación representada, solo para ejemplificar, por Renata Almeida da Costa (2004), Guilherme de Azevedo (2015), Lucas Fucci Amato (2019), Lucas Konzen (2013) y José Antônio Callegari (2014).

2.1.El escenario actual de la Sociología Jurídica en Brasil

Es importante recordar que todo este movimiento (Wolkmer, 2017: 22) se institucionalizó “con la absorción de influjos críticos e interdisciplinarios externos” de diversas asociaciones y grupos. Pueden citarse la norteamericana *Law and Society*, *French Moviment Critique du Droit* y la *Réseau Européen Droit et Société* (REDS), el italiano *Uso Alternativo del Diritto*, el *Research Committee on Sociology of Law (RCSL)* y el *Centro de Estudos Sociais de Coimbra (CES)*. Estos grupos y movimientos, debe subrayarse, permanecen ubicados entre los años 60 y finales de los 80 del siglo pasado.

Un paso importante en la construcción del campo de la Sociología del Derecho en Brasil se dio con la Resolución 1.886/94, del Ministerio de Educación, que en su artículo 6, ítem I (Desporto, 2019), estableció las pautas curriculares y el contenido mínimo, e instituyó la Sociología (General y Jurídica) como asignatura fundamental. Esta disposición provocó la necesidad de profesores especializados para enseñar Sociología del Derecho tanto en cursos de grado como de Postgrado.

La disposición fue reproducida, en el Artículo 5, I, de la Resolución CNE/CES 09/04 (Educação, 2019), que instituyó las Directrices Curriculares Nacionales para la Carrera de Derecho. Este documento confirma que los contenidos y actividades de Sociología eran parte del eje fundamental del alumno, “estableciendo las relaciones del Derecho con otras áreas del conocimiento”.

Asimismo, en la Resolución 05/2018, del Ministerio de Educación, en su artículo 5, I (Educação C. N., 2019), la Sociología se considera contenido y actividad de formación general del alumno, que “tiene como objetivo ofrecerle los elementos fundamentales del derecho, en diálogo con las otras expresiones del conocimiento filosófico y humanista, las ciencias sociales y las nuevas tecnologías de la información”.

A partir de este plexo normativo y de la estructura misma de la academia brasileña, fue natural la formación de algunas entidades cuyo objetivo fuese promover la Sociología del Derecho. La Asociación Brasileña de Sociología del Derecho -ABRASD- (Direito, 2019) fue fundada en 2010 en la Universidad Federal Fluminense, con el objetivo explícito de reunir a investigadores en el campo y promover la Sociología del Derecho en Brasil. ABRASD organiza anualmente una conferencia importante y también mantiene la Revista Brasileña de Sociología del Derecho - Qualis B1 - - (Direito, 2019).

En 2011, se creó la Red de Investigación Empírica en Derecho (REED), que, aunque no se declara vinculada a la Sociología del Derecho (Direito R. d., 2019), a partir de su método (empírico) trae consigo una fuerte carga del tema que es objeto de este artículo. Al igual que la ABRASD, la REED promueve un congreso anual bastante importante en el

área, y también cuenta con la *Revista de Estudos Empíricos em Direito* - Qualis B1 (Direito R. d., 2019).

En 2014, el Curso de Derecho de Unilasalle/Canoas lanzó la REDES, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade* (Sociedade, 2019) el embrión de su futuro Programa de Postgrado. La revista tiene Qualis B1. En 2015, la entonces Unilasalle/Canoas realizó la primera edición de su evento anual de *Sociology of Law* (Law, 2019) que trajo a varios investigadores de referencia a Brasil: Boaventura de Souza Santos (2016), André-Jean Arnaud (1981), Masayuki Murayama (2017), Rogélio Perez Perdomo (2017), Angélica Cuéllar Vázquez (2017), Jose Miguel Busquets (2018), Hakan Hyden (2017), Alfons Bora (2012), João Pedroso (2017), Antônio Casimiro Ferreira (2018), entre otros.

Además, es importante mencionar la serie de libros titulada “Biblioteca de Teoría e Sociologia do Direito” (2019), dirigida por Fernando Rister de Lima, en la Editora Juruá. Por medio de esta colección varios autores tuvieron la oportunidad de publicar sus trabajos y/o ser conocidos en Brasil, como es el caso de Alberto Febbrajo (2016) y de Ana Albuquerque (2019).

Por lo tanto, existe en este momento un fuerte espacio de Sociología del Derecho en Brasil, que cuenta con dos grandes asociaciones, tres congresos académicos anuales, tres revistas – de dos a tres ediciones anuales cada una – de muy buena clasificación en el Sistema Qualis, y una serie de trabajos con derechos de autor publicados por una editora de renombre. Un gran logro.

2.2. Los Programas de Postgrado *Stricto Sensu* en Sociología del Derecho en Brasil

Aquí es necesario hacer una especial mención. Las normas, las asociaciones y los eventos mencionados reconocen, por un lado, la necesidad de la Sociología del Derecho para la formación de los juristas en Brasil como algo indiscutible y que, sin duda, es el resultado de este camino histórico de afirmación de la disciplina en sí. Por otro lado, cuando se sabe que hay, hasta el momento de escribir el presente artículo, alrededor de

1.400 cursos de grado en Derecho en Brasil (2019), es necesario al menos un número idéntico de docentes con formación para enseñar esta materia.

En este sentido, debe responderse otra pregunta: ¿hay suficientes docentes y formación adecuada para el ejercicio de la educación superior en Sociología del Derecho en Brasil? La respuesta es negativa, pues, aunque el camino seguido haya sido al mismo tiempo bastante largo y próspero, todavía faltaban espacios de investigación específicos para la capacitación en Sociología del Derecho. Como se ve, incluso en los precursores de la UNICAP, PUC-RJ, UnB, UFSC, USP y UFPE (Wolkmer, 2017), lo que había eran líneas de investigación en las que la Sociología del Derecho se encajaba. Sin embargo, no había un Programa de Postgrado en Derecho pensado exclusivamente para la materia.

Hay que recordar que la Universidad Federal Fluminense (UFF) ofreció el primer Programa de Postgrado en Sociología y Derecho (Fluminense, 2019) que, con las siguientes líneas de investigación, desempeñó un papel importante en la formación de los docentes mencionados anteriormente:

- a) Acceso a la justicia, Relaciones Laborales, Derechos Sociales e instituciones;
- b) “Humanidades, Políticas Públicas y Desigualdades”;
- c) Conflictos socioambientales, Rurales y Urbanos y
- d) Políticas de Seguridad Pública y Administración Institucional de conflictos.

El Programa de Postgrado de la UFF, sin embargo, no se encuadró dentro del área de Derecho de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. En la misma línea, los Instrumentos de Evaluación de Carreras de Derecho preparados por el Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP-MEC), para notas de alto nivel, invariablemente solicitan que los profesores posean diploma “en el área” relacionada con la carrera en la que trabajan. Hasta el pasado reciente el Área de Derecho de CAPES se apoyaba en este criterio, puesto que del número mínimo de profesores permanentes (diez), exigía apenas el treinta por ciento de ellos pudieran tener

otra área de formación. Esta visión distorsionada hizo que varios investigadores formados encontraran dificultades para actuar en cursos de grado en Derecho en Brasil.

En esta línea de razonamiento y de acuerdo con su propia APCN (Propuesta de Presentación de Nuevo Curso) para llenar este vacío, en 2013, el entonces UnilaSalle de Canoas (Río Grande do Sul), propuso al área de Derecho en la CAPES un Máster en Sociología del Derecho, llamado Derecho y Sociedad (Salle, 2019). La propuesta fue aprobada en la primera oportunidad – algo raro de suceder – y en 2014 comenzaron las clases de un programa sin precedentes, ya con el formato actual en sus líneas de investigación: (a) Efectividad del derecho en la sociedad y (b) Sociedad y fragmentación del Derecho.

Ya transformada en Universidad LaSalle, el joven Máster en Derecho, también de una manera sin precedentes en solo cuatro años de existencia, en 2019 aprobó ante la CAPES el Doctorado en Derecho y Sociedad. Este se presenta como el único Programa de Postgrado en Derecho destinado exclusivamente a la investigación en Sociología del Derecho.

Con este logro se cierra un ciclo importante y prometedor para la Sociología del Derecho en Brasil. Sin embargo, queda una pregunta, la última del presente artículo: ¿Dado el ciclo histórico de la Sociología del Derecho en suelo brasileño, sigue ésta siendo necesaria en esas tierras?

3. ¿Es necesaria una Sociología del Derecho en Brasil?

Hechas las preguntas que presuponen el presente trabajo, es decir, el objeto de la Sociología del Derecho y su desarrollo en Brasil, es hora de preguntarse: Después de tantos años de desarrollo ¿sigue siendo necesaria esta área de conocimiento? Más importante: ¿Sigue siendo necesaria en Brasil? Anticipando la respuesta: más que nunca.

3.1. La Sociología del Derecho es Crítica (y marginal).

Banakar & Travers (2013) establecen un debate esencial para que el argumento anterior (la necesidad de Sociología del Derecho en Brasil) pueda considerarse coherente. Para tales autores, la Sociología del Derecho todavía tiene mucho que ofrecer, especialmente porque es una buena preparación para el ejercicio de la ciudadanía, en lo que Silbey (2013: 20) llamó “*political and democratic challenge*”.

De hecho, ambos autores defienden su afirmación con base en algunos supuestos (Banakar & Travers, 2013). Como ya se mencionó, incluso en su nivel más elemental, la enseñanza de la Sociología del Derecho prepara para un ejercicio crítico de las actividades diarias, así como para desvelar la naturaleza de las instituciones sociales cuyo origen/función no se discute en otras áreas del Derecho. Es, en particular, un sentido político, algo que demuestra la diferenciación de la Sociología del Derecho, por ejemplo, en relación con la dogmática jurídica. También es lo que hace, de forma absolutamente natural, al sociólogo de Derecho un investigador crítico, en línea, por ejemplo, con los estudios alternativos del Derecho (Carvalho, 1999).

En este sentido, incluso, Banakar y Travers (2013) vuelven a una discusión muy presente en la enseñanza del Derecho: la dogmática es esencial, pero estudiarla sin ningún contexto social hará que el futuro profesional del Derecho sea, en el lenguaje de los autores, un *conformista*. Ferrari (2012: 20) recuerda, por cierto, una distinción muy válida entre el jurista positivista y el sociólogo de Derecho:

(...) mientras el jurista positivo desarrolla una tarea al mismo tiempo teórica y práctica, descriptiva y prescriptiva, el sociólogo del derecho, por el contrario, desarrolla una tarea exclusivamente teórico y descriptivo. A diferencia del jurista positivo, él, en efecto, no está llamado a indicarle a nadie la vía correcta que se debe seguir. Más bien, está llamado a establecer correlaciones entre fenómenos, a describir la sucesión de los eventos, a dar de ellos una explicación teórica: en síntesis, informar.

En este sentido, un jurista conformista reproducirá, como recordó Warat, una ideología (2000) que responde tanto en el acto de hacer la ley como en hacerla respetar,

convirtiéndose así en lo que el profesor argentino llamó pingüinos jurídicos. Esta era una metáfora waratiana que comparaba la forma de caminar y comportarse en grupos de pingüinos con la de los juristas, estos últimos siempre dispuestos a seguir a un líder (la Ley) sin cuestionarlo.

Por lo tanto, en el lenguaje de Boaventura de Souza Santos (2015) y, con base en los propósitos establecidos en la diferenciación entre un sociólogo jurídico y un jurista positivista, está claro que la gran tarea de Sociología del Derecho es formar *rebeldes competentes*. Es que la descripción del Derecho a través de la sociedad es un instrumento muy poderoso para la transformación de esta como del primero.

En la misma línea de razonamiento, Madeira y Engelmann (2013: 187) sugieren que la Sociología del Derecho brasileña “*sirve para traducir temas sociales en espacios judiciales*”. Con ello presente, el jurista debe tener no solo una visión técnica y dogmática, necesaria, sino también la capacidad de llevar a cabo una observación crítica de los hechos sociales y una característica inherente de observación permanente de la realidad social.

3.2. La Etapa Actual de Investigación en Sociología del Derecho en Brasil

Sobre la base de esta suposición, es necesario verificar si el estado actual de la investigación en Sociología del Derecho en Brasil corresponde a esta idea de que el sociólogo del Derecho está predispuesto para la acción y no para la inercia. En otras palabras: dejar de ser conformista. En consecuencia, según un estudio publicado por Madeira & Engelmann (2013), basado en una encuesta realizada en el Directorio de Grupos de Investigación del Consejo Nacional para el Desarrollo Científico y Tecnológico, se revelan los siguientes datos refiriéndose a la producción científica de la Sociología del Derecho brasileño:

- a) existen varios grupos en torno al tema de la *violencia y la criminalidad*, con 18 grupos de investigación registrados con este objeto en Sociología y otros 10 en Derecho. Hay varios problemas específicos, pudiendo destacarse la pobreza y el tráfico de drogas, el delito juvenil, la violencia en las escuelas, entre otros.

- b) hay una parte importante de grupos de investigación centrados en los *derechos humanos* (feminismo, racismo, política y democracia, por nombrar algunos). En este caso, hay 215 grupos en el área de Derecho y 34 en Sociología.
- c) existen registros de 79 grupos en el área de Derecho y 5 en Sociología sobre el *acceso a la justicia*, que abarcan temas como la eficacia y la celeridad procesal, aspectos constitucionales de temas sociales, las prácticas de acceso a la justicia, para nombrar apenas algunos.
- d) en el tema de las *instituciones jurídicas*, existen 31 grupos de investigación en el área de Derecho y 1 en Sociología, centrados en algunos asuntos como república e instituciones político-jurídicas, reforma del Estado, sociedad y representaciones sociales.
- e) existen 36 grupos de investigación en el área de Derecho y 2 en Sociología dedicados a la investigación en el área de *Criminología*, con especificidades que la conectan con estudios críticos (Criminología Crítica), a los derechos humanos y a los medios de comunicación, entre otros.
- f) Existe una fuerte tendencia a la discusión de las conexiones entre *derecho y política*, con 121 grupos en el área de Derecho y 6 en sociología. Los temas son los más variados, desde la discusión sobre la sociología de las profesiones jurídicas hasta las preguntas sobre lenguaje y derecho.
- g) Hay alrededor de 85 grupos en el área de Derecho y 6 en Sociología que se ocupan del tema de *derecho y democracia*, con énfasis en trabajos sobre pluralismo jurídico y mecanismos formales e informales para la resolución de conflictos, por nombrar solo algunos.

De esta manera, los grupos de investigación mencionados revelan el estado del arte de la investigación en la Sociología del Derecho brasileño. En cierto modo es, a gran escala, una sociología destinada a cambios sociales, correspondiente, por lo tanto, a su vocación original, y que sin embargo está en peligro por dos razones:

- a) la colonización de temas típicamente internos al Derecho observados a través de la lente única del Derecho mismo;

- b) la estabilización en temas que no acompañan los cambios sociales de una manera transfronteriza y altamente conectada.

Es con la segunda preocupación, específicamente, que la parte final del presente artículo apuntará. Buscará, al igual que en la década de 1980 del siglo pasado en que Arnaud (1981) hizo la pregunta “¿a dónde va la Sociología del Derecho?”, responder a la siguiente: ¿a dónde va la Sociología del Derecho en Brasil? Dicho de otro modo, ¿a dónde debe ir la Sociología del Derecho brasileña?

3.3. Posibles caminos de una Sociología del Derecho (en Brasil)

Siguiendo la línea de razonamiento establecida en este artículo, Mather (2008: 685-693) señala las nuevas necesidades de una Sociología del Derecho, dando un ejemplo de sus usos:

- a. *Litigio*: ¿cómo se convierten las discusiones triviales en casos jurídicos? ¿Cuáles son las alternativas que tienen los tribunales para decidir los casos que se les presentan? ¿Por qué algunos conflictos se convierten en casos judiciales y otros no? ¿Cómo entender los litigios para explicar la resolución de conflictos y los impactos del Derecho (Vázquez, 2017)?
- b. *Cómo se toman las decisiones en el Derecho*, fuertemente centrada en las cuestiones relacionadas con la forma en que los jueces – y los encargados de la toma de decisiones jurídicas, en todos los niveles –, deciden (Streck, 2019), revelando estándares de elección, tiempo utilizado para tomar la decisión (D.W & Hartmann, 2017) y también cómo los magistrados interactúan con los fiscales para que ciertos resultados sean consistentes con algunos juicios previos.
- c. *Ideología y Conciencia Jurídica*: respaldado por el estudio de cómo los profesionales del Derecho y los actores privados discuten (y deciden) sobre las acciones que afectan directamente la vida de las personas (Hartmann & Hudson, 2017). Ejemplos de este análisis son saber por qué los seguros son negados, comprender cómo los medios de comunicación influyen en la opinión de las masas acerca del Derecho, buscar las razones por las cuales determinadas

personas usan ciertas categorías para ejercer, o dejar de ejercer, derechos específicos, entre otros.

- d. *Regulación y Compliance*: el denominado derecho de empresas y corporaciones demuestra que existe una forma de Derecho en la sociedad contemporánea que se autorregula y que coexiste con el Derecho estatal en un territorio transnacional. Es un campo amplio para que el sociólogo del Derecho actúe, observando si acciones estatales o privadas cumplen (*in compliance*) con cuestiones como los derechos humanos, solo por nombrar un caso.
- e. *El uso de los tribunales como una forma de acción política*: comprender que el litigio es también una forma de participación política, es decir, una estrategia en la que el éxito del caso no es necesariamente objetivado, sino más bien el medio por el cual el Poder Judicial es utilizado para presionar a algunos actores y legitimar a los demandantes ante el grupo al que representan. Como se refiere Mather (2008: 693), se trata de examinar “test case litigation to see how changed conditions and new modes of communication have altered the strategies of interest groups”.
- f. *Cultura popular*: el arte puede traer diferentes observaciones sobre el fenómeno jurídico y destacar la percepción del Derecho por parte de las personas. Esto puede ocurrir de varias maneras (Schwartz, 2014). Sin embargo, una en particular está latente a este respecto: la cultura popular refleja la sociedad y, por lo tanto, el Derecho (Robson & Silbey, 2019).

Silbey (2013: 24-33) sobre el tema de las futuras posibilidades de investigación en Sociología del Derecho trae otras consideraciones importantes basadas en lo que ella llama *cambio cultural*:

- a. *Expandir la parte sociológica de la Sociología del Derecho*. Así, por ejemplo, los estudios en el área no comenzarían por el Derecho, más precisamente por las normas. El punto de partida sería la propia sociedad, para después observar cómo se juridizan las comunicaciones dentro de la sociedad. Tal sería el caso,

por nombrar solo uno, del famoso estudio de Boaventura Souza de Santos sobre Pasárgada (1980).

- b. Abandonar la posición predominante de centrarse en comportamientos medibles y *favorecer la idea weberiana de acción social*. En este caso, el Derecho se entiende como un conjunto de categorías para esquemas cuyo resultado es ayudar en la construcción, composición e interpretación de las relaciones sociales. Es así como los estudios de descolonización buscan analizar las sociedades hispano-portuguesas de América (Wolkmer, 2015).
- c. Reorientar la cuestión del objeto de la Sociología del Derecho de la norma para la *legalidad*, entendida como el estudio de significados, de las fuentes de autoridades y de las prácticas comunes reconocidas como legales, independientemente de quién las use o para qué propósito es practicada. Una posibilidad de cómo ocurre esto se encuentra en los estudios sobre cómo se desarrollan los problemas de legalidad en las favelas brasileñas (Pinheiro, 2016).

Arnaud (2017) sugiere que la *gobernanza social participativa*, conectada con el concepto de *inteligencia política* (Arnaud, 2014), es el camino futuro para la Sociología del Derecho, centrada, no obstante, en su visión de que dicha gobernanza no está vinculada a las acciones de agencias internacionales, gobiernos o administraciones. Es la observación y descripción del proceso de toma de decisiones de los actores descartados de los procesos tradicionales.

Una *Sociología del Derecho descolonizada*, en opinión de Wolkmer (2017: 28), es otra posibilidad de una Sociología del Derecho en Brasil. Pasadas todas las etapas históricas de consolidación de este campo en Brasil, la investigación y la enseñanza de la disciplina pueden convertirse en “*el espacio privilegiado de descolonización para desarrollar una visión del Derecho más crítica, social, compleja y creativa*”. Dicha producción/enseñanza puede basarse en los siguientes temas (Wolkmer, 2017: 29):

- a. una cuestión de espacio/tiempo en el cual las sociedades emergentes ubicadas en el sur global son redimensionadas, tales como África, Asia y América Latina;

- b. una nueva forma de vida basada en conceptos como *buen vivir*, *ubuntu* y *taoísmo*, que refuerzan las subjetividades colectivas y los movimientos sociales transfronterizos;
- c. fomentar el privilegio del conocimiento decolonial basado en las diferencias, el pluralismo, la interculturalidad y la complejidad.

No es casualidad que la llamada Sociología de las Constituciones (Pribán, Schwartz, & Rocha, 2015) se confirme actualmente como uno de los principales campos de la Sociología del Derecho (Thornhill, 2011), ya que, sintéticamente, algunos de los supuestos (soberanía, fronteras y gobierno) del Estado moderno están en jaque debido a la evolución de la sociedad contemporánea. Como ya se mencionó, estas son preguntas que la dogmática constitucional no puede, por su propia especificidad, responder. Y, precisamente por esta razón, hace que la Sociología del Derecho sea aún más necesaria en el país.

Un último tema, candente, porque se presenta como la sesión más disputada de los últimos congresos en el área a nivel internacional (RCSL y Law and Society) radica en las conexiones entre inteligencia artificial y Derecho, muy bien representada en los estudios de los *algonormas* de Hakan Hyden (2017).

Ante esto, se puede decir, sin ninguna duda, que el momento actual de la sociedad brasileña exige, aún más, la presencia del estudio e investigación en Sociología del Derecho en el Brasil, como se demostrará con las consideraciones finales de este estudio.

Consideraciones finales

Recordando que uno está en Brasil, un país en el que hay problemas básicos que deben resolverse, como por ejemplo la distribución de la riqueza/desigualdad social, está claro que la Sociología del Derecho – y su investigación – todavía poseen un espacio para la construcción del conocimiento y de la realidad brasileña.

En este sentido, cuando se habla de una *Sociología del derecho crítica y marginal*, es importante llevar este argumento a la realidad brasileña. Resulta, en este caso, que la Sociología del Derecho tiene mucho que ofrecer para una “desviación” del jurista hacia un derecho de la sociedad.

No es casualidad que el estudio de Boaventura de Souza Santos sobre el derecho de Pasárgada y el derecho del asfalto (1980) fuera citado con frecuencia en suelo brasileño. Es el mismo caso del “derecho que se encuentra en la calle” (Sousa Junior, 2015), cuyo apodo es evidente, ya que en sociedades desiguales como la brasileña siempre hay procesos de juridización que se ejecutan, en el lenguaje de Arnaud (2014), de forma marginal, afuera, al lado, por encima o por debajo del Derecho estatal.

Además, como tiene la naturaleza de la sociología misma, comprender/analizar cómo funcionan las sociedades y cómo se desarrollaron con el tiempo, puede demostrar cómo todo podría haber sido diferente. El Derecho no escapa a tal argumento y un simple ejemplo lo confirma en el caso brasileño: entender que Brasil cambia su Constitución cíclicamente es, en sí mismo, algo que explica la dificultad de implementar el texto constitucional actual con respecto a la dudosa posición de la sociedad brasileña respecto de su ley fundamental.

Un análisis muy preciso de este tipo de comportamiento se describe en el estudio de Rosenn sobre la cultura “jeitinho” en el Derecho brasileño (1998). En otro nivel, existe tal denuncia en una famosa canción de 1987 de la banda brasileña Legião Urbana, cuyo estribillo dice: “¡Nadie respeta la Constitución, pero todos confían en el futuro de la nación! ¿Qué país es este?”. No sorprenden entonces los constantes ataques e intentos de cambiar el texto de la Constitución de 1988. Es el tema de estudio de la *sociología de las constituciones*.

Con respecto a los estudios acerca de los *litigios*, se puede ver una conexión clara con la realidad brasileña, un país altamente judicializado y en el que los diversos intentos – y métodos –, de desjudicialización parecen no cuajar tanto en las prácticas de abogados como en la cultura jurídica brasileña (Roseen, 1998). Atenerse a los temas propuestos puede

revelar empíricamente una serie de alternativas de resolución de conflictos que, judicializada o no, tendrán una composición realmente efectiva para la sociedad.

En este momento de la historia brasileña, el estudio de la interacción entre magistrados y fiscales en el proceso de toma de decisiones podría aprovecharse con los métodos específicos de la sociología del derecho, en los diálogos publicados por el sitio web *Intercept* (2019). Estos diálogos revelaron la interacción entre la Fiscalía y el entonces juez federal Sérgio Moro, en el caso de la prisión del ex presidente Lula.

La conexión con la realidad brasileña y el estudio de la *ideología y la conciencia jurídica* es muy clara. Tomemos, por ejemplo, la gran discusión de una cierta parte de la sociedad del país sobre el uso de sistemas de cupos basados en criterios raciales en las universidades públicas. Del mismo modo, en un país donde existe una gran concentración de poder en los medios de comunicación tradicionales, existen innumerables posibilidades para comprender cómo esta característica influye en la opinión de los brasileños en relación con el Derecho.

En términos de *regulación y cumplimiento*, para ubicar el tema dentro del caso brasileño, los recientes desastres ambientales en Brasil provocados en represas utilizadas por empresas mineras, han llevado al debate la cuestión de cómo las reglas internas de tales compañías se cumplen – o no – en función de ciertos factores, al mismo tiempo que cuestionan la regulación estatal sobre el tema (Carvalho, 2014).

Cuando se habla de *cultura popular*, en el caso brasileño, existen numerosas posibilidades para este estudio. De hecho, de alguna manera es un área que está bastante avanzada, como lo demuestran los numerosos estudios sobre Derecho & Literatura (Schwartz, 2006), Derecho & Música (Guerra Filho & Schwartz, 2016), Derecho & Cine (Lacerda, 2007), entre otros. Sin embargo, el desafío aquí no es adoptar un enfoque exclusivamente dogmático de la cultura popular, sino entenderlo como un elemento de una sociedad que se renueva constantemente.

El uso de los tribunales judiciales como una forma de acción política constituye un espacio de investigación aún poco explorado en Brasil, ya que los estudios socio-jurídicos sobre el mismo están más centrados en cuestiones de derecho sustantivo y poco vinculados a las estrategias políticas del uso del acceso a la justicia. Un buen ejemplo de cómo se podría utilizar este enfoque radica en el concepto de “*go shopping*”, es decir, cómo las personas y los magistrados se preparan para el litigio para cumplir sus propósitos, recordando que, en este punto, no se habla de “ganar” una causa o de “hacer justicia”. El punto de apoyo está, por lo tanto, en el uso del procedimiento como legitimación de una comunicación dada.

Del mismo modo, los estudios sobre la relación entre la *inteligencia artificial* y el Derecho en Brasil siguen siendo incipientes. Todo esto demuestra que todavía hay una larga vida para la Sociología del Derecho en el país y que esta disciplina es cada vez más necesaria. Aún queda mucho por hacer en la búsqueda de la relación entre el Derecho y la sociedad brasileña.

Referencias bibliográficas

- Albuquerque, A. C. (2019). *Teoria dos Sistemas Sociais. Sanção Jurídica da Sociedade*, Curitiba, Juruá.
- Amato, LucasFucci. (2019). *Construtivismo Jurídico. Teoria no Direito*, Curitiba, Juruá.
- Andrade, Vera Reigina Pereira de. (2003). *A Ilusão de Segurança Jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Anleu, Sharyn Leanne Roach. (2010). *Law and Social Change*, London, SAGE.
- Apolito, J. M. (2018). “Las transferencias monetarias no contributivas: el horizonte utópico de la renta básica”, *Encuentros Uruguayos*, Vol. 11, pp. 141-155.
- Arguelhes, Diego Werneck & Hartmann, Ivar. (2017). “Timing Control Without Docket Control”, *Journal of Law and Courts*, Vol. Spring, pp. 105-140.
- Arnaud, André-Jean. (1981). *Critique de la Raison Juridique. Où va la Sociologie du Droit?*, Paris, LGDJ.
- Arnaud, André-Jean. (1991). *O Direito Traído pela Filosofia*, Porto Alegre, SAFE.
- Arnaud, André-Jean. (2014). *La Gouvernance. Un Outil de Participation*, Paris, LGDJ.
- Arnaud, André-Jean. (2017). “Al Andar se Hace El Camiño”, *História da Construção do Campo de Estudos Sócio Jurídicos*. En: G. Schwartz, & R. A. Costa, *Sociology of Law on the Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 11-26.
- Arruda Jr., Edmundo Lima de. (1993). *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, São Paulo, Acadêmica.
- Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. (24 de julio de 2019). *ABraSD*. www.abrasd.com.br
- Azevedo, Guilherme de. (2015). “Proibição, Descriminalização e Legalização: alternativas de enfrentamento à crise do proibicionismo”, *Revista Conhecimento Online*, Vol. 1, pp. 104-118.
- Banakar, Reza & Travers, Max. (2013). “Conclusion: Law and Sociology”, *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford and Portland, Hart Publishing, pp. 345-352.
- Bauman, Zygmunt. (2010). *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, São Paulo, Zahar.

- Bora, Alfons. (2012). “Capacidade de lidar como o futuro e responsabilidade por inovações – para o trato social com a temporalidade complexa”. En: Schwartz, Germano (Org.). (2018). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Borneli, Júnior. (25 de julho de 2019). “1406. Esse é o número de faculdades de Direito no Brasil”, *Startse*. Recuperado de: <https://www.startse.com/noticia/mercado/62518/1406-esse-e-o-numero-de-faculdades-de-direito-no-brasil-lawtech>
- Bourdieu, Pierre. (2014). *Sobre o Estado*, São Paulo, Companhia das Letras.
- Cademartori, Sérgio. (1999). *Estado de Direito e Legitimidade. Uma Abordagem Garantista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Callegari, José Antonio. (2014). *Ouvidoria de Justiça. Cidadania Participativa no Sistema Judiciário*, Curitiba, Juruá.
- Campilongo, Celso. (1988). *Representação Política*, São Paulo, Ática.
- Capeller, Wanda. (2017). *Relire Giddens. Entre Sociologie et Politique*, Paris, LGDJ.
- Carbonnier, Jean. (2013). *Flexible Droit. Pour un Sociologie du Droit Sans Rigueur*, Paris, LGDJ.
- Cardozo, Benjamin Nathan. (2014). *A Natureza do Processo Judicial*, São Paulo, Martins Fontes.
- Carvalho, Amilton Bueno de. (1999). *Direito Alternativo em Movimento*, Rio de Janeiro, Luam.
- Carvalho, Déltron Winter de. (2014). *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica – Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- Castro, César Augusto. (1985). *Sociologia do Direito*, São Paulo, Atlas.
- Cittadino, Gisele Guimarães. (1999). *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva : Elementos da Filosofia Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Clam, Jean. (2004). *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação*, São Leopoldo, Unisinos.
- Comte, Augusto. (2016). *Discurso sobre o Espírito Positivo: Ordem e Progresso*, Porto Alegre, Edipro.

- Costa, Renata Almeida. (2004). *A Sociedade Complexa e o Crime Organizado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Derrida, Jacques. (2014). *A Escritura e a Diferença*, São Paulo, Nacional.
- Desporto, M. d. (24 de julio de 2019). *Legislação Ensino Jurídico*. Recuperado de: <http://www.zumbidospalmares.edu.br/pdf/legislacao-ensino-juridico.pdf>
- Desporto, M. d. (24 de julio de 2019). *Portaria 1886/94*. Recuperado de: <http://www.zumbidospalmares.edu.br/pdf/legislacao-ensino-juridico.pdf>
- Duguit, León. (2018). *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de L'Etat: conférences faites a L'Ecole des Hautes Études Sociales*, London, Forgotten Books.
- Durkheim, Émile. (2003). *As Regras do Método Sociológico*, São Paulo, Martins Claret.
- Durkheim, Émile. (2004). *Da Divisão do Trabalho Social*, São Paulo, Martins Fontes.
- Educação, C. N. (24 de julio de 2019). *Portaria CNE/CES 05/2018*. Recuperado de: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192
- Educação, C. N. (24 de julio de 2019). *Portaria CNE/CES 09/2004*. Recuperado de: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf
- Ehrlich, Eugene. (2002). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Engels, Friedrich. (2014). *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, São Paulo, BestBolso.
- Faria, José Eduardo. (1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros.
- Faria, José Eduardo, & Campilongo, Celso. (1991). *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, SAFE.
- Febbrajo, Alberto. (2016). *Sociologia do Constitucionalismo. Constituição e Teoria dos Sistemas*, Curitiba, Juruá
- Ferrari, Vincenzo. (2012). *Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Ferreira, António Casimiro. (2018). *Política e Sociedade. Teoria Social em Tempo de Austeridade*, Lisboa, Vida Económica.

- Fonseca, María Guadalupe Piragibe da. (1994). *Teoria Jurídica e Práticas Agrárias. O Conflito no Campo*, Ideia Jurídica.
- Foucault, Michel. (2014). *Vigiar e Punir. O Nascimento da Prisão*, São Paulo, Editora Nacional.
- Fragale Filho, Roberto. (2008). *Aprendendo a ser Juiz. A Escola da Magistratura do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Topbooks.
- Friedman, Lawrence. (1987). *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation.
- Friedman, Lawrence. (2005). *A History of American Law*, New York, Touchstone.
- Friedman, Lawrence. (2017). “Direito, Tecnologia e o Efeito Borboleta”.En: Schwartz, Germano & Costa R. A. *Sociology of Law on the Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 109-124.
- Geiger, Theodor Julius. (1953). *Ideologie und Wahrheit. Eine soziologische Kritik des Denkens*, Stuttgart, Humboldt-Verlag.
- Geny, François. (1922). *Science et Technique en Droit Privé Positif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey.
- Guerra Filho, Willis Santiago & Schwartz, Germano. (2016). *Another Brick in the Law*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Guibentif, Pierre. (2003). “The Sociology of Law as a Sub-Discipline of Sociology”, *Portuguese Journal of Social Science*, pp. 175-184.
- Gumplowicz, Ludwig. (2018). *Grundriss der Soziologie*, Sydney, Wentworth Press.
- Gurvitch, Georges. (2001). *Sociology of Law*, New Brunswick and London, Transaction Publishers.
- Habermas, Jürgen. (1997). *Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- Hartmann, Ivar Alberto & Hudson, Alexander. (2017). “Can you Buy Ideology? An Empirical Analysis of the Ideal Points of the Ministers of Brazil Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 17, pp. 43-59.
- Hauriou, M. (2018). *Cours de Science Social: La Science Sociale Traditionelle*, Sidney, Wentworth Press.

- Hegel, GeorgWihelm. (1975). *Princípios de la Filosofia delDerecho*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Herkenhoff, João Baptista. (1993). *Direito e Utopia*, São Paulo, Acadêmica.
- Holmes, Oliver Wendell. (1897). “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Vol.10, No.8, pp. 457-478.
- Hunt, Alan. (2002). “The Problematization of Law in Classical Social Theory.”.En: Banakar, Reza &Travers, Max. (2002).*An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford-Portland Oregon,Hart Publishing, pp. 13-32.
- Hyden, Hakan. (2017). “PerspectivasemSociologia do Direito”, En: G. Schwartz, & R. A. Costa, *Sociology of Law on the Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 65-90.
- Ihering, Rudolf Von. (2009). *A Luta pelo Direito*, São Paulo, Martin Claret.
- Intercept Technology Inc. (25 de julio de 2019). *The Intercept*. www.intercept.com
- Junqueira, Eliane Botelho. (1999). *Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões?*,Rio de Janeiro, Letra Capital.
- Junqueira, Eliane Botelho. (2002). *Ou Isto ou Aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de Direito*, Rio de Janeiro, Letra Capital.
- Juruá Editora. (25 de julio de 2019). *Biblioteca de Teoria e Sociologia do Direito*. https://www.jurua.com.br/shop_search.asp?onde=loj&texto=fernando%20rister
- Kantorowicz, Hermann. (2019). *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, Santiago de Chile, Lex.
- Konzen, Lucas Pizzolatto. (2013). *Norms and Space: Understanding Public Space Regulation in the Tourist City*, Lund, Lund University/Media-Tryck.
- Lacerda, Gabriel. (2007). *O Direito no Cinema*, Rio de Janeiro, FGV.
- Lasalle, Ferdinand. (2014). *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos.
- Lenin, Vladimir. (2017). *O Estado e a Revolução*, São Paulo, Boitempo.
- Lévy, Emmanuel. (1933). *Les Fondements du Droit*, Paris, Librairie Félix Alcan.
- Llewellyn, Karl. (1933). “Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, Vol. 44, pp. 1222-1264.
- Luhmann, Niklas. (1983). *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- Luhmann, Niklas. (1997). *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp.

- Luhmann, Niklas. (2005). “Sociologia como Teoria dos Sistemas Sociais”, En:Santos, José Manuel, *O Pensamento de NiklasLuhmann*, Beja, Universidade da Beira Interior, pp. 71-122.
- Luhmann, Niklas. (2016). *O Direito da Sociedade*, São Paulo, Martins Fontes.
- Lyra Filho, Roberto. (1969). *Sociologia Criminal*, Rio de Janeiro, Forense.
- Lyra Filho, Roberto. (1983). *O Que é Direito*, Brasília, Brasiliense.
- Madeira, Lígia Mori&Engelmann, Fabiano. (2013). “Estudos Sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil”, *Sociologias*, Año 15, No. 32, ene/abr, pp. 182-209.
- Magalhães, Juliana Neuenschwander. (2013). *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*, Curitiba, Juruá.
- Marx, Karl. (1988). *O Capital*, 3. ed, São Paulo, Nova Cultural.
- Mather, Lynn. (2008). Law and Society. En:Whittington, Keith E., Kelemen, R. Daniel and Caldeira Gregory A. (2011). *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, pp. 681-694.
- Medeiros, Fernanda Luiza Fontoura de& Schwartz, Germano. (2014). *O Direito da Sociedade*, Canoas, Unilasalle.
- Mello, Marcela Pereira de. (2017). *A Criminalização dos Jogos de Azar no Rio de Janeiro (1808-1946)*, Curitiba, Juruá.
- Miranda, Pontes de. (2005). *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, São Paulo, Bookseller.
- Mondolfo, Rodolfo. (1962). *Materialismo Histórico, Bolchevismo y Dictadura*, Buenos Aires, Ediciones Nuevas.
- Montenegro Mello, Marília. (2015). *Lei Maria da Penha. Uma Análise Criminológico-Crítica*, Rio de Janeiro, Revan.
- Moraes Filho, Evaristo de. (1997). *O Problema de uma Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar.
- Moraes, José Luis Bolzan de. (1997). *A Ideia de Direito Social - o Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Murayama, Masayuki. (2017). “De uma Questão Local a uma Indagação Universal: a Transformação da Ideia de Kawashima sobre a Consciência Jurídica Japonesa”.

- En: G. Schwartz, & R. A. Costa, *Sociology of Law on The Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 129-144.
- Nafarrate, Javier Torres. (2000). “Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Niklas Luhmann”, *Lua Nova: Revista de Cultura Políticas*, No.51, pp. 37-61.
- Neto, Pedro Scuro. (1986). *Pactos e Estabilização Econômica*, São Paulo, Ática.
- Olgiate, Vittorio. (2011). “The Institutional Internationalisation of Sociology of Law” *Revista da Abrasd*, pp. 9-36.
- Oliveira Junior, José Alcebíades de. (2000). *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, Rio de Janeiro, Renovar.
- Oppenheimer, Franz. (2019). *Der Staat*, Sydney, Wentworth.
- Ost, François. (1997). *O Tempo do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian.
- Pedroso, João, Casaleiro, Paula, & Branco, Patricia. (2017). “Desvio e Crime Juvenil no Feminino em Portugal: Invisibilidade, Benevolência e Repressão”. En: G. Schwartz, & Costa, Renata. *Sociology of Law On the Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 93-110.
- Perdomo, Rogelio Pérez. (2017). “Un Panorama de la Producción de Conocimientos Jurídicos y Sócio-Jurídicos en Venezuela”. En: Schwartz, Germano & Costa, Renata. *Sociology of Law on The Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 171-184.
- Pinheiro, Laíze Gabriela. (2016). *O Ocupa Borel e a Militarização da Vida*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Plastino, Carlos Alberto. (1984). *Crítica do Direito e do Estado*, São Paulo, Graal.
- Podgorecki, Adam. (1989). “The Changing Philosophy of the Research Committee of Sociology of Law”, *Opening Conference IISJ*, Oñati, IISJ, pp. 12-29.
- Portal de Periódicos Científicos UnilaSalle. (24 de julio de 2019). *REDES*. <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes>
- Pound, Roscoe. (2017). *Social Control Through Law*, London, Routledge.
- Pribán, Jiri, Schwartz, Germano & Rocha, Leonel Severo. (2015). *Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Queiroz Lima, Eusebio de. (1931). *Princípios de Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos.
- Rede de Estudos Empíricos em Direito. (24 de julio de 2019a). *Publicações*. <http://reedpesquisa.org/tipo-publicacao/revistas/>

- Rede de Estudos Empíricos em Direito. (24 de julio de 2019b). *Sobre*.
<http://reedpesquisa.org/o-que-e-a-reed/>
- Revista Brasileira de Sociologia do Direito. (24 de julio de 2019). *Revista da ABraSD*.
<http://revista.abrasd.com.br>
- Renner, Karl. (1949). *The Institutions of Private Law and Their Functions*, London, International Library of Sociology and Social Reconstruction.
- Robson, Peter&Silbey, Jessica. (2019). *Law and Justice on the Small Screen*, Oxford, Hart Publishing.
- Rocha, Leonel Severo. (2005). *Epistemologia Jurídica e Democracia*, São Leopoldo, Unisinos.
- Rosa, Felipe Augusto. (1974). *Sociologia do Direito*, São Paulo, Zahar.
- Rose, Arnold Marshall. (1956). *Sociology: the study of human relations*, New York, Knopf.
- Rosenn, Keith S. (1998). *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar.
- Sabadell, Ana Lucia. (2000). *Manual de Sociologia Jurídica*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- Santos, Boaventura Sousa de. (1980). *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, SAFE.
- Santos, Boaventura Souse. (2015). *O Direito dos Oprimidos*, São Paulo, Cortez.
- Santos, Boaventura Sousa de. (2016). *A Difícil Democracia. Reinventar a Esquerda*, São Paulo, Boitempo.
- Schwartz, Germano. (2006). *A Constituição, a Literatura e o Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Schwartz, Germano. (2014). *Direito & Rock: as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Schwartz, Germano & Costa, Renata. (2015). “André-Jean Arnaud e sua Contribuição para a Sociologia do Direito”, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Vol.3, No.3, set/dez, pp. 114-127.
- Schwartz, Germano, & Costa, Renata. (2017). “A Participação dos Brasileiros no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (1989-2015) ”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, pp. 1-21.

- Silbey, Susan. (2013). "What Makes a Social Science of Law Doubling the Social in Socio-Legal Studies". En: Feenan, Dermot. (2013). *Exploring the 'Socio' of Socio-Legal Studies*, Hampshire, Palgrave Macmillan, pp. 20-34.
- Silva, A. S. (2001). *Decisão Judicial. Empirismo e Dogmatismo*, Curitiba, Juruá.
- Sociology of Law. (24 de julio de 2019). *Sociology of Law*. <https://sociologyoflaw2019.eventize.com.br/index.php?pagina=1>.
- Sousa Junior, José Geraldo. (2015). *O Direito Achado na Rua: concepção e prática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Sousa Lima, Fernando Rister de. (2017). *Saúde e Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá.
- Souto, Claudio & Souto, Solange. (1987). *O que é Pensar Sociologicamente*, Porto Alegre, SAFE.
- Spencer, Herbert. (1898). *The Principles of Sociology*, New York, D. Appleton and Company.
- Streck, Lenio Luiz. (2019). *O que é isto? Decido Conforme Minha Consciência*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Tönnies, Ferdinand. (2001). *Community and Civil Society*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther. (2014). "Law and Social Theory: three problems", *Asian Journal of Law and Society*, Vol.1, No. 02, pp. 235-254.
- Thornhill, Chris. (2011). *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State-Legitimacy in Historical - Sociological Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Treves, Renato. (2004). *Sociologia do Direito*, Barueri, Manole.
- Tuori, Kaarlo. (2006). "Self-Description and External Description of the Law", *No Foundation*, Vol.2, pp. 27-43.
- Universidade Federal Fluminense. (25 de julio de 2019). *Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito*. <http://www.ppgsd.uff.br>
- Universidade LaSalle. (25 de julio de 2019). *PPGDireito*. <https://www.unilasalle.edu.br/canoas/ppg/direito>
- Vázquez, Angélica Cuéllar. (2017). "Como os Operadores Jurídicos Tematizam suas Práticas no Sistema Acusatório: o caso de Morelos, México". En:

- Schwartz, Germano & Costa Renata, *Sociology of Law on The Move*, Canoas, Unilasalle, pp. 29-44.
- Vial, Sandra Regina Martini. (2003). *Propriedade da Terra. Análise Sociojurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Vieira, Jose Ribas. (1988). *O Autoritarismo e a Ordem. Constitucional no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar.
- Villas Bôas Filho, Orlando. (2009). *Teoria dos Sistemas e Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva.
- Villas Bôas, Glaucia Kruse. (2010). “Sociologia e Direito no Pensamento de Moraes Filho”. En: Ferreira, Lier Pires, Guanabara. Ricardo & Jorge, Vladimyr Lombardo. *Curso de Sociologia Jurídica*, São Paulo, Forense, pp. 373-397.
- Warat, Luis Alberto. (1988). *O Manifesto do Surrealismo Jurídico*, São Paulo, Acadêmica.
- Warat, Luis Alberto. (2000). *O Direito e sua Linguagem*, Porto Alegre, SAFE.
- Weber, Max. (1999). *Economia e Sociedade*, Brasília, UnB.
- Weber, Max. (2006). *Ciência e Política: duas vocações*, São Paulo, Martin Claret.
- Weber, Max. (2018). *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*, São Paulo, Companhia das Letras.
- Wolkmer, Antonio Carlos. (1990). *Elementos para uma Crítica do Estado*, Porto Alegre, SAFE.
- Wolkmer, Antonio Carlos. (2015). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*, São Paulo, Saraiva.
- Wolkmer, Antonio Carlos. (2017). “Para uma Sociologia Jurídica no Brasil: desde uma perspectiva crítica e descolonial”, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, set/dez, pp. 17-38.

ABOGADOS GOLONDRINAS O LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA PROFESIÓN JURÍDICA: EL CASO DE VENEZUELA

Rogelio Pérez Perdomo¹

ORCID 0000-0003-0086-0855

Correo electrónico: rperez@unimet.edu.ve

Resumen

Aunque todavía el derecho se piensa como nacional hay elementos para pensar que no está limitado por las fronteras nacionales. La nacionalización del derecho es fundamentalmente un fenómeno del siglo XIX y comienzos del siglo XX, pero la circulación de la idea jurídica, los trasplantes legales existieron en esa época y muestra que la internacionalización estuvo siempre presente. Más recientemente, la presencia de abogados extranjeros, firmas internacionales de abogados y los estudios de derecho en países extranjeros han acentuado la internacionalización. El artículo analiza en particular la presencia de abogados y profesores de derecho extranjeros en Venezuela en el siglo XX y la tendencia más reciente de la migración de abogados venezolanos fuera del país. Los obstáculos para la adaptación vienen más de la cultura que de la diferencia de las reglas de derecho.

Palabras clave: internacionalización del derecho, abogados extranjeros, abogados venezolanos.

THE SWALLOW BIRD LAWYERS OR THE INTERNATIONALIZATION OF THE LEGAL PROFESSION: THE VENEZUELAN CASE

¹LIM Harvard, Doctor en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesor, Universidad Metropolitana, Caracas. Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia (Venezuela). Académico Honorario de la Academia Peruana de Derecho

Abstract

The article argues that the law is more international or global than usually thought. The nationalization of law was mostly a 19th and early 20th century phenomenon, but law transplants and the circulation of legal ideas indicate that there was always an international element. More recently, the presence of foreign lawyers and international law firms and the study of law in foreign countries have accentuated the international character of law. The article studies in particular foreign lawyers and law professors in 20th century Venezuela and the more recent trend of Venezuelan lawyers migrating out of the country. The challenges for lawyers working abroad does not arise from the different set of rules but from cultural particularities.

Keywords: internationalization of law; foreign lawyers; Venezuelan lawyers.

ADVOGADOS DE GOLONDRINAS OU A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROFISSÃO JURÍDICA: O CASO DA VENEZUELA

Resumo

Embora a lei ainda seja considerada nacional, há elementos para pensar que ela não está limitada por fronteiras nacionais. A nacionalização do direito é fundamentalmente um fenômeno do século XIX e início do século XX, mas a circulação de ideias jurídicas, transplantes jurídicos existiu naquela época e mostra que a internacionalização sempre esteve presente. Mais recentemente, a presença de advogados estrangeiros, escritórios de advocacia internacionais e escritórios de advocacia em países estrangeiros acentuou a internacionalização. O artigo analisa em particular a presença de advogados e professores de direito estrangeiros na Venezuela no século XX e a tendência mais recente na migração de advogados venezuelanos para fora do país. Os obstáculos à adaptação vêm mais da cultura do que da diferença nas regras de direito.

Palavras-chave: internacionalização do direito, advogados estrangeiros, advogados venezuelanos.

Nacionalización e internacionalización en el derecho

Abogados extranjeros en Venezuela

Abogados venezolanos expatriados

Las tribulaciones de las golondrinas

Hoy estamos acostumbrados a percibir el derecho como nacional. En la definición corriente el derecho sería el conjunto de reglas coercibles sancionadas por el estado. Como los estados son nacionales tenemos sistemas jurídicos nacionales: el derecho es colombiano, venezolano, argentino, francés, etc. Las escuelas de derecho, especialmente en América Latina, tienen como misión enseñar el derecho nacional. La literatura didáctica está generalmente dirigida al país, con algunas excepciones como los cursos de filosofía del derecho, derecho internacional público y derecho comparado, por ejemplo. En definitiva, se enseña un derecho nacional, generalmente a los nacionales de un país, para que ejerzan su profesión en el país donde han estudiado. Parecería que estamos así en presencia de un ordenamiento y de una disciplina con claros límites territoriales. Tal vez una ciencia nacional, aunque esto parezca un oxímoron. O tal vez ese lugar común no sea tan cierto.

La nacionalización del derecho es algo nuevo en la historia del pensamiento jurídico de nuestra tradición (Merryman & Pérez-Perdomo, 2019). Hasta el siglo XVIII el derecho era pensado sin limitación de espacio ni de tiempo. El derecho fundamentalmente era el romano y los derechos nacionales apenas si se estudiaban en las escuelas de derecho. El idioma formal de los estudios jurídicos era el latín. Naturalmente lo que se estudiaba como derecho romano tuvo variaciones muy importantes en el tiempo y en los distintos territorios, pero esto no es lo relevante ahora. En el siglo XIX la concepción del derecho cambió. Por una parte, se asoció con el estado y la legislación, a la vez que los juristas se convirtieron en los constructores de los estados nacionales, en los redactores de constituciones y de leyes, y también en la „huestes de estado“, para usar la expresión de Gaitán Bohórquez (2002).

En este trabajo sostenemos que esta transformación nunca fue total y que distintos tipos de circunstancias han hecho que el derecho y el conocimiento jurídico hayan sido menos nacionales que la concepción corriente del derecho sugiere. También que abogados

y profesores de derecho se han movido entre las naciones y tal vez han ayudado a que el derecho haya tenido una cierta dimensión universal. A esto hace referencia el título, pues es bien conocido que las golondrinas son aves migratorias por excelencia.

Arm Tungnirun (2018) ha estudiado un caso que muestra una situación extrema en nuestra época en relación con el caso de Myanmar. Este país permaneció cerrado al mundo por varias décadas. Por supuesto, tenía estudios jurídicos y abogados, pero al abrirse al mundo requirió tanto nuevas reglas como abogados que pudieran manejarse con inversionistas extranjeros y el nuevo derecho. Como consecuencia, ha vivido una verdadera invasión de abogados de distintas partes del mundo. Tungnirun mismo es un ejemplo de la transnacionalización en los estudios de derecho: él es profesor de derecho en Tailandia, su trabajo es su tesis doctoral en Stanford, California, y versa sobre Myanmar. El caso analizado por Tungnirun puede parecer extraño, pero tal vez no lo es tanto. Este trabajo presenta la situación de Venezuela para mostrar la tensión entre lo nacional y lo internacional en una geografía que el lector de esta revista tal vez encontrará menos exótica.

El caso de Venezuela es interesante porque en el siglo XX fue un país atractivo para abogados (y otros profesionales) extranjeros. La presencia de estos abogados tuvo una influencia significativa en cambios importantes tanto en la práctica profesional como en la vida académica. En el siglo XXI, el movimiento ha sido a la inversa: el de abogados venezolanos que se han radicado en distintos países. Las preguntas son las mismas: qué lleva a profesionales del derecho a emigrar a un país extranjero, qué importancia tiene esa presencia y cuáles son los obstáculos que debe superar para adaptarse a sistemas legales y culturas jurídicas diferentes. Las secciones centrales de este estudio versan sobre esas dos caras: las de extranjeros en Venezuela y la de los venezolanos en el extranjero. La sección introductoria y la conclusiva plantean los problemas más generales de la nacionalización-internacionalización de las culturas jurídicas.

Este trabajo se basa en varias investigaciones previas sobre los abogados y la educación jurídica (Capriles & Pérez Perdomo, 2019; Gómez & Pérez Perdomo, 2018; Pérez Perdomo, 2001, 2004, 2018, 2019a, 2019b) y también sobre investigaciones en curso.

Es probable que haber estudiado y trabajado en distintos países haya sido importante para esta línea de investigación y seguramente la experiencia personal esté presente, pero tanto en este como en otros trabajos trato de usar la bibliografía disponible y las conversaciones con abogados y profesores de derecho que han vivido la expatriación. Este trabajo es un esfuerzo de presentar de manera general y provisoria varios proyectos de una línea de investigación emprendida hace años, con la advertencia de que algunos de esos proyectos todavía están en marcha y que los resultados deben ser considerados provisorios.

Nacionalización e internacionalización en el derecho

La tensión entre lo local y lo general posteriormente se convirtió en tensión entre lo nacional y lo internacional. En la antigua Roma surgió el *iusgentium* al lado de *iuscivilis* cuando los extranjeros comenzaron a llegar a Roma. En la Edad Media los derechos principalmente estudiados eran universales: el derecho romano y el canónico. Sin embargo, se estudiaba como algo secundario el *iusfeudorum*. En la Edad Media tardía los comentaristas incorporaron los estatutos de las ciudades en su análisis, es decir, incorporaron lo local. El derecho mercantil, la *lexmercatoria*, surgió como costumbres y formas de resolver conflictos entre los comerciantes para esquivar la justicia y las costumbres o regulaciones locales en sus conflictos. El *mosgallicus* propuso a la vez la construcción de un derecho conforme a la razón, pero expresado en el lenguaje nacional. Tal vez la obra que expresa más claramente esta tensión es *Les lois civiles dansleurordrenatural* (1689) de Jean Domat. El orden natural era el conforme a la razón, pero la idea era que el Rey de Francia lo convirtiera en derecho nacional. Esta idea fue realizada por los códigos civiles del siglo XIX, comenzando por el francés de 1804. El Código Civil era así presentado como racional (universal) y nacional.

La tensión estaba ya presente en la enseñanza del derecho romano en el siglo XVIII. El libro introductorio y tal vez más importante en la educación jurídica fue el de Justiniano: las *Instituciones*. Arnoldo Vinnius hizo una edición comentada, también en latín a la cual Heineccius le agregó anotaciones. Vinnius y Heineccius convirtieron el libro en una obra de derecho natural racionalista, pero pronto se le comenzaron a agregar nuevas notas referidas a los derechos nacionales. Ese fue el caso de la edición que hizo Juan de Sala (Valencia,

1779) muy difundida en la América española. Fue una edición „castigada“ (censurada porque Vinnius era protestante) y adaptada para el uso en España y sus colonias (*Vinniuscastigatus, atque ad usumtironumHispanorumaccomodatus*). La edición hacía referencia a la legislación española, especialmente a las Siete Partidas. Hubo ediciones de Vinnio en toda Europa. Una de las últimas se hizo en Barcelona, esta vez traducida al español, pero con notas de derecho catalán (1867). La extraordinaria historia de las *Instituciones Imperiales comentadas* ha sido muy bien narrada y analizada recientemente por Beck Varela (2013). Muestra la tensión entre lo universal, lo nacional y lo local.

Otra historia de interés sobre la tensión entre lo nacional e internacional es la de Andrés Bello (Caracas 1781/ Santiago, Chile 1862). Nacido y educado en Caracas, se radicó en Chile después de una larga estancia en Londres. Provisto de una sólida cultura europea, ha pasado a la historia del derecho como el redactor del Código Civil chileno (1855) y dos obras didácticas, aparte de artículos de mucho interés. De talante conservador fue un modernizador de la legislación y los estudios jurídicos por su apertura a las ideas que circulaban en Europa y en los Estados Unidos. Su Código Civil fue adoptado por varios países de Hispanoamérica. En Chile fue senador y rector de la universidad. Tanto Chile como Venezuela se lo disputan como héroe nacional. La biografía y la obra de Bello muestra que en la etapa de nacimiento de las repúblicas hispanoamericanas el nacionalismo no era fuerte, pero que luego obras como el Código Civil y su propia persona son reclamadas como emblemas nacionales.

Sin duda, el acentuado positivismo jurídico de finales del siglo XIX y primera mitad del XX hicieron mucho por nacionalizar el derecho y asociarlo estrechamente al estado. En distintos países se entendió que el propósito de la educación jurídica era la enseñanza del derecho nacional. Retener en la memoria el mayor número de reglas de derecho presentes en la legislación nacional fue el saber jurídico para algunos profesores, aunque otros más enterados de las nuevas corrientes en Europa, se esforzaron en presentar de la manera más sistemática los principios y reglas de ese mismo derecho nacional. Nótese que es un proyecto intelectual no muy distinto a la propuesta del *mosgallicus*, y en especial, de Domat. El tiempo, por supuesto, había cambiado y estos sistematizadores del derecho lo que estaban haciendo era la incorporación de la llamada „ciencia jurídica alemana“ (Merryman

& Pérez-Perdomo, 2019). Ciertamente esto era un avance notable frente a la extraordinariamente seca y mortalmente fastidiosa enseñanza exegética de mediados del siglo XIX (Le Bos, 2019).

Damaska (1968), al comparar una buena educación jurídica europea continental con la de Estados Unidos, notó que la europea proveía claridad conceptual y una imagen organizada del ordenamiento jurídico. Torres Arends (1997), comparando el razonamiento jurídico de los estudiantes de derecho de la Universidad Central de Venezuela con los de la Universidad de Oxford encontró en los primeros el desarrollo del razonamiento abstracto, mientras en los segundos capacidad de resolver problemas. Un hallazgo de estudio de campo en línea con la observación de Damaska unas décadas más temprano.

El sueño de Domat perdió atractivo en la segunda mitad del siglo XX. Ya el positivismo jurídico había dado al traste con la idea del orden natural o racional. El derecho se asoció con la voluntad política y la coerción. Cuando el derecho se usó por el nacional socialismo y movimientos similares para propósitos genocidas e inhumanos, el positivismo jurídico crujió. Varios movimientos intelectuales desplazaron al positivismo estatista. Sin duda el movimiento a favor de los derechos humanos, que retoma mucho del universalismo del derecho natural, se ha convertido en parte de la cultura contemporánea (Friedman, 2011). Se han multiplicado los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y se evalúa a los sistemas jurídicos nacionales con el criterio de su eficacia para proteger los derechos de sus ciudadanos. La protección de los derechos está asociada con otra idea clave de la cultura jurídica contemporánea, el estado de derecho. Este básicamente propone la limitación del poder del estado para el fortalecimiento de los derechos ciudadanos y está asociado a la democracia en la cultura política de hoy (Pereira Menaut, 2003; Salazar Ugarte, 2006). Por último, la asociación del derecho con las políticas públicas, la economía y la sociedad en general es un ataque a la línea de flotación de la „ciencia“ conceptual del derecho o idea de un sistema normativo nacional lógicamente trabado. Los manuales de derecho nacional, las obras didácticas de esta tendencia, son justamente atacadas por olvidarse de la otra mitad del tema: la conexión del derecho con la sociedad (Jamin, 2011).

Este trabajo se escribe en la situación de confinamiento que ha sido la reacción de los distintos estados en relación con la pandemia de la COVID-19 (abril de 2020). Varios estados han tomado medidas bien en exceso de lo permitido por la constitución y ha habido un rebrote del nacionalismo más exacerbado. En qué medida estas circunstancias afectarán de manera más o menos permanente la cultura jurídica contemporánea está por verse, pero las cambiantes realidades del mundo actual nos deben hacer prudentes en la apreciación de tendencias.

Abogados extranjeros en Venezuela

La presencia de abogados extranjeros en cualquier país es una manifestación extrema de internacionalización. La profesión de abogado tiene un fuerte elemento relacional: los abogados preferirán ejercer la profesión donde tienen sus relaciones familiares y sociales que los pueden proveer de clientes, del *know-who* tan importante en las sociedades acentuadamente relacionales (Dezalay & Garth, 1997), y en general, donde pueden manejarse más cómodamente por el conocimiento de la cultura jurídica general. En algunos países, el oficio y el estatus profesional puede estar determinado por la clase o grupo social de procedencia, lo que dejaría poco espacio a los extranjeros (Silva García, 2001:22ss). La formación de los abogados con fuerte acento en el sistema jurídico donde está localizada la escuela de derecho parte del supuesto que la mayor parte de los estudiantes de esa escuela van a ejercer la profesión en ese país.

Hay otras formas de internacionalización que ofrecen menos dificultades, como el uso de literatura jurídica no nacional, incluso en lenguas extranjeras, o como los trasplantes de legislación. En Venezuela, estas dimensiones fueron frecuentes desde el inicio del período republicano, frecuentemente llamado „nacional“ por los historiadores, pero no vamos a insistir en ellas.

No se ha detectado la presencia de abogados extranjeros en Venezuela durante el siglo XIX. Dada la débil integración de Venezuela al capitalismo mundial y la crónica turbulencia política y continuas guerras civiles puede formularse la hipótesis que no los hubo. El siglo XX es una historia diferente: el país se pacificó e integró al sistema mundial

y el comienzo de importantes inversiones en petróleo y otras actividades dinamizó la economía. En Caracas a comienzos del siglo XX hubo ya abogados de negocios, generalmente organizados en pequeñas firmas locales, pero con buenas conexiones con empresas y firmas de abogados en el extranjero. Tal vez el más conocido de ellos fue Juan Bautista Bance, fundador de la primera firma moderna de abogados. Bance fue un jurista académico, profesor de derecho romano, pero en la historia de Venezuela es más conocido como el abogado de New York and Bermúdez Company, una empresa con un largo historial de conflictos con el gobierno venezolano. Mencionamos a Bance, un abogado que manejaba varios idiomas para destacar la conexión de los abogados aun en fechas muy tempranas con inversionistas extranjeros.

Un abogado de especial interés para este análisis fue José María Travieso Paúl. Activo como abogado de negocios en Caracas a comienzos del siglo XX se convirtió en corresponsal de la firma de abogados de Edward Schuster de Nueva York, dedicada principalmente a asuntos de minería. Charles Evans era uno de los abogados de Schuster que decidió residenciarse en Caracas y en 1928 formó con Travieso Paúl la firma Travieso Evans que sigue siendo una de las principales firmas de abogacía de negocios en Venezuela con el nombre de Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Evans era abogado de Virginia y debido a unos acuerdos internacionales vigentes en la época pudo lograr el reconocimiento de su título de abogados y ejercer en Caracas sin mayores dificultades. Otros abogados de los Estados Unidos se unieron posteriormente a la firma. Tal vez el más conocido fue Thomas L. Hughes, quien fue socio de la firma por más de 25 años. Entre otras actividades fue presidente de la Cámara de Comercio Venezolana Americana. Hughes para poder ejercer plenamente como abogado, decidió estudiar de nuevo la carrera de derecho en Venezuela, lo que hizo en la Universidad Católica de Caracas². En 2015, la página web de la firma informaba que “la mayoría de nuestros abogados ha realizado estudios de postgrado en prestigiosas escuelas de leyes de los Estados Unidos de América y Europa, tales como

²No he podido obtener información escrita sobre Hughes, pero lo conocí y conversé con él en 1970. Era graduado en derecho de Yale. Por estas conversaciones supe que prefirió hacer los estudios de derecho de nuevo en Venezuela en vez que intentar revalidar el título pues eran conocidos los obstáculos que los abogados examinadores ponían a los aspirantes. Por información fragmentaria en Internet he averiguado que estuvo activo al menos hasta 1985

Harvard, Yale, Columbia, New York University, University of California, Tulane e Instituto Empresa (Madrid)”.

En 1953 se estableció en Caracas Guy Benson y con Pérez Matos formó la sociedad conocida hoy como Benson, Pérez Matos, Antakly & Watts, que sigue siendo una firma importante de abogados de negocios. Poco después, en 1955, Baker & McKenzie siguió un patrón similar, pues se estableció en Caracas de la mano de Ramón Díaz y Asociados con abogados nacionales y extranjeros. Uno de los abogados extranjeros fue Malcom Caplan, quien se mantuvo activo en la firma hasta 2000, siendo reconocido nacional e internacionalmente por sus conocimientos y experiencia en materia fiscal.

Baker & McKenzie de Venezuela fue la primera oficina fuera de los Estados Unidos de lo que se convirtió luego una firma global (Bauman, 1999). Claramente Caracas fue un lugar atractivo para abogados firmas internacionales y varias otras abogados extranjeros y firmas se establecieron en Caracas. Entre los abogados está John Pate quien se radicó en Caracas desde la década de 1970 y en 1980 estableció con René De Sola la firma De Sola Pate & Brown. Bentata abogados fue una firma venezolana que contrató un número de abogados extranjeros, entre ellos Fernando Peláez, un distinguido abogado mexicano con amplia experiencia internacional. Peláez se separó luego de Bentata y formó Hoet Peláez Castillo & Duque que llegó a ser una de las principales firmas de Caracas.

Caracas contó con un buen número de abogados extranjeros hasta la década de 1980, en buena parte como parte de la inmigración europea de las décadas de 1950 y 1960, y de la latinoamericana especialmente en la década de 1970. En la medida en que los abogados locales se hicieron más numerosos también aumentó su tendencia a proteger lo que ellos pensaban era su mercado. La reválida del título de abogado debían hacerla presentando exámenes en materias relacionadas con el derecho positivo venezolano en una de las universidades públicas con escuela de derecho. La Universidad Central de Venezuela era la única de ese tipo en Caracas y con frecuencia los profesores en áreas de derecho positivo eran también abogados profesionalmente activos. Esto convirtió los exámenes de reválida en verdaderas ordalías. Los abogados extranjeros que entrevisté debieron buscar alternativas. Ya vimos que Thomas Hughes estudió de nuevo la carrera y lo hizo en la

Universidad Católica. Fernando Peláez hizo la reválida en la Universidad de los Andes (Mérida) por lo que tenía que viajar para presentar los exámenes. Otros abogados extranjeros no revalidaban y eran miembros de una firma, pero se cuidaban de no aparecer formalmente en los documentos que debían tener una tramitación pública en Venezuela³.

La presencia de abogados extranjeros fue disminuyendo tal vez por estos obstáculos que porque Venezuela se hizo menos atractiva para las inversionistas y abogados. Hoy las distintas firmas internacionales que operan en Caracas generalmente no tienen abogados extranjeros. Lo usual es que sean abogados venezolanos, pero que estos hayan hecho estudios de postgrado en el extranjero y que manejen de manera fluida el inglés y eventualmente otros idiomas extranjeros. En general, las firmas de abogados de negocios han reducido su tamaño afectadas por las políticas anti-empresariales de la revolución chavista (Gómez & Pérez Perdomo, 2018).

Muy influyentes en la cultura jurídica venezolana fueron los profesores de derecho que se residenciaron en Caracas y otras ciudades debido a las persecuciones en Europa y en otros países de América Latina. El flujo comenzó desde finales de la década de 1930 y, por supuesto, no estuvo reducido a la gente de derecho. Martín Frechilla (2006) estudió a quienes trabajaron en la Universidad Central de Venezuela entre 1936 y 1958 e hicieron una contribución importante a la academia venezolana. Entre ellos estuvo Ernest Wolf, autor de un interesante tratado de derecho constitucional venezolano (Wolf, 1945). Domingo Casanovas, Niceto Alcalá Zamora h., y Antonio Moles Caubet son otros profesores destacados en el estudio. El flujo fue mucho mayor a partir de 1958 cuando en Venezuela se restableció la democracia. Hay libros-homenajes a algunos que tuvieron una larga estadía y una enorme influencia por haber dirigido institutos de investigación. Este es el caso de Roberto Goldschmidt, quien dirigió el Instituto de Derecho Privado e impulsó especialmente el derecho mercantil y el derecho comparado. Manuel García Pelayo fue director del Instituto de Estudios Políticos y muy influyente en estudios de derecho constitucional y filosofía del derecho. Antonio Moles Caubet fue director del Instituto de

³Mucha de la información y entrevistas mencionadas sobre abogados extranjeros son parte de un trabajo en preparación adelantado con Maritza Mézáros. El trabajo estudia con cierto detenimiento el caso de Baker McKenzie.

Derecho Público e impulsó especialmente el derecho administrativo. No fueron los únicos. También enseñaron por varios años en la Universidad Central de Venezuela Francisco Rubio Llorente, Juan Di Stefano, Manuel Granell, Anders Hallström, Mario PesciFeltri, Eduardo Novoa, Enrique Silva Cimma, Julia Barragán y varios otros. Otras universidades también recibieron un número importante de profesores extranjeros. Lamentablemente no tenemos una obra de conjunto sobre la contribución de los expatriados al derecho y la cultura jurídica venezolana⁴, al estilo de lo realizado para Estados Unidos e Inglaterra por Graham (2002) y Zimmermann (2004), respectivamente.

Las universidades venezolanas fueron ambientes más acogedores con los extranjeros que los abogados como profesión. También sabemos que vinieron a Venezuela por la persecución o la difícil situación de sus patrias de origen. Por supuesto, tuvieron choques culturales, algunos de los cuales contaban como anécdotas, que para los venezolanos eran graciosas pero que podían significar una dificultad o disgusto para el extranjero⁵. Más se ha escrito sobre cómo influyeron en difundir un estilo académico sobre todo en aquellos que éramos los jóvenes profesores que trabajamos con los grandes maestros (por ejemplo, Njaim, 1980, sobre García Pelayo).

En resumen, la idea de que el derecho es una disciplina enteramente nacional y que su ejercicio profesional y su enseñanza estarán reservados a las personas con una formación en el país respectivo no es cierta. Los negocios y las ideas no están limitados a un país. En general, la experiencia de Venezuela fue muy positiva con la inmigración en general, y en particular, con haber recibido abogados y profesores de derecho extranjeros. Pero es cierto que este es un caso más bien excepcional. Otros países de América Latina no tuvieron la

⁴La información sobre profesores extranjeros en Venezuela viene de mi experiencia personal. Fui estudiante de Goldschmidt, García Pelayo, Moles Caubet, Granell y Di Stefano en la Universidad Central de Venezuela y colega de los otros mencionados. Anders Hallström me instruyó sobre métodos de investigación social y Victor Li-Carrillo, profesor peruano de filosofía, sobre la teoría de la argumentación. Como hablo desde mi experiencia personal no he podido mencionar la presencia de profesores extranjeros en otras universidades venezolanas.

⁵ La anécdota más divertida de la que hay testimonio escrito no es de un jurista sino de una escritora. Isabel Allende contó sobre la experiencia de entrar a una panadería o una cafetería en Caracas. Sin duda para esta chilena no fue fácil adaptarse a la cultura del café (y a la manera de pedirlo) prevalente en Caracas de finales de la década de 1970. Estas anécdotas que pueden parecer banales y hasta chistosas, pueden ser obstáculos culturales serios para el extranjero que lo vive.

experiencia de haber recibido tan alto número de abogados y profesores de derecho y de otras disciplinas.

Abogados venezolanos expatriados

La otra cara de la moneda que nos interesa explorar ha sido la emigración de los abogados venezolanos. Los emigrados representan solo un segmento de la internacionalización de los abogados. En el derecho ha surgido un sector transnacional que atiende asuntos y negocios internacionales (Friedman, 2001). Los abogados que trabajan para las organizaciones internacionales como la Unión Europea, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio y la Organización Internacional del Trabajo, entre muchas otras, corresponden a este sector y son numerosos y crecientemente influyentes (Weiler, 2001). Usualmente los abogados que trabajan para esas instituciones se familiarizan con varios derechos nacionales y con las regulaciones propiamente internacionales. Las grandes firmas globales de abogados son otros actores privilegiados en este sector del derecho y de la profesión. También hay casos de grandes litigios que se llevan a cabo en más de una jurisdicción o que requieren abogados de varias jurisdicciones que deben tener la habilidad de comunicarse fluidamente entre ellos (Gómez, 2020).

El segmento transnacional de la profesión jurídica puede detectarse aun en organizaciones más reducidas. Por ejemplo, la empresa petrolera venezolana (PDVSA) fue una vez una importante transnacional. Entre los abogados que trabajaban en la consultoría jurídica de la empresa había un sector que se ocupaba de los contratos internacionales y los conflictos en distintos países donde la empresa desarrollaba su actividad. Este sector de los abogados manejaba idiomas extranjeros y estaban familiarizados con derechos distintos a los venezolanos y con los sistemas internacionales de arbitraje (Pérez Perdomo, 2001). En consecuencia, se puede ser un abogado transnacional sin cambiar necesariamente de residencia, aunque generalmente convirtiéndose en viajero frecuente.

El sector transnacional de la profesión existe en prácticamente todos los países. Requiere una formación especial que incluye aprendizaje de idiomas, vocación de estudio permanente, amplitud de mente para entender distintas culturas jurídicas y tal vez un cierto

gusto por lo exótico o al menos tolerancia por otras costumbres y culturas, pero no produce los traumas de la expatriación.

El fenómeno de la emigración de los abogados venezolana ha ocurrido como parte de un fenómeno más general de emigración. Ya en la década de 1990 comenzó la emigración de venezolanos y de extranjeros residentes en Venezuela que huían de la inestabilidad política y económica, y el incremento de la violencia delictiva. Esos factores se agravaron a partir de 1999 con el inicio de la revolución chavista. Se agregó un nuevo factor: la persecución política. Hacia 2005 había emigrado un millón de venezolanos. El flujo ha continuado acelerándose dramáticamente desde 2014 cuando la represión y luego la hiperinflación y la parálisis económica fueron factores concomitantes. Las estimaciones varían dependiendo de quiénes se cuentan como venezolanos que emigran. Los hijos y nietos de los numerosos inmigrantes del pasado frecuentemente son contados como nacionales que regresan al país de origen de padres o abuelos (y no como venezolanos, pues tienen la doble nacionalidad). Solo Colombia cuenta 1.800000 venezolanos en su territorio y son centenares de miles los que han emigrado a cada uno de los otros países de América Latina, a Europa y los Estados Unidos.

En los distintos trabajos consultados no he encontrado cifras discriminadas por profesiones y es probable que los abogados no sean los profesionales más propensos a la emigración. Las observaciones que siguen están basadas en estudios puntuales.

Capriles & Pérez Perdomo (2019) estudiaron los abogados graduados en la Universidad Metropolitana entre 2006 y 2016. La Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana es pequeña y nueva. La promoción de 2006 fue la primera. En el período de 11 años que fueron analizados, la universidad graduó 473 abogados (43 por año), lo que representa aproximadamente el 0.25 por ciento de los abogados graduados en el país en ese período. La Universidad Metropolitana comenzó a funcionar en 1970, es privada y sin fines de lucro. Está muy orientada hacia los negocios, el desarrollo tecnológico y la investigación. En los estudios jurídicos frecuentemente se usan casos y están orientados a la formación de competencias (en lugar de transmisión de conocimientos) y a la investigación pues se exige un trabajo de grado, que debe ser una investigación. Además, deben presentar

un examen comprensivo y deben alcanzar un alto nivel en el manejo del inglés. Estas exigencias son infrecuentes en los estudios jurídicos en Venezuela. La universidad ofrece flexibilidad curricular y son comunes los estudios simultáneos con otras carreras y los trabajos de grado interdisciplinarios.

El estudio realizado logró localizar 353 graduados, 63 por ciento de los cuales son mujeres. El 57 por ciento de los graduados trabaja fuera de Venezuela. Esto no es inusual en la Universidad Metropolitana cuyas carreras más numerosas son las ingenierías. Alrededor de dos tercios de los graduados de la universidad trabajan en el exterior. Están divididos básicamente por tercios entre Estados Unidos (34%), Europa (33%) y América Latina (30%). La sorpresa que deparó el estudio es que el 48 por ciento trabaja en el ámbito jurídico, bien sea en firmas de abogados, consultorías jurídicas u organizaciones no gubernamentales relacionadas con derecho.

El patrón de carrera más usual es que después de su grado en la Universidad Metropolitana o unos pocos años de ejercicio profesional, los graduados realizan estudios de postgrado y tienden a quedarse en los países donde realizan estos estudios. Este patrón es menos frecuente entre quienes se radicaron en otros países de América Latina, pues en este caso lo usual son los estudios de postgrado en Europa o los Estados Unidos.

Para un estudio sobre abogados venezolanos expatriados (Gómez, Guerrero & Pérez Perdomo, en curso) se realizó un grupo focal con ocho abogados residenciados en Miami, todos graduados en la Universidad Católica Andrés Bello. La escuela de derecho de esta universidad funciona desde la década de 1950 y es grande y prestigiosa. Gradúa un promedio de 170 abogados por año. Los abogados entrevistados también habían hecho postgrados en el extranjero, pero relacionaron más el impulso a la emigración con su experiencia profesional. Habían formado parte de firmas internacionales de abogados o trabajaban en la consultoría jurídica de una multinacional que los trasladó a los Estados Unidos.

El estudio de Gómez, Guerrero Rocca y Pérez Perdomo tiene como punto de comparación los abogados cubanos que se residenciaron en Miami a raíz de la Revolución

Cubana. En líneas generales fueron bien recibidos por las autoridades de Estados Unidos y Florida. No tuvieron dificultades de visa. El Estado de Florida y la barra de abogados le ofrecieron cursos para facilitar la presentación del examen de la barra. No fueron muchos quienes aprovecharon estas oportunidades. En contraste, los abogados venezolanos no han tenido esas facilidades, pero son numerosos los que trabajan como abogados en Miami y otras ciudades de los Estados Unidos. Por el momento solo tenemos hipótesis tempranas. Una de ellas es la diferencia de tiempo de las dos revoluciones. En 1959 o 1960 no había firmas internacionales de abogados en La Habana, los estudios de derecho en el extranjero, especialmente en los Estados Unidos, no eran usuales, y los abogados eran generalmente monolingües. Era la época del carácter nacional del derecho. En 2000 el mundo había cambiado y en Caracas había un sólido número de abogados cosmopolitas o transnacionales. La diferencia puede ser resumida con la palabra globalización.

Los cuestionarios que respondieron los abogados graduados en la Universidad Metropolitana, la conversación en el grupo focal de los graduados en la Universidad Católica y varias entrevistas personales llevan a la idea que la decisión de emigrar es difícil y que la adaptación a una sociedad distinta, con una cultura inusual para el emigrante, los requerimientos burocráticos asociados con visa de trabajo, nuevos empleos, asentamiento en una ciudad distinta y sobre todo las dificultades y engorros que implican los exámenes y demás trámites para la habilitación profesional, constituyen una verdadera carrera de obstáculos. Dentro de estos obstáculos está también la adaptación a un sistema jurídico y una cultura jurídica diferentes. Es un obstáculo que se refiere al carácter nacional del derecho. ¿Cuán grande es ese obstáculo? La respuesta va más allá del estudio sobre Venezuela y es el tema de nuestra conclusión.

Las tribulaciones de las golondrinas

Lo primero es reconocer las dificultades de la adaptación. Estas dificultades se presentan aun entre países cercanos que comparten segmentos de su historia y han tenido contactos frecuentes como Colombia y Venezuela. Abogados venezolanos en Bogotá me hablaron de las dificultades de adaptación a la cultura jurídica, más que al derecho. Por supuesto, hay muchas reglas de derecho diferentes y muchas otras similares, pero allí no

radica la dificultad. El lenguaje jurídico presenta también algunas diferencias, pero tampoco ese obstáculo es mayor. La manera como se presenta la legislación es distinta y las dificultades iniciales que esto ofrece no son despreciables. Las dificultades mayores venían de aspectos más intangibles de la cultura jurídica. La abogada venezolana entrevistada, con una experiencia considerable en Venezuela, debió apoyarse en abogados colombianos para muchas tramitaciones que en Caracas no le hubieran presentado dificultad. Otras dificultades provienen de aspectos culturales más generales. Una abogada joven con una fuerte especialización y con experiencia de trabajo en Venezuela se radicó en otro país latinoamericano y comenzó a trabajar en una firma relativamente grande. Lo que le llamó la atención fue el ambiente machista: había pocas abogadas y todas eran tratadas como algo menos que colegas por los abogados varones.

Las dificultades pueden ser aún mayores cuando se cruzan tradiciones jurídicas. Abogados latinoamericanos que hacen maestría en los Estados Unidos consideran como un aprendizaje adicional trabajar en una firma de abogados en ese país, pero es un aprendizaje doloroso, sobre todo en sus inicios. Un abogado peruano entrevistado valoró la experiencia, pero habló también de las dificultades. Se sintió relegado pues fue enviado a una oficina en el sótano. No era discriminación étnica porque compartía el sótano con una abogada alemana. Para ser ascendido a una oficina con ventana debió mostrar el valor de su contribución. La desconfianza frente a las capacidades de un extranjero no es una sorpresa. Dicho esto, cabe destacar que el creciente número de abogados extranjeros en los Estados Unidos muestra que las dificultades son superables.

El paso de una tradición a otra ha tenido una transformación importante. A finales de la década de 1960, Damaska (1969) mostró la diferencia de la educación jurídica entre Estados Unidos y Europa y advirtió las dificultades de los graduados europeos que comenzaban a llegar a las escuelas de derecho de los Estados Unidos. Merryman (1974), en un artículo más general, detalló la diferencia en la aproximación a la educación jurídica entre los Estados Unidos y la tradición romano canónica (especialmente Italia y Chile). Habiendo sido estudiante de la maestría en derecho en Estados Unidos en 1970 entiendo el choque porque lo he vivido. Pero estamos a casi cincuenta años de esos análisis. ¿Es todavía un obstáculo severo? Lazarus-Black (2017) concluyó afirmativamente después

un estudio con estudiantes de derecho extranjeros en varias universidades, pero los entrevistados en otros estudios recientes no lo mencionaron como obstáculo importante (Vides, Gómez & Pérez-Hurtado, 2011; Gil-McCawley, Ravid & Pérez-Perdomo, en curso). La disparidad puede ser explicada por el momento en que se realice el estudio: el choque puede afectar más al recién llegado. También puede ser atribuido tanto a la escuela de derecho de origen como a la escuela de derecho de recepción porque la educación jurídica ya no es uniforme en ninguna parte (Pérez Perdomo, 2019a, 2019b). El elevado número de abogados extranjeros que van cada año a hacer estudios de maestría y doctorado en las escuelas de derecho de los Estados Unidos muestra que ha habido convergencia y que las diferencias entre culturas jurídicas, y aun de tradiciones jurídicas, no impiden las comunicaciones entre ellas. El obstáculo tal vez sea menos severo que como lo anticiparon Damaka y Merryman hace cincuenta años. El derecho tal vez no sea tan nacional como una vez se lo pensó y aun las tradiciones jurídicas importen ahora menos que en el pasado.

Referencias bibliográficas

- Bauman, Jon. (1999). *Pioneering a global vision: the story of Baker & McKenzie*, Chicago, Harcourt Professional Education Group.
- Bohorquez, Julio Gaitán. (2002). *Huestes de estado: la formación universitaria de los juristas en los comienzos de estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- Capriles, Victoria & Pérez Perdomo, Rogelio. (2019). “Los abogados graduados en la Universidad Metropolitana de Caracas 2006-2016. Estudio de una cohorte profesional en tiempos de revolución”, *Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Vol. 6, No. 1, pp. 23-42.
- Damaska, Mirjan. (1968). “A continental lawyer in an American law school: Trials and tribulations of adjustment”, *University of Pennsylvania Law Review*, No. 8, pp. 1363.
- Dezalay, Yves & Garth, Bryant. (1997). “Law, Lawyers and Social Capital: Rule of Law Versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 109-141.
- Friedman, Lawrence Meir. (2001). “Erewhon. The coming global legal order”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2, pp. 347-364.
- Friedman, Lawrence Meir. (2011). *The human rights culture: A study in history and context*, Nueva Orleans, Quid Pro Books.
- Friedman, Lawrence Meir, Gómez, Manuel, & Pérez-Perdomo, Rogelio. (Eds.). (2011). *Law in many societies: a reader*, Stanford, Stanford Law Books.
- Gil-McCawley, Diego, Ravid, Italy & Pérez Perdomo, Rogelio. (Encurso). *The Stanford Program for International Legal Studies and the internationalization of Stanford Law School* (título provisorio).
- Gómez, Manuel. (2020). “Beyond borders and across legal traditions: the transnationalization of Latin American lawyers”. En: Zumbagen, P. (Ed.). *Oxford handbook of transnational law*, Oxford, Oxford University Press. (De próxima aparición).
- Gómez, Manuel, Guerrero Rocca, G. & Pérez Perdomo, Rogelio. (Encurso). *The internationalization and expatriation of Venezuelan lawyers*.
- Gómez, Manuel & Pérez-Perdomo, Rogelio. (2018). “Big law in Venezuela: from globalization to revolution”, *Big law in Latin America and Spain. Globalization and*

- adjustments in the provision of high-end legal services*, Londres, Palgrave Macmillan, Cham.
- Graham, Kyle. (2002). "The refugee jurist and the American Law Schools 1933-1941", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 4, pp. 777-818.
- Jamin, Christophe. (2011). "Le droit des manuels de droit ou l'art de traiter la moitié du sujet". En: Chambost, Anne-Sophie. (Ed.). (2016). *Histoire des manuels de droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Lazarus-Black, Mindie. (2017). "The voice of the stranger: foreign LL.M. students' experience of culture, law and pedagogy in U.S. law schools". En: Nafziger, James A. R. (Ed.). (2017). *Comparative law and anthropology*, Cheltenham, Edward Edgar.
- Le Bos, Yves-Edouard. (2019). "L'enseignement du droit par l' "École de l'Exégèse": Pourquoi tant d'ennui sur les bancs de l'université" En: M. Cavina (a cura de): *L'insegnamento del diritto (secoli XII-XX)*, Bologna, Il Mulino.
- Martin Frechilla, Juan J. (2006). *Forja y crisol, la Universidad Central, Venezuela y los exiliados*. Localizado en Internet. Aparentemente no publicado formalmente.
- Merryman, John. (1974). "Legal education there and here. A comparison", *Stanford Law Review*, Vol 27, pp. 859.
- Merryman, John Henry & Pérez Perdomo, Rogelio. (2019). *The civil law tradition*. 4th ed, Stanford, Stanford University Press.
- Njaim, Humberto. (1980). "Del vislumbre al oficio. Testimonio de un discípulo de García Pelayo". En: García-Pelayo, Manuel (1980). *Libro homenaje a Manuel García-Pelayo*, Vol. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos. (2003). *Rule of law o estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Pérez Perdomo, Rogelio. (2001). "Oil lawyers and the globalization of Venezuelan oil industry". En: Appelbaum, Richard, Felstiner, William y Gessner, Volkmar. (Eds.). *Rules and networks: The legal culture of global legal transactions*, Oxford, Hart.

- Pérez Perdomo, Rogelio. (2004). “Los abogados y la construcción de las naciones”, *El derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Caracas, UCAB & Tinoco, Travieso, Planchart, Núñez.
- Pérez Perdomo, Rogelio. (2018). “Educación jurídica y política en Venezuela revolucionaria”. En: González Mantilla, Gorki. (Ed.) *La educación jurídica como política pública en América Latina*, Lima, Palestra Editores.
- Pérez Perdomo, Rogelio. (2019a). “Educación legal y culturas jurídicas: comparación, trasplantes y resistencias”, *Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*. Vol. 6, No. 12, pp. 21-35.
- Pérez Perdomo, Rogelio. (2019b). “Lost in translation? Latin American lawyers-students in American law schools. Transplants and globalization”, *Oñati Socio Legal Series*, Vol, 9, No. 6, pp. 1078-1096.
- Salazar Ugarte, Pedro. (2006). *Democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Silva García, Germán. (2001). *El mundo real de los abogados y la justicia. IV. Las ideologías profesionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Tungnirun, Arm. (2018). *Practicing on the moon: globalization and the practice of foreign corporate lawyers in Myanmar*, Stanford, Stanford University.
- Vides, Marta, Gómez, Manuel, & Pérez Hurtado, Luis Fernando. (2011). “The American Way: Los abogados latinoamericanos como estudiantes de maestría en Estados Unidos de América”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, Vol. 44, No. 130, pp. 351-402.
- Weiler, Joseph H. H. (2001). “The rule of lawyers and the ethos of diplomats: Reflections on the WTO dispute settlements”. En: Porter, Roger, Sauvé, Pierre, Subramanian, Arvind & BevigliaZampetti, Americo. (Eds.). *Efficiency, equity and legitimacy. The multilateral trading system*, Washington, Brookings Institution Press.
- Wolf, Ernesto. (1945). *Tratado de derecho constitucional venezolano*, Caracas, Tipografía Americana.
- Zimmermann, Reinhart. (2004). “The emigration of lawyers from Hitler’s Germany: Political background, legal framework, and cultural context”. En: Beatson, Jack &

Zimmermann, Reinhart (Eds.). (2004). *Jurists uprooted. German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain*, Oxford, Oxford University Press.

JUSTICIA COGNITIVA Y DIVERGENCIA SOCIAL. RESISTENCIA PACÍFICA A TRAVÉS DEL TURISMO COMUNITARIO

Fernanda Navas-Camargo¹

ORCID: 0000-0002-4032-7070

Correo electrónico: jfnavas@ucatolica.edu.co

Resumen

Las actividades de Turismo Comunitario que realizan los pueblos indígenas asentados en las zonas rurales de Bogotá son un medio para lograr justicia social y cognitiva. Éstas han contribuido a la preservación del territorio, la memoria y las tradiciones, demostrando su cosmovisión, ligada a la concepción de una vida buena cuando se vive en armonía con la naturaleza y se valora esta perspectiva por encima de aquella que busca alcanzar la riqueza económica. A través de entrevistas semiestructuradas e historias de vida, se buscó comprender cómo esta forma de turismo permitió a la comunidad preservar lo que para ellos es valioso, a la vez que impidió la proliferación de construcciones urbanizadoras depredadoras. Las acciones se observan desde la Justicia Cognitiva y la Divergencia Social. El primero, debido al conocimiento válido producido in situ, y el segundo, como respuesta a la contradicción de intereses subyacentes al neoliberalismo y la cosmovisión indígena.

Palabras Clave: justicia cognitiva, divergencia social, turismo de base comunitaria, resistencia pacífica.

COGNITIVE JUSTICE AND SOCIAL DIVERGENCE. PEACEFUL RESISTANCE THROUGH COMMUNITY BASED TOURISM

Abstract

Community Based Tourism activities pursued by Indigenous peoples settled in rural Bogotá, is a means for achieving social and cognitive justice. It has helped preserve their

¹Lawyer and International Business Manager. PhD in Education for Integration and Sustainable Human Development. Professor from the Law Faculty of Catholic University of Colombia.

land, memory and traditions, demonstrating their cosmovision of a good life where being able to live in harmony with nature is valued above achieving economic wealth. Semi-structured interviews and life-history methodology were used to understand how these ways of tourism led the community to preserve what is valued for them whilst simultaneously detaining predatory construction expansion. Actions are observed under the scopes of Cognitive Justice and Social Divergence. The first because of the valid knowledge produced in situ, and the second as a response to the contradiction of interests lying beneath neoliberalism and Indigenous cosmovision.

Keywords: cognitive justice, social divergence, community-based tourism, peaceful resistance.

JUSTIÇA COGNITIVA E DIVERGÊNCIA SOCIAL. RESISTÊNCIA PACÍFICA ATRAVÉS DO TURISMO COMUNITÁRIO

Resumo

As atividades de Turismo Comunitário realizadas pelos povos indígenas assentados nas áreas rurais de Bogotá são um meio para alcançar a justiça social e cognitiva. Eles contribuíram para a preservação do território, da memória e das tradições, demonstrando a sua cosmovisão, que está ligada à concepção de uma boa vida quando se vive em harmonia com a natureza e valoriza esta perspectiva acima daquela que procura alcançar a riqueza económica. Através de entrevistas semi-estruturadas e histórias de vida, procuramos entender como essa forma de turismo permitiu à comunidade preservar o que lhes é valioso, ao mesmo tempo em que impediu a proliferação de construções urbanísticas predatórias. As ações são observadas a partir da perspectiva da Justiça Cognitiva e da Divergência Social. A primeira, devido ao conhecimento válido produzido in situ, e a segunda, como resposta à contradição de interesses subjacentes ao neoliberalismo e à visão de mundo indígena.

Palavras-chave: justiça cognitiva, divergência social, turismo comunitário, resistência pacífica.

Introduction

Southernizing knowledge implies recognizing the existence of ways of living and being that differ from the traditional westernized beliefs of economic wealth and individual success as the pursued way of life. Indigenous communities around the world encounter in their cosmivision that a good life is that in which it is possible to live in harmony with nature and acknowledge that it is more important to protect the land and the wellbeing of the society, than only having economic wealth for a few. Actions pursued under the principles of Community Based Tourism by Indigenous communities settled in rural Bogotá, is a means for achieving both social and cognitive justice because it has helped them preserve their land, memory and traditions, even though in the western world such way of living is perceived as poor and underdeveloped.

Each perspective is rooted in opposed beliefs and contradiction of interests. In sociology of law the concept of deviation is way too superficial when considering that criminal conducts are the result of the actions of an individual against the norm or the expectations of a given society, without acknowledging that the substantial problem lies in the contradiction of interests and to a lesser extent of values or beliefs (Silva-García, 2012). When bringing that conceptualization into the way diverse forms of tourism are being analytically approached, one can understand why scholars believe that ecotourism is able to offer an economic model and framework under which the development and protection of important ecologies are feasible, but that it is much more likely that it will serve as the Trojan horse of the global economy (McClanaham, Sánchez Parra, & Brisman, 2019) where destruction arrives disguised as development. Scholars have stated that tourism is the prime force today threatening Indigenous homelands and cultures encouraging exploitation, dislocation and desecration (Johnston, 2000). It is true that it has been so in many places, but it is also true that tourism is not the only activity or the most significant one in having those devastating results.

There is also evidence that if certain ways of tourism were to be approached from the perspective of the interests of the communities who develop them and not by the

perspective of neoliberal economic development, the discussions around tourism where to show far more positive outcomes. The purpose still relies in being able to achieve cognitive justice by acknowledging that all people can produce valid knowledge and it is needed to hear the voices of the cognitively marginalized and provide the chance to intervene in global debates (Goyes, Sollund, & South, 2019).

Therefore, this paper will present the case of three different Community-Based Tourism (CBT) initiatives developed, managed and maintained by the people from the community of Usme for decades. The Social Divergence theory is presented as a means of making awareness that making an observance from a different perspective leads to identifying underperceived realities. Different, diverse and divergent are positive and they just need to be observed from a different perspective and the three cases will be examined under its components.

The first component will analyze the meeting area or zone of interaction where people arrive guided by personal, social and context related conditions. Rural area of Bogotá is the first component. The second component is determined by the attitudes assumed by the actors in the given meeting area or zone of interaction in a determined historical moment. The second component are the Indigenous who inhabit rural Bogotá when living in violent and marginal context and transitioning into a society which recognizes their rights, their culture and it is making its own path into peace. The third component is the status under which the actor is identified, the purpose given to them and the expectations of the attributed role. The third component is the community becoming the hosts of leisure and tourism related activities where hospitality is definitive. The fourth and last component is the separation between the lines of action, ideologies and interests of the actors. That fourth component is presented in the divergence of understanding the activity of CBT in the south and in the north. Here in the south it has been positively perceived as a means of empowering women, safeguarding the environment, securing land ownership and having the consolidation of the community as a community (Navas-Camargo, Cubides-Cárdenas, & Caldera Ynfante, 2018). Whilst in the north, it is often called predatory.

The first component: Rural Bogotá

Colombia is a diverse territory. Its diversity underlies in several aspects such as the endogenous species, the cultural differences among its people, and the levels of access to basic services and fulfilment of fundamental rights such as education, decent work, and land access. For over 50 years this last trait has been the one responsible for escalating many of the conflicts still present in the country in terms of endemic violence.

Carlyle (1961) in his paper *Land Distribution and Tenure in Colombia*, tracked the publications made in local journals in 1959 about violence manifestations anticipating the explosion of wider violence manifestations (Carlyle Beyer, 1961). The forecast was accurate and the three most violent guerrillas in Colombian history appeared as a response to the anxiety showed by people regarding the social and economic injustice produced by the unequal land distribution and how it had been underestimated until then. The Armed Revolutionary Forces of Colombia known as FARC by its acronym in Spanish, were founded by 48 peasants in 1964 (Secretariado Nacional de las FARC-EP, 2018). A year later in 1965, the National Liberation Army, ELN by its acronym in Spanish initiated operations. Finally, the Popular Libertarian Army, EPL by its acronym in Spanish, was established in 1968 (Centro de Memoria Histórica, 2018).

Their established mission was to give a voice to the unheard by fighting against inequalities but according to the recorded data available at the Observatory from the Historical Memorial Center of Colombia, between 1988 and 2012, 95 terrorists' attacks occurred in Colombia and were perpetrated by 8 known guerrillas and 1 unknown guerrilla. There were 1555 victims from those confrontations of which 1012 were performed by FARC and 138 by ELN (CNMH, 2018).

The other ways of violence recorded in the Observatory are selective assassinations, war actions, attacks against the population, harm to civil goods, forced displacement, massacres, sexual violence and kidnapping. Violence continues to uproot thousands of people in Colombia despite the signed peace agreement between FARC and government in

2016, a situation which still has an incidence in internally displaced persons and positions the country as the one with the most displaced people even before Syria (UNHCR, 2017). Data showed that it had reached 7.7 million people by 2018 (El Tiempo, 2018). Around 53.000 new displacements occurred in the first half of year 2019, 39.000 of which were associated with the conflict and the other 14.000 with disasters (IDMC, 2020).

Along with the lack of equitable land distribution and conscious property restitution, social inequality represents a main problem in Colombia. The Gini index² historic data from Colombia show how general breaches within its people have prevailed over time. In 1976 Gini was at 0.51, ten years later the figure was 0.46, by 1996 the index was 0.48 (Departamento Nacional de Planeación, 2018), in 2008 it had gone up to 0.55 and by 2016 it descended again to 0.50 (Banco Mundial, 2018). As for land distribution, the available data based on the Gini Index for this sole aspect, it is shown that Colombia has one of the worst relations between equity and land distribution. In year 2000 the index was 0.85, and by 2012 it had increased up to 0.87 (Giraldo, 2015).

Given this reality, the peace agreement signed in 2016 between the Colombian government and the insurgent group FARC had as its first point “Towards a new Colombian field: Integral Rural Reform”, and declared that that reform is to set the foundations for a structural transformation of field contributing to solve the historic causes of the conflict and the unsolved matter of land property rights, particularly its concentration, peasants exclusion and backlog of the rural communities, which affects women and children especially (Gobierno Nacional y FARC-EP, 2016).

Other five points comprehend the complete agreement but instating this topic as the first one on the arrangement represents a huge message regarding the situation on the field and reinforces manifestations made about it. Land grabbing and exploitation of land is one of the central factors of forced displacement in Colombia, indigenous communities are

²Gini index measures the extent to which the distribution of income from people or households within an economy deviates from a perfectly equal distribution, being 0 perfectly equal and 1 implying perfect inequality (Banco Mundial, 2018).

especially vulnerable because mostly live on large collective territories that are rich in nature's resources (biofuel, petrol, coca) or are situated in strategic locations near the border (UNHCR, 2010).

Each of the particularities described above intent to show how difficult it is to compare what happens in one certain territory, in this case Colombia, with what happens in any other given place and to try to standardize the comprehension of a given topic, in this case, tourism and its variations.

Furthermore, the relationship a person has established with her/his territory is profound in the understanding that a territory determines the relationship established by individuals with the space they live in as a means to understanding what has shaped a person in its own uniqueness. The territoriality relation superimposes to the subjects and to the place where they have lived, where privileged experiences in relation to nature were produced, not necessarily pleasurable, which constitute a territory of relations where the subject has been born and endured (territory of origin) or where social and productive relations were established, are references that shape the image of oneself and to the aspirations about the reality in which the daily life experiences is framed (Ocampo Prado, Chenut Prado, Férguson López, & Martínez Carpe, 2017). Territory then means, the identity itself with which a person finds its meaning in terms of belonging and roots.

Colombia is now reaching a historical moment of high complexity, to which it arrives after surviving decades of violence, inequality and war with bloody facts linked to over 1755 guerrilla attacks which took place between 1965 and 2013, left millions of victims and victimizers, institutional uncertainty and multilayered inequality (Navas-Camargo & Cubides-Cardenas, 2018).

The second component: Indigenous community in rural Bogotá

Bogotá is the capital city of Colombia and is home for over eight million inhabitants. It's territory is about 163.663 hectares wide of which 122.257 hectares are rural (Alcaldía

Mayor de Bogotá, 2016). Administratively, Bogotá is divided in 20 localities. Usme is locality number 5 and its location is considered strategic and privileged because of its natural surroundings and closeness to urban Bogotá. The rural area of Usme encompasses 85% of the total territory and constitutes its greatest strategic strength in terms of sustainable production possibilities and systemic ecosystem services offered to the rest of the city. 18.483,9 hectares make up this territory, which is inhabited by more than 1,500 peasant and Indigenous Muisca families, who derive their livelihood from agricultural production. To have a better understanding of why or how tourism can be a way of land preservation, it is first essential to understand how land is distributed in Bogotá and which are the demographic characteristics of the people who live there.

Rural Bogota is a set of neighborhoods where diversity coexists, and inequality, violence and poverty persist. The three main localities that encompass rural Bogotá are Usme, Soacha and Ciudad Bolivar and according to official statistics of the National Department of Statistics (DANE, by its initials in Spanish), three out of ten people there, live in poverty. Nonetheless, they have the responsibility for providing and producing food and other ecosystem related services in supply of urban Bogotá. Those characteristics make Usme a place of convergence among diversity and this context has driven the people into creating a multiplicity of alliances and social networks with the aim of implementing protective actions. For example, the locality shelters, countless youth organizations, corporations and foundations seeking to face socially harmful behaviors such as youth delinquency, vulnerability of the public space, mismanagement of the environment from private companies as well as from the district's administration.

The growing inflow of people has caused cultural and social changes. First, the people who frequently stand in the territory are not all known, traditional meetings are less common, and the patron saint festivities are no longer celebrated. Additionally, the first features of insecurity, increased burglaries poor quality of urban facilities and limitations in access to education and health services are manifested (Pérez Martínez & Villamil Ruiz, 2018). What happens in this territory is also what happens along some of Colombia's extension where day to day life can be a struggle.

The main threat identified is the legal and illegal urban expansion on the peasant and Indigenous territory (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2018). The urban growth process in Latin America and the Caribbean has been characterized by a territorial planification that does not consider the natural resources nor the implications for the life quality of its people (LangebeckCuéllar&Beltrán Vargas, 2016). As a response to urban expansion, a first Community-Based Tourism initiative began to operate in Usme over 30 years ago, providing inspiration and have transformed themselves into what they are today. Despite the challenges faced by the inhabitants, the descriptions made are not a totalizing account of a community that for most part is comprised of families trying to live day-to-day, often displaced, negotiating poverty and the absence of state care, or the use of force methods by them as wrongdoing of their real means (ChacónTriana et al., 2018; ChacónTriana, Pinilla Malagón&Hoyos Rojas).

There is pride in the community and a desire to counter negative narratives (Berents& Ten Have, 2017) Members of a family first founded the Agroparque Los Soches as means to resist urban expansion, as well as a way of finding an activity that could keep the young members of the community away from gangs or such and they are proud of their peasant and indigenous roots characteristics. The rural community of Bogotá (which represents 0,2% of all inhabitants), is formed by peasants and Indigenous people from the Muisca tribes primarily, followed by natives of other corners of the country who have been displaced by violence and have been forced to migrate into Bogotá in search of shelter. Next to them, the former members of the revolutionary armed forces who quit weapons have settled in the housing opportunities provided by the government, and the migrants recently arriving have also found a place to stay in Usme, making it a situation not to be overlooked (PóloÁlvis& Serrano López, 2018).

The third component: community becoming the hosts of leisure and tourism related activities

The activity of visiting a place or traveling for recreation, pleasure or business was first regulated in Colombia through Law 300 of 1996, *General Law of Tourism*. In its first article, this law states that tourism should be recognized as an important industry for the country's development implying social growth for all its stakeholders. That law has been constantly updated and significant declarations have been made such as the avowal for it to be a tool for empowering and providing stronger participation for the local communities (MinCIT, 2003). Afterwards, in 2008, the country began to see tourism as an opportunity to place itself in the international arena, and through the program named *Colombia: world class tourism destination*, the development of community related activities was considered strategic (MinCIT, 2008).

By 2011 the concept of Community Based Tourism was introduced in the local context and the activity was called to be a *prosperity factor* (MinCIT, 2011). Tourism was installed within a democratic perspective that is only obvious if the people are able to make their own decisions and enjoy political, civil, cultural, social and environmental rights, among every other right. Such an approach is what Caldera (2018a) calls the Integral Democracy, that is, a kind of democracy understood as holistic and whole and that in which a human being is able to achieve their expectations thanks to the work being done by the State (Caldera Ynfante, Ávila Hernández, & De los Santos Olivo, 2018a). Later, it was contemplated as a development tool for the poor and the indigenous communities, which presented touristic potential, so microcredits for the development of the activity was to be granted (MinCIT, 2014). On 2018, the Gross Domestic Product (GDP) of tourism in Colombia had grown by 24% since 2012, and it had surpassed the growth presented by the general GDP of the country that had only grown by 17% (Portafolio, 2018).

This way, tourism has increasingly gained attention and it has helped both visitors and hosts to be more conscious about how to practice the activity. As stated by Emna, Meško, Dobovšek and Sotlar (2013), every present society faces environmental crimes as

one more of the many threats presented to human and wildlife given the endless exploitation of natural resources and pollution, therefore one should find ways to make peaceful resistance which can lead to positive outcomes and not just coding, pointing out or classifying what is wrong. Violations are present in various forms such as land grabs and forced displacement, loss of livelihoods, compromised access to water and other essential natural resources, environmental degradation, poor working conditions, exclusion from decision-making processes, cultural erosion and sexual exploitation of women and children (Barnett, 2011). Such violations are constantly present in the industry of tourism and are also commonly seen in the development of social interactions within Usme. Therefore, finding means of peaceful resistance for these undesirable outcomes, is to be valued.

Tourism has traditionally been linked to practices that result in human rights violations, negative impacts on the environment and cultural mistreatment. It has been widely discussed how that activity represents a profound disconnection from what a traveler finds at destination in this leisure activity, and the reality lived behind curtains by the locals who host them. Forced evictions in order to build airports, golf courses or hotels are usual in countries like Ghana, Indonesia or Philippines, and are particularly worrying for vulnerable communities such as the indigenous peoples or agricultural workers who don't hold title deeds of the lands they live in (Kamp, 2009). The same happens in the opposite side of the world in countries like Ecuador, Mexico (BBC News, 2018) and Colombia, and the anxiety of losing the natural resources and biodiversity, as well as the preoccupation of the natives being evicted from their lands is still latent. Natural non-renewable resources become tourist attractions which often result breached given the lack of policies and procedures which aim for their preservation, and what is understood as a sacred tradition for a determined ethnicity, is quickly transformed into a commercial product to be sold as a souvenir in what is known as the fastest growing services industry in the world (Eriksson, Noble, Pattullo, & Barnett, 2009), tourism. It is distinguishing in that industry to see underpaid, intermittent and unworthy jobs occupied primarily by women. Therefore, a well-founded fear exists around the development of tourist related activities and despite with much resistance, it has recently begun to be seen as an alternative to serve

as tool for poverty alleviation, but which needs to have better policy regulations incorporating a legal morality (Galán Galindo, 2016).

Nonetheless, tourism is still affirmed to be one of the main income sources for many developing countries and is called to be a key driver for socio-economic progress (World Tourism Organization, 2018), it is also one of the world's broadest employers providing work mostly for women and youth (Sheik, 2018). As stated by Campbell (2002), Forstner (2004), Markandya et al. (2005) and Vaughan (2002) in Dodds, Ali & Galaski, tourism is to be perceived as an effective tool which can help create *added* income into areas where conservation affects local populations' traditional livelihoods (Dodds, Ali, & Galaski, 2018), but it is not to be overseen the emphasis made in regards of identifying the activity as added, and not primary for in this way one can also understand why the actions are mainly pursued by women instead of men, as explained further ahead. The World Tourism Organization emphasizes the need of undergoing accomplishments in this industry and is emphatic in confirming that tourism in many developing and least developed countries is the most viable and sustainable economic development option because of its capacity of creating direct and indirect employment, more precisely one in every 12 jobs worldwide is tourism related (World Tourism Organization, 2010) or as much as one of every six people are employed in tourism in places like Malta (EUROSTAT, 2018). These facts show why is it important to pay closer attention to what happens in tourist related endeavors.

Community-based tourism lies its principles in the necessity of facing those negative impacts and providing a tool for the local communities to develop the tourism related activities under a frame of communitarian cohesion. CBT is an endogenous alternative to outsourced tourism strategies in poorly developed regions, which enables the creation of specific destinations that allow local communities to generate wealth with a new complementary activity, never a substitution, of the traditional dominant one. It is, therefore, a form of sustainable tourism based on the community that aims to satisfy the needs of both residents and current tourists without compromising the needs of future generations, who live or visit the tourist destination (Álvarez-García, Durán-Sánchez, & Del Río-Rama, 2018). One of its main characteristics is that activities are initiated by their

own, and not imposed by external actors. Also, in addition to the traditional undertakings of tourism linked to leisure and the use of free time, this kind of tourism allows the visitor to have an educational experience. It is one of the purposes of those undertakings to have the visitor learn new ways of being and new ways of doing things while showing respect for local traditions. Through CBT activities it is possible to live a true intercultural experience, understanding that interculturality is to be conceived as a means for creating a better, more understandable and peaceful society where the voice and the diverse opinions are taken into account, all of which should be appointed into consolidating a better, more wholesome community (Navas-Camargo & Montoya Ruíz, 2018).

The fourth component - divergence in the understanding of CBT in the south and in the north

A community leader from Usme learned about Community-Based Tourism through a visit made to another region of Colombia back in the 1980`s and was able to connect his own people with the principles of this activity. On an interview with him, he narrated over which epitomes the Agroparque Los Soches was founded. Mr. Villaba stated in a personal conversation on March 17, 2012 that:

I started writing little things that could come up with a project, so I put the name, „Los Soches“ came out, I don´t know where it came from... the imagination. Then Agroparque and I left the name because here in the village, Soches is the name given to the moorland deer`s. It`s a deer that existed here.... we needed to do something that gave strength to the land and not be urbanized. It had to have four aspects. A social aspect, you have to do a job with the social community, here the one who had money overlooked the other ones, so it was important for all of us to know that we are all human beings, and all human beings are worth the same, because of who we are and not because of what we have. The other aspect I said is to be important is the environment, we needed to do something to protect the environment, so it was also written down. The other thing was the cultural part because we had to get back our roots, we were losing our peasant and indigenous identity because of being so close to the city, and for us it was important to preserve that identity. And the other aspect was the economical, because if a project didn´t generate resources, you can´t live out of illusions.

Those four aspects were established and from there I began to manage the project (Villalba, 2012).

Agroparque Los Soches was then initiated over the visualization Mr. Villaba had, and became the first tourism related activity to be offered in Usme. Communitarian work and self-management of the territory, in order to welcome foreigners into short visits which at the same time permitted a learning experience for both sides. They have been carrying on this idea over time, and even though the location where operations take place doesn't compare to what an experienced tourist might expect given the deterioration it presents, they managed to have a recognition from the government and were able to stop the proliferation of urban constructions that would have forced them to live in what they called “matchsticks boxes who would have killed them in life”. Hence the local community welcomed the initiative, women found themselves to be much more appealed to the idea of having such an activity where hospitality was a centerpiece and the creation of crafts and agriculturally derived goods were to be commercialized. Men had a greater disposition to perform duties based on body strength, like preparing the ground for agriculture, working the land and raising the animals; perhaps as a way of detaining power. Consequently, crafting, cooking, hosting and guiding visitors was a responsibility carried out by women, and thanks to them that same initiative has expand into other districts within Usme. What began in a single community (in the District of Agroparque Los Soches), was then also pursued by women from other areas leading them to have a broader offer in regard to CBT within Usme.

Circuits along the territories are guided by the locals, through which visitors are invited to “live the experience” of being a peasant for a day. In *La Requilina*, tourists are able to visit 12 different farms after paying something between \$7 and \$10 US dollars, depending on the activities they want to access. Each farm belongs to a different family who holds a distinctive tradition, for example in one of them visitors can learn to grow or harvest onion, quinoa, coriander or beans, in some others they have the chance to make crafts and knitwear using local sheep's wool. *Agroparque Los Soches* specializes in guiding

tourists through paths alongside *Páramo de Sumapaz* (Moorland Sumapaz) where it's possible to see and learn about plants and birds' diversity.

The country's biodiversity has a magnificent disclosure through birds, being recognized as the world's country with the greatest diversity in bird species (Maldonado, et al., 2018). Hence bird watching has purveyed an opportunity to be incorporated within the possibilities of nature-based tourism. If the visit is guided by members of *Asociación Turismo Rural Comunitario Ciudad Bolívar* (The Rural Communitarian Tourism Association of Ciudad Bolívar), tourists are more likely to have a horseback riding experience, do some hiking, prepare cheese, soups, breads and meats arranged by the native traditions, as well as taste local fruits, legumes, root vegetables and honey. Each initiative has something to offer and the philosophy behind them is that of a consolidated community practicing an activity that enables them to stay in the territory they worship and pursue the works they like whilst simultaneously preserving nature, the environment and the local culture. It is a way of incorporating the diverse cosmovisions and pluralisms of cultures (Llano-Franco, 2016).

Agroparque Los Soches, La Requilina and *Asociación Turismo Rural Comunitario Ciudad Bolívar*, are the three most representative initiatives, of community-based tourism settled in rural Bogotá. They are all managed by women and among the success they are accountable for are being able to preserve their beloved territory and retaining the young people in the territory because of the development of an activity which made them feel proud of who they are, is noticeable. As stated by Goyes (2016), rural people suffer tremendously from environmental victimization and the best way to obtain sound contextualized knowledge of their environmental problems is to open dialog with them. The practice of advancing academic knowledge by the interaction with the knowledges of the marginalized and impoverished should be permeated by a teleological activist practice in which the end is not science or knowledge in itself but the prevention of harm (Goyes, 2016).

What has been done in rural Bogotá, can represent an answer to the call made by Brisman and South when stated that green criminologists have a lot to contribute with by documenting and registering the resistance presented to environmental crimes, made either by traditional sociopolitical organizations, the “omnipresent movements” or the “do it yourself” activism (Brisman & South, 2017: 107). Members of the local community have come together to “do for themselves”, what any political movement hasn’t been able to do for them and their accomplishments are noticeable. It shall also not be overseen that very few countries account for around 60%-70% of the world’s biodiversity, among them Brazil, Colombia, Ecuador, Peru, Mexico, Congo, Madagascar, China, India, Indonesia, Malaysia and Australia (Gossling, 1999). So, the work done by the community represents an impact of significant dimensions and through the identification of the varifold ways of taking part in the industry, communities have been able to empower themselves and are now managing tourism related activities as a means of land preservation, community consolidation and female empowerment. Women of these communities are the ones who have been preserving over the years the idea of practicing tourism related activities to maintain what is sacred for them.

A first visit to the territory was made in year 2012, accompanied by interviews with the leaders of the three initiatives was pursued as well as a process of tourism related capacity building was held. A follow up to the development of the initiatives throughout time was made until year 2018, finding that La Requilina has made significant changes which denote a learning process and an accommodation of their proposals to a market-oriented scenario without losing sight of their primary purpose of communitarian cohesion. Los Soches has suffered from disintegration of its members, and a small part of young men from the previous group have decided to work on their own. The majority is still represented by the women who are still working for the well-being of the community. The *Asociación Turismo Rural Comunitario* from Ciudad Bolívar, has widened their proposal and nowadays offer the possibilities of practicing diverse ways of tourism such as Ecotourism, Agrotourism, Community-Based tourism and Gastronomic Tourism.

Women are the ones responsible of widening the perspective they had over tourism-based opportunities and have been able to provide a new method for the activity. A multidisciplinary approach is then offered to a problem, which involves the self-proclamation of the human species as the holder of the right to exploit nature as well as other species (Sollund, 2018). The coping into new ways of living can then be perceived in a multi-layered way. First, because that resilience came as a response to prevent expulsion from their land and turned out to be something positive and previously unthought of. But also, because the female empowerment came subsidiary to their main intention of defending the territory.

Their actions have triggered the realization of a life project and therefore by being able to preserve what is important for them as a manifestation of liberty, freedom and life itself. Tourism is being developed from within as a means of peaceful resistance and through communitarian cohesion. Not only local domination from the State has been stopped, but also that kind of domination that comes from outside as a way of consensual foreign domination (Caldera Ynfante, 2018b), and which is very common in the tourism related industries.

Conclusions

The activities developed around the CBT initiatives in Usme, derived in a safeguard for environmental preservation, as well as the establishment of a communitarian sense of belonging, and personal growth. The intentions that Mr. Villalba had when creating Agroparque Los Soches have prevailed over time and the young members of the community found in it a way of making their lives purposeful through them being able to to detain urban expansion in what should be preserved territories. CBT has become a tool against the perpetration of wrongdoings against wildlife and humans.

In accordance with what Lynch (1990/2006) defined by green criminology, that is a variety of class related injustices that maintain an inequitable distribution of power while destroying human life, generating hunger, uprooting and poisoning the environment of all

classes, peoples and animals as cited in Goyes and South(2017); and following the indirect suggestion made by Brisman (2014: 29) when citing Halsey (2004) about how when “*criminalizing a behavior is a very poor way of reducing its occurrence*”, the strive is to present a positive perspective of tourism, knowing that it is an activity loved by almost everyone but that given the misuse of it has been derailed and doomed to be a representation of degradation. It is then proposed to engage in consciously planned, community involved and lead by, environmentally safe and culturally respectful, tourism activities as a way of detaining crimes against nature, and in a pursue to show the north how the traditional knowledges of the south are not to be overlooked.

Arriving into Usme has become easier overtime due the development of public transportation alternatives, but members of urban Bogotá resist visiting that territory. The security perception of that side of the city is negative and the social segregation characteristic in Colombia has a direct influence on the decision-making process. Those who belong to the upper socioeconomic levels are more likely to have tourism related activities somewhere else, so the chances of becoming a perdurable tourist attraction relies solely on few possibilities. Schools making field trips to recognize natural diversity, enterprises wanting to show corporate social responsibility by contributing to the economic development of a marginalized part of the city and foreigners who appreciate the natural scenery presented there, are the main visitors present in the initiatives. That is the reason why the economic income hasn't been comparable to other tourism related activities. But they are not poor and when we understand that the environment, the land, our culture and ourselves is all that we truly have, activities like CBT would be highly valued. It is a way of cognitive justice and an example of social divergence applied in a transdisciplinary reality that can help in the endeavor of crossing the bridge to narrow global divides by including multiple voices as stated in the southern criminology project (Carrington et al, 2019).

Acknowledgements

The present paper is part of the result of the research Project titled “Contemporary challenges for the Human Rights protection in posconflict scenarios – Phase II”. The Project belongs to the research line *Human Rights foundations and implementations*, from the research group *Persons, Institutions and Demands of Justice*, code COL0120899– type *A1* from *COLCIENCIAS*, Faculty of Law, Universidad Católica de Colombia.

References

- Adger, Neil W. (2000). "Social and ecological resilience: Are they related?", *Progress in Human Geography*, Vol. 24, No. 3, pp. 347-364.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2016). *Bogotá Mejor para Todos*. Retrieved from: <http://www.bogota.gov.co/article/temas-de-ciudad/desarrollo-economico/en-bogota-4.353-hogares-estan-en-la-ruralidad>.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2018). *Secretaría Distrital de Planeación*. Retrieved from Banco Distrital de Programas y Proyectos: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/download/24007/24452>.
- Álvarez-García, José; Durán-Sánchez, Amador & Río-Rama, María de la Cruz del. (2018). "Scientific Coverage in Community-Based Tourism: Sustainable Tourism and Strategy for Social Development", *Sustainability*, Vol. 10, No. 4, pp. 1-18.
- Asociación de Turismo Rural Comunitario Ciudad Bolívar. *Asociación Turismo Rural Comunitario Ciudad Bolívar*. <http://www.turismoruralcomunitario.org/atractivos/turismo-en-ciudad-bolivar/7-salidas-de-campo/50-tradicion-y-cultura>. Access: 2018-7-3.
- Banco Mundial. (2018, August 24). *Data Catalog*. Retrieved from World - All The Ginis 1950-2012: <http://search.worldbank.org/data?qterm=GINI&language=EN&op=>
- Barnett, Patricia. (2011). "Time for tourism industry to put human rights on its agenda", *Institute for Human Rights and Business*. Retrieved from: <https://www.ihrb.org/focus-areas/migrant-workers/commentary-tourism-industry-human-rights>.
- Berents, Helen & Ten Have, Charlotte. (2017). "Navigating Violence: Fear and Everyday Life in Colombia and Mexico", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 6. No. 1, pp. 103-117.
- Bollentino, Vincenzo; Alacyna, Tilly; Dy, Philip & Vinck, Patrick. (2017). "Introduction to Socio-Ecological Resilience", *Oxford Research Encyclopedia of Natural Hazard Science*, pp. 1-35.
- Brisman, Avi. (2014). "Of Theory and Meaning in Green Criminology", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 3, No. 2, pp. 21-34.

- Brisman, Avi & South, Nigel. (2017). "Criminología Verde Cultural". In: Hanneke Mol; David Rodríguez Goyes; Nigel South & Avi Brisman. *Introducción a la Criminología Verde* (pp. 97-127). Bogotá, Editorial Temis Obras Jurídicas & Universidad Antonio Nariño.
- Caldera Ynfante, Jesús Enrique; Ávila Hernández, Flor; & De Los Santos Olivo, Isidro. (2018a). "La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. Suppl. 2, pp. 75-97.
- Caldera Ynfante, Jesús Enrique. (2018b). *Sobre Independencia*. Retrieved from XIX Congreso Nacional, IX Latinoamericano de Sociología Jurídica:
http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/165/archivos/congreso-uba2018.pdf
- Carlyle Beyer, Robert Carlyle. (1961). "Land Distribution and Tenure in Colombia", *Journal of Inter-American Studies*, Vol. 3, No. 2, pp. 281-290.
- Carrington, Kerry; Dixon, Bill; Fonseca, David; Rodríguez Goyes, David; Liu, Jianhong & Zysman, Diego. (2019). "Criminologies of the Global South: Critical Reflections", *Critical Criminology*, Vol. 7, No. 1.
- Centro de Memoria Histórica. *Centro de Memoria Histórica*. Retrieved from: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/>. Access: 2018-5-7.
- Centro de Memoria Histórica. *Observatorio de Memoria y Conflicto*. Retrieved from: <http://centrodememoriahistorica.gov.co/observatorio/bases-de-datos/>. Access: 2018-9-14.
- Chacón Triana, Nathalia; Pinilla Malagón, Julián & Hoyos Rojas, Juan Carlos. (2018). "La Protección De Los Derechos Humanos A La Luz De Las Nuevas Obligaciones Internacionales Frente A La Lucha Contra El Terrorismo", *Utopía Y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. Suppl. 2, pp. 152-161.
- Chacón Triana, Natalia; Rodríguez Bejarano, Carolina & Cubides-Cárdenas, Jaime. (2018). "Protección De Los Derechos Fundamentales Y Terrorismo: Dilemas En El Uso De La Fuerza", *Revista Espacios*, Vol. 39, No. 16, pp. 28-36.

- “Colombia volvió ser el país con más desplazados internos”. (2018, June 19). *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/colombia-volvio-ser-el-pais-con-mas-desplazados-internos-en-el-mundo-segun-la-acnur-232658>.
- Departamento Nacional de Planeación. (En línea). *Estudios Económicos*. Retrieved from EstadísticasHistóricas de Colombia: <https://www.dnp.gov.co/estudios-y-publicaciones/estudios-economicos/Paginas/estadisticas-historicas-de-colombia.aspx>. Access: 2018-4-4.
- Dodds, Rachel; Ali, Alisha & Galaski, Kelly. (2018). “Mobilizing knowledge: determining key elements for success and pitfalls in developing community-based tourism”, *Current Issues in Tourism*, Vol. 21, No. 3, pp. 1547-1568.
- Eman, Katja; Meško, Gorazd; Dobovšek, Bojan & Sotlar, Andrej. (2013). “Environmental crime and green criminology in South Eastern Europe-practice and research”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 59, No. 3, pp. 341-358.
- En seis años el PIB del turismo creció 24%. (2018, March 8). *Portafolio*. Recuperado de: <http://www.portafolio.co/economia/en-seis-anos-el-pib-del-turismo-crecio-24-515062>.
- Eriksson, Jenny; Noble, Rachel; Pattullo, Polly & Barnett, Tricia. (2009). *Tourism Concern*. Retrieved from: https://www.tourismconcern.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/LowRes_Putting-Tourism-to-Rights_A-report-by-TourismConcern2.pdf.
- EUROSTAT. (2018). *Tourism industries - employment*. Retrieved from: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Tourism_industries_-_employment.
- Galán Galindo, Astrid Rocío. (2016). “Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica”, *Novum Jus*, Vol. 10, No. 1, pp. 31-48.
- Giraldo, Omar Felipe. (2015). *Biodiversidad, Sustento y Cultura*. Retrieved from Acaparamiento de tierras en Colombia: <https://www.grain.org/es/article/entries/5249-descargue-la-revista-completa-biodiversidad-85-2015-3>.
- Gobierno Nacional y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz*

- estable y duradera.* Retrieved from <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.
- Gossling, Stefan. (1999). “Ecotourism: a means to safeguard biodiversity and ecosystem functions?”, *Ecological Economics*, Vol. 29, No. 2, pp. 303-320.
- Holling, Crawford S. (1973). “Resilience and Stability of Ecological Systems”, *Annual Review of Ecology and Systematics*, Vol. 4, No. 1, pp. 1-23.
- Internal Displacement Monitoring Centre. *Colombia*. <https://www.internal-displacement.org/countries/colombia>. Access: 2020-1-17.
- Johnston, Alison. (2000). “Indigenous Peoples and Ecotourism: Bringing Indigenous Knowledge and Rights into the Sustainability Equation”, *Tourism Recreation Research*, Vol. 25, No. 2, pp. 89-96.
- Kabeer, Naila. (1998). *Realidades trastocadas: las jerarquías de género en el pensamiento del desarrollo*. (1a ed.). Madrid, Paidós.
- Kamp, Christina. (2009). Human Rights – A Primary Responsibility, *Tourism Watch - InformationsdienstTourismus und Entwicklung*. Retrieved from: <https://www.tourism-watch.de/en/content/human-rights-%E2%80%93-primary-responsibility>.
- Keeves, J.P. (1987). Longitudinal Research Methods. In: *Economics of Education*. Oxford; New York, Pergamon Press, pp. 369-382.
- LangebeckCuéllar, Evelin Langebeck& Beltrán Vargas, Julio Eduardo. (2016). “Sustentabilidad territorial de los procesos de ocupación urbano-rural en la localidad quinta de Bogotá, Colombia”, *Gestión y Ambiente*, Vol. 19, No. 1, pp. 13-33.
- Llano-Franco, Jairo Vladimir. (2016). “Pluralismo Jurídico, Diversidad Cultural, Identidades, Globalización y Multiculturalismo: Perspectivas desde la Ciencia Jurídica”, *Novum Jus*, Vol. 10, No. 1 (ene-jun), pp. 49-92.
- Los lugares más hermosos del mundo que están amenazados por el turismo. (7 de mayo de 2018). *BBC News. BBC Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/05/160519_ciencia_medio_ambiente_pa_raisos_peligro_turismo_isla_everest_gtg.

- MacAskill, Kristen & Guthrie, Peter. (2014). "Multiple Interpretations of Resilience in Disaster Risk Management", *Procedia Economics and Finance*, Vol. 18, No. Suppl. C, pp. 667-674.
- Maldonado, Jorge H., Moreno-Sánchez, Rocío del Pilar; Espinoza, Sophía; Bruner, Aaron; Garzón, Natalia & Myers, John. (2018). "Peace is much more than doves: The economic benefits of bird-based tourism as a result of the peace treaty in Colombia", *World Development*, Vol. 106, pp. 78-86.
- McClanahan, Bill; Sánchez Parra, Tatiana & Brisman, Avi. (2019). "Conflicto, ambiente y transición. Colombia, ecología y turismo después de la desmovilización", *Crítica Penal y Poder*, No. 16, pp. 99-120.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT). (2003). "Plan Sectorial de Turismo 2003-2006", *Turismo para un nuevo país*, Colombia.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT). (2008, January). "Plan sectorial de turismo 2008-2010", *Colombia, destino turístico de clase mundial*, Colombia.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT). (2011, January). "Plan sectorial de turismo 2011-2014", *Turismo factor de prosperidad*, Colombia.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT). (2014, January). "Plan sectorial de turismo 2014-2018", *Turismo para la construcción de paz*, Colombia.
- Navas-Camargo, Fernanda & Zwerg-Villegas, Anne Marie. (2014). "Community Based Tourism: is this progress?", *Revista Ciencias Estratégicas*, Vol. 22, No. 32, pp. 249-259.
- Navas-Camargo, Fernanda & Cubides-Cárdenas, Jaime. (2018). "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en periodo de posconflicto: un reto por cumplir." In: Jaime Cubides Cárdenas & Tania Giovanna Vivas Barrera (Eds.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto y en etapas de posconflicto*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, pp. 261-280.
- Navas-Camargo, Fernanda & Montoya Ruíz, Sandra. (2018). "The Need of Having an Intercultural Approach, in the Welcome Mechanisms, in the Welcome Mechanisms of Migrants and Refugees in Bogotá. Policy Review, Learning from Others, Making Poposals", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, Suppl. 2, pp. 114-126.

- Navas-Camargo, Fernanda, Cubides-Cárdenas, Jaime, & Caldera Ynfante, Jesús Enrique. (2018). "Human rights encouragement through peaceful resistance initiatives in rural Bogotá", *Opción. Revista de ciencias humanas y sociales*, Vol. 34, No. 18, pp. 2101-2126.
- Ocampo Prado, Myriam; Chenut Correa, Philippe; López, Mayerlín Ferguson & Martínez Carpetá, Mabel. (2017). "Territorialities in transition: population displaced by the violence of the Colombian armed conflict resignifying the territory", *Psicología USP*, Vol. 28, No. 2, pp. 165-178.
- Pérez Martínez, Manuel Enrique & Villamil Ruiz, Edna Jessenia. (2018). "From the urban-rural territorialities to the transformations of the landscape: A case study in la requilina village, the town of usme, south of the city of Bogotá (Colombia), 1985 – 2016", *Revista Luna Azul*, pp. 285-310.
- PóloÁlvis, Sebastián & Serrano López, Enrique. (2018). "Nueva República, Nuevo Horizonte, Nuevo Porvenir: Las Migraciones Colombianas hacia Chile, 1990-2016", *Novum Jus*, pp. 165-188.
- Rodríguez Goyes, David. (2016). "Green Activist Criminology and the Epistemologies of the South", *Critical Criminology*, Vol. 24, No.4, pp. 503-518.
- Rodríguez Goyes, David & South, Nigel. (2017). "Green Criminology before „Green Criminology“: Amnesia and Absences", *Critical Criminology*, Vol. 25, No. 2, pp. 165-181.
- Rodríguez Goyes, David; Sollund, Ragnhild & South, Nigel. (2019). "Special issue. Towards global green criminological dialogues: Voices from the Americas and Europe", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 8, No. 3, pp.1-5.
- Romero, Laura Dulce & Téllez Oliveros, Verónica. (2014, August 12). "La Requilina, una historia de resistencia", *El Espectador*. Retrieved from: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/requilina-una-historia-de-resistencia-articulo-510049>.
- Ruiz-Ballesteros, Esteban. (2011). "Social-ecological resilience and community-based tourism: An approach from Agua Blanca, Ecuador", *Tourism Management*, Vol. 32, No. 3, pp. 655-666.

- Secretariado Nacional de las FARC-EP. *Quiénes somos y por qué luchamos*.
<https://www.farc-ep.co/nosotros.html>. Access: 2018-2-17.
- Silva-García, Germán. (2012). “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, *Derecho y Realidad*, Vol. 10, No. 19.
- Sollund, Ragnhild. (2017). “Doing Green, Critical Criminology with an Auto-Ethnographic, Feminist Approach”, *Critical Criminology*, Vol. 25, No. 2, pp. 245-260.
- Sollund, Ragnhild. (2018). “Tráfico y comercio de cuerpos humanos y animales: una perspectiva ecofeminista sobre delitos y victimización”. In: Hanneke Mol; David Rodríguez Goyes; Nigel South & Avi Brisman (Eds.). *Introducción a la Criminología Verde* (pp. 276-297). Bogotá, Editorial Temis Obras Jurídicas & Universidad Antonio Nariño.
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2010). *To lose our land is to lose ourself. Indigenous people and forced displacement in Colombia*. Retrieved from UNHCR. The UN Refugee Agency: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/EN/Indigenous_people_and_forced_displacement_in_Colombia.pdf.
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2017, March 10). *Forced displacement growing in Colombia despite peace agreement*. Retrieved from UNHCR. The UN Refugee Agency: <http://www.unhcr.org/news/briefing/2017/3/58c26e114/forced-displacement-growing-colombia-despite-peace-agreement.html>.
- Villalba, Belisario. (2012). *Narración acerca del surgimiento del Agroparque Los Soches* / Interviewed by Fernanda Navas-Camargo.
- World Tourism Organization. (2018, May 8). *Sharm Sheikh*. Retrieved from Opening Statement at the UNWTO Regional Conference on Human Capital Development in Tourism: New Perspectives in Egypt: <http://www2.unwto.org/content/opening-statement-unwto-regional-conference-human-capital-development-tourism-new-perspective>.
- World Tourism Organization. (2018, July 21). *Why Tourism?* Retrieved from Tourism – an economic and social phenomenon: <http://www2.unwto.org/content/why-tourism>.

World Tourism Organization. (2010, October 17). *Tourism and Poverty Alleviation*. Retrieved from The Special Position of Tourism in Poverty Alleviation: <http://step.unwto.org/content/tourism-and-poverty-alleviation-1>.

MIRROR BOX: ¿UNA REIVINDICACIÓN ESTÉTICA SOBRE EL CAPITAL ERÓTICO DE LA MUJER?

Eduardo Andrés Perafán Del Campo¹

ORCID: 0000-0002-9981-2679

eaperafan@ucatolica.edu.co

Sebastián Polo Alvis²

ORCID: 0000-0003-2950-6710

sebastian.polo@urosario.edu.co

Jessica Lizeth Caro Pulido³

ORCID: 0000-0002-0886-2663

jlcaro86@ucatolica.edu.co

Resumen

Este artículo tiene como objetivo examinar algunos de los presupuestos que condicionan la posición de la mujer frente al capital erótico. Para lograr este objetivo, este trabajo establece un diálogo a nivel teórico que permite comprender algunas de las relaciones entre las nociones de lo erótico, la sexualidad y la transgresión en el campo artístico. Esta

¹Candidato a Doctor en Ciencias Sociales de la Universidad de Granada, España. Magíster en Estudios Políticos e Internacionales y Politólogo de la Universidad del Rosario, Colombia. Editor académico de la revista científica *NovumJus*. Profesor universitario e investigador del grupo de investigación en Derecho Público y TIC de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

²Maestrante en Economía de las Políticas Públicas de la Universidad del Rosario, Colombia. Politólogo de la Universidad del Rosario, Colombia. Docente y coordinador del Semillero de Migraciones Colombianas al Exterior (SEMICOEX) de la línea de investigación sobre Dinámicas y Asuntos Internacionales del Grupo de Estudios Políticos Internacionales (GEPI) de la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario.

³Maestrante en Historia y Memoria de la Universidad Nacional de la Plata. Antropóloga de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

discusión sirve como fundamento para deconstruir y evaluar la narrativa que sustenta el performance Mirror Box.

Palabras clave: campo artístico, capital erótico, estética, performance, sexualidad.

MIRROR BOX: AN AESTHETIC CLAIM ON THE EROTIC CAPITAL OF WOMEN?

Abstract

This article is aimed to explore some of the assumptions that condition the position of women in relation to erotic capital. To achieve this objective, this work establishes a dialogue at a theoretical level that allows us to understand some of the relationships between the notions of eroticism, sexuality and transgression in the artistic field. This discussion provides a basis for deconstructing and assessing the narrative that underpins the Mirror Box performance.

Keywords: aesthetics, artistic field, erotic capital, performance, sexuality

CAIXA DE ESPELHOS: UMA REIVINDICAÇÃO ESTÉTICA DO CAPITAL ERÓTICO FEMININO?

Resumo

Este artigo temo objetivo de examinar algumas das suposições que condicionam a posição das mulheres em relação ao capital erótico. Para atingir este objetivo, este trabalho estabelece um diálogo no plano teórico que permite compreender algumas das relações entre as noções de erotismo, sexualidade e transgressão no campo artístico. Esta discussão serve como base para desconstruir e valorar a narrativa que sustenta a performance da Mirror Box.

Palavras-chave: campo artístico, capital erótico, estética, performance, sexualidade.

Introducción

A mediados de 2016 la artista suiza Milo Moiré realizó una puesta en escena llamada *Mirror Box*, en Dusseldorf, Londres y Ámsterdam. Esta performance consistió en instalar una caja con espejos alrededor de su cuerpo desnudo e invitar a los asistentes a que la tocaran mientras eran grabados por cámaras internas dispuestas al interior de la caja. Aun cuando la estructura de la caja en torno al cuerpo de la artista no dejaba ver al público su cuerpo desnudo y quienes se acercarán a tocarla debían ser mayores de edad, Moiré fue arrestada y encarcelada por 24 horas en Londres después de que algunos transeúntes solicitaran la intervención de la policía (Carreño, 2016).

El principal objetivo de la performance de Moiré fue reivindicar el derecho de la mujer para decidir quién accede a su cuerpo y quién no. Una performance que desarrolló la narrativa del derecho al consentimiento, que una mujer pueda decidir por sí misma cuándo puede ser tocada y cuándo no, asume una representación estética performativa y se transforma en un vehículo de denuncia política. A lo largo de este artículo el estudio de este performance se sustentará sobre la base de una aproximación teórica inicialmente constituida por tres autores: Foucault, Rancière y Bourdieu. El objetivo de este artículo es deconstruir *Mirror Box* desde una perspectiva crítica, comprender los elementos sobre los cuales está constituido, reflexionar sobre la estética del acceso al cuerpo de la mujer y evidenciar posibles conflictos y contradicciones que puedan surgir de la narrativa que sustentó la estética de dicha performance.

Poder, sujetos, capital

El historiador y filósofo francés Michel Foucault, en *El sujeto y el poder* define la biopolítica como un conjunto de técnicas y estrategias que sostienen un entramado social complejo al cual estamos todos sujetos como ciudadanos. Este entramado evoluciona, se defiende frente a posibles amenazas y se retroalimenta como un organismo vivo al cual todos estamos integrados; nuestra vida se sincroniza a diario con esta red y su poder emana del Estado. Es a través de este concepto que Foucault explica la presencia del Estado en

cada acción que realizamos, en cada palabra que decimos y en cada pensamiento que creamos. Cada acción de nuestras vidas es conducida por este poder y se adecua a los parámetros establecidos en el seno de la biopolítica. De esta forma se crean márgenes de acción a los cuales están supeditados nuestro razonamiento, nuestra emoción, nuestra identidad y nuestros cuerpos.

El poder de la biopolítica se desarrolla entonces sobre la vida cotidiana e inmediata que clasifica a los individuos en categorías, los designa por su propia individualidad, los ata a su propia identidad, convirtiendo a los individuos en sujetos. Sin embargo, el ejercicio de este poder es únicamente posible en la medida en que se logra ejercer sobre una idea paradójica: sujetos libres. Esto quiere decir que la apariencia de estos márgenes no puede parecer absoluta u objetiva, por el contrario, debe crearse una ilusión de la libertad sobre la cual los cuerpos puedan moverse y tener capacidad de decisión de forma aparentemente libre.

Si bien este poder está sustentado en una idea de aparente libertad, somete continuamente a los sujetos a procesos de objetivación y normalización que trazan y controlan los márgenes de acción del sujeto. De esta forma, tal como lo señala este autor, se consolida el Estado como una de las formas de poder más complejas y eficientes que ha existido en la historia de la humanidad en términos de técnicas y estrategias de individualización y totalización. Con individualización Foucault se refiere a seccionar, a crear márgenes de acción que establecen esa falsa apariencia de libertad respecto a cada una de esas instancias de nuestra vida. Respecto al concepto de totalización, Foucault lo sitúa como la creación de parámetros comunes a los cuales están atados los sujetos en el contexto de la biopolítica (Foucault, 1988).

Sin embargo, pensemos por un momento: ¿por qué el Estado es una forma de poder tan eficiente? Desde la aproximación teórica de Foucault, esto se debe precisamente a que la biopolítica crea márgenes de aparente libertad en donde es posible la subjetividad, mientras que, a su vez, mantiene a los sujetos encasillados en un sistema objetivo de conductas que son esperadas por parte del Estado. Cuando hay un sujeto que transgrede los

márgenes establecidos, se pone en marcha un complejo sistema de mecanismos encaminados a reacondicionar dicha acción transgresora. De esta forma el sistema se retroalimenta y se encuentra en un proceso de actualización constante, en donde las potenciales amenazas transgresoras son neutralizadas. Este proceso de neutralización de amenazas que podrían afectar los márgenes del sistema biopolítico, es comprendido desde Foucault (1988) como el acto de normalizar.

Algunos de estos actos de transgresión que llevan a cabo estos sujetos, pueden ser entendidos como reivindicaciones de la individualidad; procesos de resistencia que se enfrentan al poder objetivador de la biopolítica. Así aparece la posibilidad de subjetivación frente a lo objetivo (Foucault, 1988), un concepto que muestra la capacidad de performar lo subjetivo en contextos de objetividad estética. Es un proceso de lucha contra una forma de poder que crea márgenes de acción y ejerce vigilancia y control constante sobre las posibilidades de movimiento de los cuerpos. En este sentido, dichos sujetos que no aceptan las reglas de juego y reivindican su individualidad, se transforman en cuerpos transgresores que escapan de los márgenes establecidos.

Este acto de deshacer, de romper, de escapar de los márgenes de acción, es desarrollado por el filósofo francés Jacques Rancière (1996) en su libro, *El Desacuerdo: política y filosofía*, a través del concepto de *política*. Sin embargo, para definir este concepto, es necesario primero definir el concepto de *logos*. Logos es una condición que se posee, quien la detenta logra ser reconocido por otros como un igual. Logos es la condición que transforma la simple palabra fónica en un ordenamiento de carácter racional para que pueda ser comprendida por otro en una relación entre iguales racionales. Quien carece de logos representa al Otro que no es igual, aquel que no puede ser reconocido como par y no está autorizado para hablar, diferente al Nosotros que detenta el privilegio de la palabra racional y comprensible. Según este pensador, quien carece de logos está condenado al silencio absoluto o al ruido, pues sus palabras no tienen sentido, la narrativa que quiere expresar sus palabras no tienen lugar en la interacción entre iguales y es invisibilizada (Rancière, 1996).

La distribución de aquellos que poseen logos y aquellos que no, Rancière la denomina *partagey* quien distribuye y controla su posesión es la *Police*. Se trata entonces de una forma de asignar roles, de atar a los sujetos a márgenes de acción de objetividad, cuyo control es ejercido por agentes *policiales* que regulan la sujeción a dichos roles asignados con base en la posesión o desposesión del logos. Estos márgenes constituyen aquello que Rancière denomina “regímenes estéticos”, los cuales son lógicas dominantes alrededor de las cuales orbitan las posibilidades de sentir y expresar la sensibilidad.

En este punto, es necesario observar la diferencia entre los conceptos de política y pólíce, pues se trata de categorías antagónicas que persiguen objetivos diferentes. La *policía* es un orden de los cuerpos (márgenes de movimiento) que define las divisiones entre los modos de hacer, los modos de ser y los modos de decir. Le asigna a los sujetos lugares y tareas y establece qué es visible, qué no lo es y qué palabras son entendidas como pertenecientes a narrativas que hacen parte del Nosotros y qué otras hacen parte del ruido de los Otros (Rancière, 1996).

Por otra parte, la política requiere del encuentro y contraste de dos tipos de lógicas: la lógica policial y la lógica igualitaria. La política es entonces un modo de subjetivación que transforma las identidades definidas por el orden natural en una experiencia estética de confrontación, de desnaturalización, donde el sujeto se apropia de la autoridad de hablar y ser entendido como un ser racional. Esta forma de subjetivación se manifiesta a través de una puesta en escena, una performance que rompe con la distribución de lo sensible objetivada y visibiliza una narrativa invisibilizada. Tal como indica Rancière:

Hay política porque quienes no tienen derecho a ser contados como seres parlantes se hacen contar entre éstos e instituyen una comunidad por el hecho de poner en común la distorsión, que no es otra cosa que el enfrentamiento mismo, la contradicción de dos mundos alojados en uno solo: el mundo en que son y aquel en que no son (Rancière, 1996:42).

[La política] deshace y recompone las relaciones entre los modos del hacer, los modos del Ser y los modos del decir que definen la organización sensible de la comunidad las relaciones entre los espacios donde se hace tal cosa y aquellos donde se hace tal otra, las capacidades

vinculadas a ese hacer, y las que son exigidas por otro. Un sujeto político no es un grupo que "toma conciencia" de sí mismo, se da una voz, impone su peso en la soledad. Es un operador que une y desune las regiones, las Identidades, las funciones, las capacidades existentes en la configuración de la experiencia dada, es decir en el los repartos del orden policial y lo que ya está inscripto allí de por más frágiles y fugaces que sean esas inscripciones (Rancieré,1996: 58).

En este orden de ideas, la política se transforma en una forma de resistencia frente a los regímenes estéticos objetivados. Lleva en su seno el movice de la denuncia sobre la desigualdad que ha sido gravada de forma ontológica en la estructura objetivada de la sensibilidad. La distribución desigual de lo sensible o partagees la evidencia de una división entre agentes dominados y dominadores, entre *logos* y *phoné*, entre aquello que puede ser visto y aquello destinado a la invisibilidad. La política crea un puente de comunicación sensible efímero entre quienes poseen logos y quienes no, crea una audiencia frente a una narrativa que no debería ser escuchada y permite vislumbrar la desigualdad que emana de la estructura sensible objetivada.

La desigualdad y la asimetría en la distribución del logos en un espacio social, puede ser estudiado desde los planteamientos del sociólogo francés Pierre Bourdieu, para quien el espacio social es el escenario en donde se encuentran los campos, un terreno de disputa en el que los campos luchan por su legitimidad y definen y redefinen sus fronteras. Un campo es una estructura que posee una lógica y unas reglas de juego exclusivas, alrededor de la cual orbitan todos los elementos que le son propios al campo. Entre más autónoma sea la lógica del campo, más fuertes serán sus fronteras y podrán repeler aquellos elementos que no son reconocidos como propios. Los campos son también campos de batalla, donde hay luchas entre agentes por el monopolio del capital específico de cada campo. En caso que algún agente externo (profano) desee entrar al campo, debe actuar conforme a las reglas que están establecidas y reconocer como legítima la lógica en su interior (Amézquita, 2008).

Uno de los elementos principales de los campos es el capital, definido por Bourdieu como una "acumulación diferencial que poseen los agentes de acuerdo con la posición que

ocupen dentro del campo” (Amézquita, 2008: 95). La forma que asume la lucha que se presenta en los campos, es de una lucha por el capital. Quien posea el monopolio de ese capital puede establecer relaciones de dominación con los demás agentes. El monopolio del capital permite que los agentes dominantes puedan establecer y transformar las reglas de juego de ese campo y de esa manera ejercer y reproducir una forma de dominación particular (Amézquita, 2008).

Moreno (2015) retoma el concepto de capital de Bourdieu para pensar en un tipo de capital derivado del capital cultural: el capital erótico, su propuesta es considerar que la cultura corporal puede funcionar como un capital, a partir de la valorización de los atributos estéticos de los sujetos. El capital erótico traza unas pautas basadas en criterios uniformes de belleza, la legitimación sanitaria de la misma, con sus efectos en jerarquizaciones precisas de la vestimenta, las cuales permiten que el sujeto encarne en la estética de su cuerpo símbolos de diferenciación social. Sin embargo, tanto el capital cultural como el capital erótico no se encuentran necesariamente objetivados. Para que esas pautas sean interiorizadas por los sujetos en sus cuerpos, debe existir un consenso hacia las mismas, porque en la medida en que se comienzan a cuestionar los regímenes estéticos de lo erótico y del cuerpo, emergen focos de resistencia.

Las pautas históricamente construidas por los agentes dominantes en los campos se configuran como formas de decir, pensar y actuar específicas de cada campo. A esto lo llamó Bourdieu *habitus*, entendido como un conjunto de símbolos y prácticas dominantes que el sujeto interioriza y le permiten ingresar a determinado campo. Todas estas reglas de juego pueden llegar a verse plasmadas en el cuerpo del sujeto, pues es precisamente allí en donde podría constatararse visualmente de qué manera el sujeto ha interiorizado un *habitus* particular. En el cuerpo se inscriben las relaciones sociales de producción y dominación que intervienen en la exposición del cuerpo frente a la mirada de los demás sujetos en elementos como la forma de peinarse, la ropa, los gestos, la postura, etc. (Barrera, 2011).

Para Bourdieu, es el cuerpo en donde se somatiza la dominación y se teje la subordinación. Sin embargo, Bianciotti (2011) le pregunta a Bourdieu: ¿puede el sujeto

resistirse a esta estructura? Desde el concepto mismo de habitus se puede responder esta pregunta, pues en el habitus esas mismas pautas que el sujeto interioriza le ayudan a saber cómo debe jugar y cuáles son reglas que debe respetar para hacer parte del juego. El sujeto puede de esta manera reflexionar de forma crítica sobre la posición que ocupa en el campo, explorar estrategias de subjetivación e iniciar un proceso de reivindicación de su individualidad frente a una estructura objetiva.

Sin embargo, esta respuesta no convence del todo a Bianciotti (2011), de manera que propone como respuesta algunos de los planteamientos de la teoría feminista de la filósofa estadounidense Judith Butler, para quien más allá de saber cómo jugar el juego y realizar un proceso de reflexión crítica sobre la posición que se ocupa en el campo, la verdadera posibilidad de resistencia está en la capacidad performativa del sujeto. Un ejemplo de esta capacidad performativa del sujeto para resistir frente a regímenes estéticos del cuerpo se encuentra en el concepto que Butler propone sobre género:

Puede entenderse el sexo y el género como una construcción del cuerpo y de la subjetividad fruto del efecto performativo de una repetición ritualizada de actos que acaban naturalizándose y produciendo la ilusión de una sustancia, de una esencia. Tales producciones genéricas y sexuales se dan en el marco de la denominada por Butler, matriz heterosexual, es decir, un conjunto de discursos y prácticas culturales relacionados con la diferenciación entre los sexos, y encaminados a producir la heterosexualidad.

Como ejemplo del funcionamiento de esta matriz heterosexual, productora de cuerpos y géneros hétero, podemos observar las prácticas de crianza occidentales en las cuales desde que nace un niño o un niña, cada uno tiene un lugar y un papel determinado en el mundo: si es varón, por ejemplo, su ropa será azul, sus juegos estarán relacionados con la fuerza, la competencia y el poder (armas, carros, fútbol, caballos de madera etc.); tendrá menos restricciones en su movimiento (no usará vestidos largos e incómodos, faldas ni sandalias que por ejemplo le impidan subir a un árbol), el trato de los hombres de la casa hacia él tendrá cierto nivel de fuerza y temple; y por supuesto se le prohibirá en lo posible llorar („Los hombres no lloran“) o ser „afeminado“ (maquillarse, jugar con muñecas o con utensilios de cocina), así como expresar atracción o sentimiento estético por otros niños (Duque,2010:88).

El género es en sí mismo performance, una puesta en escena que exige una actuación reiterada en coherencia con la paridad de lo femenino y lo masculino. Entonces, si el sujeto a través de una puesta en escena en su cuerpo quiebra por un momento esta coherencia “natural”, podríamos encontrarnos frente a una forma de resistencia performativa. Una reivindicación individual respecto a la posibilidad de subjetivar la estética del cuerpo más allá de los márgenes heteronormativos. Una forma de establecer un canal de comunicación sensible entre quienes con su cuerpo reflejan la posesión de *logos* y aquellos cuyos cuerpos están condenados a la invisibilidad.

Representaciones sobre lo masculino y lo femenino

Retomando a Bourdieu, si es en el cuerpo donde puede verse plasmado el habitus que el sujeto interioriza y es allí en donde se inscriben las relaciones sociales de producción y dominación, pero a su vez según la postura de Butler el género es una puesta en escena, podría considerarse que la división entre femenino y masculino está basada en construcciones sociales sobre lo que para una determinada sociedad y en determinado momento representa lo masculino y lo femenino (Zaikoski, 2008).

Entonces, esta construcción binaria también recae sobre el cuerpo del sujeto. Se trata de una economía política de dominación del cuerpo en tanto objeto y blanco de poder, cuyo objetivo es crear cuerpos dóciles que desplieguen gestos productivos rutinarios, constituidos sobre la base del habitus (Soich, 2009). Las reglas que les son impuestas a hombres y mujeres establecen modos específicos de vestirse, de hablar, de caminar, de comportarse, de sentir, de desear y de pensar (Bustamente, 2011).

De esta forma, el habitus de lo femenino ha sido asociado a tareas y posiciones relacionadas con el ámbito privado, en donde el movimiento de sus cuerpos se ve condicionado, por ejemplo, por el factor reproductivo de dar a luz, a partir del cual se les encarga el manejo de los afectos y el cuidado de su familia. Mientras que el ámbito público, un lugar en donde las actividades, instituciones y formas de asociación se unen, clasifican y organizan, se encontraría dominado por el universo de lo masculino. Así, lo femenino se

relaciona con las funciones sociales de hermanas, esposas y madres, mientras que lo masculino asume un rol dominante de liderazgo.

Esta paridad parte de una visión esencialista con respecto a lo femenino y lo masculino, otorgando cualidades, por lo menos dentro de un orden social determinado, universales y eternas que se naturalizan dejando de lado el hecho de que se trata de construcciones sociales con base en el contexto histórico en el cual nacen. En esta medida, por ejemplo, disciplinas como el Derecho que tienen la capacidad de pensar ciertas conductas como delitos y desde allí utilizar su capacidad coercitiva y sancionatoria para controlar a los sujetos, contribuyen a la fijación de sentidos, como parte fundamental de la estrategia creadora del género (Zaikoski, 2000).

A partir de esta distribución de lo sensible, el Derecho, de acuerdo con nociones particulares de justicia (Agudelo y Galán, 2015), otorga o niega derechos a las mujeres, con base en las funciones sociales que cumplen dentro del entramado social. Así, el derecho contribuye a la creación de la anormalidad, teniendo como referente por un lado al varón y por otro al ideal de la mujer. Así aparecen las criminales, las prostitutas, las malas madres, las madres solteras (Zaikoski, 2008). El Derecho traza márgenes generales (Ramírez y Laureano, 2017) y tiene la capacidad coercitiva para castigar a quien los transgrede. Un ejemplo de esta condición se puede hallar lo sucedido a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, cuando se comenzó a sancionar la prostitución. Lo anterior no quiere decir que ésta no existiera antes de dichos siglos, sin embargo, es en ese momento en donde la idea de clases sociales se profundizó y se comenzaron a conformar sus capitales y se hicieron más notorias aquellas mujeres que atentaban contra las reglas de distribución y acumulación del capital erótico, cultural y económico, es decir contra los márgenes establecidos en el sistema biopolítico.

Sin embargo, ¿por qué eran tan trasgresoras estas mujeres? Porque sus cuerpos se distanciaron del ámbito privado, del control social de sus esposos, padres y hermanos, para irrumpir en el espacio público y transgredir las pautas de vestimenta y comportamiento, así como también expusieron el sexo, el deseo y la desnudez en el ámbito público (Zaikoski,

2008). Si bien es cierto que la prostitución podría ser considerada como un ejercicio u profesión generalmente aceptada y rastreable durante siglos, por lo menos en el ámbito privado, consideramos no la prostitución per se sino la exposición pública de lo erótico como el elemento trasgresor en el contexto señalado. Las prostitutas trasgredían la función social para el que las mujeres estaban designadas con base en su condición reproductiva y la exposición pública de una estética femenina moralmente proscrita las transformaba en objeto de sanción social. Por este motivo una de las primeras disciplinas que trató de contener la emergencia de la prostitución en el ámbito público, entre otras disciplinas, fue la medicina mediante el ejercicio de controles sanitarios que, de la mano de la sanción social normalizadora, continuaron con el proceso de trazar los límites de lo eróticamente admisible en público.

La emergencia de la prostitución, durante los siglos mencionados, también causó un gran impacto en el ámbito artístico desde el momento en el cual diversos artistas decidieron comenzar a representar la estética proscrita de la prostituta. Como referente se encuentra la *Olympia*, del pintor francés Édouard Manet (1863), una obra que, tomando como referencia a la *Venus de Urbino* de Tiziano, fue ampliamente rechazada por tratarse del cuerpo desnudo de una prostituta. Aunque el público aceptaba los desnudos en el arte, había un elemento en esta obra que era molesto, ese elemento era la visibilidad de un cuerpo destinado a la invisibilidad en el campo artístico, el cual contradecía la idea de lo culto y lo bello. Así comienza a introducirse el debate sobre las fronteras del erotismo y el desnudo artístico, ¿hasta qué punto dejaba de ser arte y comenzaban a ser representaciones más explícitas de cuerpos dispuestos para el sexo? (Cuello, Gentile y Mongan, 2011).

¿Erotismo o Pornografía?: La Prostitución llevada al campo artístico

La diferenciación entre erotismo y pornografía se da al interior del campo artístico, pues este campo es en general un lugar privilegiado, el cual está dotado de poder de representación o de manifestación y por lo tanto contribuye a objetivar y a hacer públicas ideas y propuestas sobre el mundo social. Es decir, esta discusión es un elemento propio del campo, en donde, tal vez, algunas visiones menos privilegiadas buscan trasgredir los

estereotipos ya establecidos sobre los desnudos y el erotismo para presentar su propia percepción y así, quizás, adquirir un lugar privilegiado en ese campo (Amézquita, 2011).

En esta medida, lo que define qué es pornografía y qué no lo es, más que el contenido, es la mirada, pues su base es formular representaciones del deseo. La pornografía es un reflejo del tratamiento de la sexualidad a partir de los estereotipos del placer, pues recoge las prácticas y reproducciones de lo que terminamos por creer que el sexo debe ser (Flores, 2011). La diferencia con la desnudez, el erotismo y la sexualidad en el arte es que más allá de reproducir las estrategias de dominación sobre el deseo de los sujetos el objetivo, muchas veces, es controvertir dichas estrategias desde múltiples formas de representación, dado que las sociedades no son estáticas y están en constante cambio a partir nuevos presupuestos estéticos y de nuevas prácticas sexuales (Roca, 2013).

Una forma de controvertir estas representaciones es precisamente la aportada por la artista Milo Moiré. Esta artista nació en Suiza, y desde niña se interesó por representar mediante imágenes a las personas y sus estados de ánimo. Estas ideas fueron moldeadas posteriormente por la psicología cognitiva y neurológica, disciplinas que estudió en la Universidad de Berna, en Suiza. Después de graduarse de psicología, Moiré decidió mezclar su interés por los elementos del cuerpo y su conocimiento sobre la psique humana en el campo del arte. Teniendo como una fuerte influencia a la artista serbia de la performance Marina Abramovic, Moiré decidió introducirse en la discusión sobre el contenido pornográfico en el arte. De allí que sus obras sean representaciones propias sobre la sexualidad, el cuerpo y el deseo (Moiré, 2017).

Para este artículo se analiza uno de sus performances denominado: “Mirror Box: A mirror box of consent in sexual activity”, realizado en 2006 en tres ciudades europeas: Düsseldorf (Alemania), Londres (Inglaterra) y Ámsterdam (Países Bajos). Esta performance es una crítica de Moiré frente a los robos y agresiones sexuales masivos cometidos por un millar de hombres a cientos de mujeres en las celebraciones de Año Nuevo del 2015 en la ciudad alemana de Colonia, principalmente, en los alrededores de la estación de tren. Agresores, en un aparente estado de embriaguez, se acercaron a las

mujeres víctimas y realizaron acercamientos y movimientos obscenos mientras les sustraían objetos personales que llevaban consigo. Según los testimonios de las víctimas, los responsables serían un grupo de refugiados. Sin embargo, la disputa fue avivada por cuenta de las declaraciones dadas por la alcaldesa de Colonia, Henriette Reker, quien dio consejos a las mujeres para enfrentar este tipo de situaciones: “siempre es una posibilidad mantener una cierta distancia, de más de un brazo, y no acercarse mucho a personas extrañas o con quien no se tiene una buena relación de confianza”. Asimismo, recomendó: “permanecer siempre en grupo y no irse con uno o con otro al dejarse llevar por la euforia de la fiesta” (Redacción BBC Mundo, 2016).

Aun corriendo el riesgo de introducirse en un debate tan álgido como lo es la crisis migratoria en Europa, el cual está condicionado por otro tipo de condiciones igualmente complejas (Salazar, 2017), Moiré señaló en una entrevista con *The Creators Project* que su performance no estaba encaminado a enardecer el debate, pues aunque se reconoce como hija de migrantes, también destaca que ante el alto flujo de migrantes hay una crisis real frente a la integración de los mismos en las sociedades a las que llegan. Pero esta no puede ser una excusa para que se violen los derechos adquiridos por las mujeres en esos países. Esto en la medida en que no se les puede pedir a las mujeres que se mantengan alejadas de hombres desconocidos, pues no son ellas las culpables de lo sucedido (Pillaut, 2016).

Para esta performance Moiré se inspiró en la obra de la artista feminista austríaca Valie Export, quien en 1968 con su performance *Tap and Touch Cinema*, utilizó una caja alrededor de sus senos para que los transeúntes se acercaran y tocaran sus pechos. Aunque esta performance fue realizada con otro objetivo, el de desafiar al público a involucrarse con una mujer real en lugar de imágenes en una pantalla, expresó la idea de un “cine expandido” que se saliera de los celuloideos y que llevara al público a interactuar con el cuerpo vivo del artista. Esto como una crítica al consumidor de cine moderno.

La performance de Milo Moiré consistió en utilizar sobre su cuerpo una falda o una camisa trapezoidal hecha de espejos con una abertura rectangular en la frente cubierta por una cortina roja y salir a las calles a invitar a los transeúntes, mediante un megáfono, a

introducir su mano en la abertura para que se acercaran a tocar sus genitales durante 30 segundos. Su mensaje era: “Estoy aquí hoy para defender los derechos de las mujeres y la autodeterminación sexual. Las mujeres tienen una sexualidad, al igual que los hombres tienen una. Sin embargo, las mujeres deciden por sí mismas cuándo y cómo quieren ser tocadas y cuándo no” (Canal MiloMoiré, 2016: 4m41s). Su principal objetivo era, entonces, utilizar el cuerpo femenino como un instrumento para cuestionar las estructuras de poder mediante la autodeterminación femenina y así que las mujeres fueran vistas como parejas sexuales y no como potenciales víctimas, según Moiré su objetivo era representar la naturaleza consensual de los actos sexuales (Pillaut, 2016).

Por otra parte, que la caja estuviera hecha de espejos y que además impidiera que los asistentes vieran lo que estaban tocando puede identificarse con la concepción del estadio del espejo de Lacan (1985) que aporta luces sobre las funciones del yo. El estadio del espejo es una identificación con el otro, una transformación que se produce en el sujeto cuando éste asume una imagen. Entonces cuando los espectadores no pueden ver lo que están tocando, pero si pueden ver sus reacciones en un espejo que tienen justo en frente, allí el sujeto se confronta a sí mismo y terminan por ser parte de la performance. Esa es precisamente una de las características más valiosas de la performance: involucra al espectador y lo interpela en sus creencias, en sus estereotipos, en las pautas y las representaciones que ha naturalizado para hacer parte del juego del campo.

El objetivo de la performance de Moiré es la provocación mediante la exhibición de unos genitales desnudos que invitan a ser tocados y que se confrontan con la idea de la desnudez y el sexo como parte de la esfera privada de los sujetos. A su vez, esta puesta en escena, hasta cierto punto, ilustra una realidad respecto a la posición de la mujer frente a la distribución asimétrica del capital erótico y reivindica su capacidad de decisión frente a quién puede acceder a su cuerpo. La narrativa detrás de esta performance se sostiene sobre la base de la denuncia de una estructura relacionada con el universo de lo sexual aparentemente desigual, en donde la condición de logos pareciera ser exclusiva de la población masculina. El cuerpo parcialmente desnudo de Moiré en el espacio público y la invitación, con una alta connotación sexual, a ser tocada bajo sus propias reglas, dan paso a

la representación de un cuerpo transgresor que impone en la mirada de los espectadores la aparente ruptura de la realidad erótica objetivada.

No obstante, no todos los espectadores se sintieron cómodos con esta performance, ni en todos los países le fue permitido realizarlo. En Londres la artista fue arrestada durante 24 horas por indignar la decencia pública y sentenciada a pagar una multa de 1300€. Pese a esto, Moiré señala que sus performances deben ser realizados en el espacio público pues es una forma de llegar a un mayor número de personas y no a un número limitado de consumidores de arte contemporáneo en galerías y otras instituciones de arte (Moiré, 2017).

Ahora, considerando que actualmente el sexo hace parte de una industria robusta que produce todo tipo de contenido y a la cual gran parte de la población mundial puede acceder casi de manera gratuita y considerando que, igualmente, existe una mayor exposición a los desnudos y a los contenidos eróticos en la publicidad, en diversos medios de comunicación y en muchos otros ámbitos que no tienen relación con la industria pornográfica: ¿por qué es tan molesto el desnudo de Moiré? El problema es que este tipo de performance también se relaciona con el concepto de *camp*, el cual es un culto a la exageración de las características sexuales, no sostiene que algo sea bueno o malo desde el juicio estético, sino que se vuelca a los placeres más vulgares y comunes, como tocar en público los genitales de una mujer, lo cual puede resultar molesto tanto para el arte en sí como para los espectadores (Sontang, 1964).

Además, tal como lo señala Foucault (2008) en *Historia de la sexualidad*, no por el hecho de que el sexo esté más presente en el discurso y sea mucho más visible que en el siglo XIX, quiere decir que se ejerza menos control sobre el deseo y el cuerpo de los sujetos. Esa es precisamente la trasgresión de Moiré, porque ella está haciendo público el desnudo y el acto de tocar los genitales de otra persona; está trasladando un acto privado al ámbito público. Además, está confrontando una de las principales formas de totalización que ejerce el sistema biopolítico sobre el cuerpo de la mujer, pues está decidiendo cuándo y de qué manera su cuerpo va a ser tocado.

Críticas frente a una transgresión institucionalizada

Partiendo de los ejercicios estéticos y sociales de Mirror Box como un acto que se alimenta de la estética de la prostitución que expone símbolos de lo privado en el escenario público como una forma de confrontación conductual sobre la sexualidad y el espacio público, vale la pena reflexionar sobre el peso discursivo de la estrategia para el ejercicio de transgresión de los valores de lo femenino y su respectivo rol en la sexualidad. Si bien el acto de hacer pública una conducta o práctica sexual es, para los fines de la performance, una iniciativa que no pretende corresponder a un patrón social establecido, tampoco implica que la labor expositiva de la puesta en escena cumpla con un propósito definido. A pesar de los elementos simbólicos en los que se basa, es necesario revisar si dicha motivación corresponde a la quintaesencia ulterior de la performance: la transgresión estética desde lo sexual de un orden social jerarquizado por lo masculino.

Ahora bien, si procedemos a revisar el acto de la prostitución como un símbolo que transgrede la feminidad institucionalizada, ya sea desde un aspecto conductual, social o estético, es necesario revisar algunos elementos que comprometen la fuerza y coherencia de dicha figura como elemento que refleja una liberalización heterodoxa del orden social de la mujer. En primer lugar, a pesar de que la existencia de un habitus puede condicionar las pautas y tendencias de conducta y comportamiento dentro de un entramado social que le vigila, domina y lo controla, es necesario comprender que dichos elementos culturales no son exclusivos para la definición de una identidad de lo sexual y lo femenino.

De acuerdo con Camille Paglia (1990) se señala a la naturaleza como la esencia de la sexualidad humana, siendo esta la principal fuerza opresora de quienes son sujetos a su poder dentro de un escenario cultural occidental. Partiendo de ese principio, Paglia resalta que la sexualidad se mueve entre lo dionisiaco -conductas viscerales, brutales y primitivas sobre lo sexual y lo impuro-, y lo apolíneo -siendo los escenarios de construcción racional, de los que pertenece la cultura y la estética-. Por lo tanto, si nos referimos a la figura de la prostitución como, en palabras de Butler, una puesta en escena transgresiva de lo femenino, el acto transgresor es parcial y no ataca el principio básico de la sexualidad del ser humano:

su propia naturaleza. Dicho ataque no determina un atentado real sobre la realidad inherente de quienes componen la sociedad, siendo estas pulsiones que están interiorizadas dentro de cada sujeto como elementos habituales, lo cual impide ver un elemento transformador dentro de esa misma figura performativa. A pesar de que Mirror Box se basa en un acto de confrontación sobre un cambio en la perspectiva de la mujer como un actor que también es activo -más no víctima- dentro de lo sexual, el acto performativo de confrontación se mantiene dentro de lo racional entendido como cultura y arte y, por ende, es substancialmente inofensivo a pesar de su propósito.

Ahora bien, si seguimos haciendo referencia del arquetipo feminista de la prostitución como figura de transgresión, también tiene un problema ontológico que reside específicamente en su propósito. Por una parte, en lo que respecta al erotismo como vehículo para poner en evidencia condiciones de opresión sexual de lo femenino, existen dificultades en garantizar la existencia de una carencia de poder de las mujeres en este ámbito. Georges Bataille (2017), en su libro “El Erotismo” reflexiona sobre el objeto del deseo y su poder, especificado en la particularidad del rol femenino al encarnar dicho fin:

En principio, un hombre puede ser tanto el objeto del deseo de una mujer, como una mujer el objeto del deseo de un hombre. No obstante, los pasos iniciales de la vida sexual suelen ser la búsqueda de una mujer por parte de un hombre. Al ser los hombres quienes toman la iniciativa, las mujeres tienen poder para provocar el deseo de los hombres. Sería injustificado decir de las mujeres que son más bellas, o incluso más deseables que los hombres. Pero, con su actitud pasiva, intentan obtener, suscitando el deseo, la conjunción a la que los hombres llegan persiguiéndolas. Ellas no son más deseables que ellos, pero ellas se proponen al deseo. Se proponen como objeto al deseo agresivo de los hombres. No es que haya en cada mujer una prostituta en potencia; pero la prostitución es consecuencia de la actitud femenina. En la medida de su atractivo, una mujer está expuesta al deseo de los hombres. A menos que tome partido por la castidad y se esfume del todo, en principio la cuestión es saber a qué precio y en qué condiciones ella cederá. Pero siempre, una vez satisfechas las condiciones, se da como objeto (Bataille,2017:99).

De acuerdo con lo anterior, si bien la transgresión está en la superación de actitudes y patrones de conducta determinados por un habitus, ¿no sería contradictorio comprender a las prostitutas como actores transgresores cuando su labor reside en la pasividad de la iniciativa sexual, la cual verdaderamente es coherente a una acción de iniciativa masculina que refleja lo establecido en torno al tema sexual? De lo anterior, es posible afirmar que la asunción de un rol pasivo de las mujeres en torno al tema sexual como parte de una realidad sexualmente social y performativa de lo femenino, en sí, no es plenamente desprovisto de poder alguno. Incluso, es una figura que se basa en un capital sexual para ejercer una dominación que se basa en un impulso no racional dentro de lo sexual sobre el hombre. Por ende, al retomar la figura de la prostituta, es posible afirmar que este arquetipo exterioriza de forma explícita el capital sexual de las mujeres, lo cual da una falsa ilusión de poder subyugado, cuando en realidad es dominante dentro de este campo. El poder que ejerce la mujer, de acuerdo con Paglia (1990), parte de su misma institución basada en un plano plenamente dionisiaco. A pesar de que Lamas (1993) se refiere a la prostitución como una figura patriarcal sujeta a un orden jerárquico enfocado al servicio sexual, afectivo o psicológico requerido por los hombres, esta perspectiva desconoce su poder como *sexual personae* sobre los hombres en el plano dionisiaco, en los que el hombre es sujeto a una condición ontológica de omnipresencia femenina:

Todo acto de copulación significa el rendimiento del hombre -un retorno a su madre- y termina al ella liberarlo después del orgasmo, lo que le permite escapar de nuevo. El tener relaciones sexuales significa para el hombre instantes de ilusión acerca de su triunfo sobre la mujer, mientras que de hecho él es el derrotado. Se encuentra demolido y liberado por la madre poderosa, la dragona de la naturaleza. En esta búsqueda y escape constantes de la omnipresencia sexual natural de la mujer -y probada por el reto a crear una identidad masculina independiente-, es la mujer el verdadero género central. Su dominio no es social o político sino metafísico, ya que su existencia fuerza al hombre a deambular ansiosamente por el mundo temeroso de ella (Bloch, 1994: 356).

Por lo tanto, a pesar del orden dionisiaco del dominio sexual de la mujer sobre los hombres, dicha dominación también influye dentro del plano racional de una sociedad, lo cual denota condicionamiento previo a la existencia del hombre dentro de un determinado

orden social. Entonces, el uso del arquetipo de la prostituta como elemento de liberación que refleja un ordenamiento social jerarquizado por un determinado género, es inoportuno y fracasa como vehículo transgresor de lo apolíneo, siendo a su vez reflejo de un poder mucho más omnipresente y determinante que la cultura misma.

Para finalizar, también es necesario revisar el arquetipo de la prostitución respecto al tema de la libertad sexual desde los postulados del feminismo. Si bien, al hablar de derechos y libertades tiende a referirse dentro de un orden primariamente liberal, la exigencia de esta se encuentra dentro de un plano entre lo social y lo político. Dentro de las diversas autoras que abordan el tema, tales como Hannah Arendt, la cual enuncia la existencia de luchas como las del feminismo como consignas de corte social que trascienden cualquier orden político, para Zerilli (2008: 25) puede que el abordaje de las luchas del feminismo como un tema de entero orden social genere la tendencia a generar una “sensibilidad antipolítica”. A partir de ello, y puntualizando al tema en cuestión del presente trabajo, el reclamo progresivo de derechos sexuales mantuvo una tendencia al proceso general de reclamo de derechos del feminismo en temas de justicia social, en los que “el reclamo feminista de libertad comenzó a adquirir la forma de un conjunto complejo de justificaciones” que tiende a estar más enfocado a la correspondencia a la solución de un problema social (Zerilli, 2008: 29). A partir de ello, retoma Zerilli, la reivindicación de la libertad dentro del feminismo se encuadra en lo que enuncia como una “cuestión de sujeto”, en la que la libertad se concibe como un elemento derivativo del sujeto como “modo de encuentro en el que se articulan todas las cuestiones políticas dentro de niveles filosóficos, lingüísticos y psicoanalíticos. Partiendo de ello, el feminismo apela al reconocimiento de la identidad y a la redistribución de los bienes sociales como principio básico de la justicia (Fraser, 1997).

Sin embargo, dentro del escenario político liberal, si nos basamos exclusivamente en el principio de los sujetos como nodo principal de todas las cuestiones políticas, es posible evidenciar que la misma libertad de la figura de la prostituta en el ejercicio de su poder demuestra una carencia argumentativa para reflejar un posible escenario de opresión. El mismo ejercicio de la profesión de la prostitución se basa en un principio de libertad

individual ampara por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y del trabajo, eso sin obviar que dicha profesión puede estar propensa a estar próxima a redes de economías y actividades ilegales que no son objeto de estudio en este trabajo.

Conclusiones

Como reflexión final del presente escrito, es posible enunciar que si bien existen estructuras sociales que condicionan el comportamiento de las mujeres como sujetos sociales de unos patrones conductuales, morales y estéticos, los cuales impulsan a que la oposición a lo establecido se base en principios performativos para cuestionar lo socialmente aceptado a lo que es ser mujer, tal como se denuncia a partir de la narrativa que sustenta la performance de Mirror Box, es de vital importancia también comprender que dichos principios parten de axiomas que no son plenamente aterrizados. Como elemento *sine qua non* para entender la identidad y la realidad propia de la mujer, debe comprenderse a la mujer holísticamente como realidad natural y cultural y pensar de forma crítica su posición respecto al capital erótico. Es allí, en el entendimiento que va más allá de la realidad performativa necesariamente transgresora, en donde está la verdadera respuesta a la libertad y el deslumbrante poder de la mujer.

Referencias bibliográficas

- Agudelo, Oscar y Galán, Astrid. (2015). “Derecho injusto: fórmula de universalización y Derechos Humanos”, *NovumJus*, Vol. 9, No. 2, pp. 111-136.
- Amézquita, Constanza. (2008). “Los campos políticos y jurídicos en perspectiva comparada: Una aproximación en respuesta a Pierre Bourdieu”, *Universitas Humanística*, No. 65, pp. 89-15.
- Barrera, Oscar. (2011). “El cuerpo en Marx, Bourdieu y Foucault”, *Iberofórum*, Vol. 1, No. 11, pp.121-137.
- Bataille, Georges. (2007). *El Erotismo*, Barcelona, Tusquets.
- Bauman, Zygmunt. (2005). *Vidas desperdiciadas: La modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- Bianciotti, María Celeste. (2011). “Cuerpo y género: apuntes para pensar prácticas eróticas de mujeres jóvenes. Aportes de Judith Bluter y Pierre Bourdieu”, *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, No. 6, pp. 70-82.
- Bloch, Avital. (1994). “La Cultura y el Misterio de la Sexualidad: La Crítica de Camille Paglia”, *Estudios sobre Culturas Contemporáneas*, Vol. 4, No. 17, pp. 353-359.
- Bustamante, Catalina. (2011). *Así bien señora: Construcción de identidad de género en dueñas de clase media alta en Santiago* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile]. http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2011/cs-bustamante_c/pdfAmont/cs-bustamante_c.pdf.
- Butler, Judith. (2011). *Mecanismos psíquicos del Poder*, Madrid, Cátedra.
- Cabrera, Juan. (2013). *La construcción social del deseo erótico en espacios de sociabilidad y ocio homosexual en Cali: Estudio de dos bares* [Tesis, Universidad del Valle]. <https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/handle/10893/5659/0461896-p.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Cuello, Juan, Gentile, Lucía y Mongan, Guillermo. (2011). *Porno modernidad: Representaciones visuales de las prostitutas en el siglo XXI* [Ponencia]. VIII Jornadas Nacionales de Investigación en Arte en Argentina, La Plata, Argentina.

- Disponible en:
http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4924/ev.4924.pdf.
- Fernández, José Manuel. (2013). “Capital simbólico, dominación y legitimación: Las raíces weberianas de la sociología de Pierre Bourdieu”, *Papers*, Vol.98, No. 1, pp.33-60.
- Flores, Cristina. (2011). “En el principio, el sexo: de pornografía y reproducciones simbólicas”, *Razón y Palabra*, No. 77, pp. 36 -60.
- Foucault, Michel. (1988). “El sujeto y el poder”, *Revista Mexicana de Sociología*, Vol.50, No. 3, pp.3-20.
- Foucault, Michel. (2008). *Historia de la sexualidad: la voluntad del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- Fraser, Nancy y Honneth, Axel. (1997). *¿Redistribución o Reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata.
- Gutiérrez, Griselda. (2008). “Violencia sexista: de la violencia simbólica a la violencia a la violencia radical”, *Debate feminista*, Vol.37, pp.34-48.
- Lacan, Jacques. (1993). “El estadio del espejo como formador de la función del yo tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica”, *Escritos*, T. I, pp. 86-93.
- Lamas, Marta. (1993). “El fulgor de la noche: algunos aspectos de la prostitución callejera en la ciudad de México”, *Debate Feminista*, No. 4, pp. 105.
- Los detalles que se conocen del masivo y organizado ataque contra mujeres que tiene indignada a Alemania. (07 de enero de 2016). *BBC MUNDO*.
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160107_alemania_colonia_detalle_ataque_masivo_agresiones_sexuales_mujeres_anio_nuevo_lv.
- Moiré, Milo. (2017). *Mirror Box* [Performance]. Recuperado de <http://milomoiré.com/en/mirror-box/>.
- Moreno, José Luis. (2015). “Qué nos enseña el Capital Cultural para pensar en el Capital Erótico”, *Educação & Sociedade CEDES*, Vol.36, No. 130, pp.161-179.
- Paglia, Camille. (1990). *Sexual Personae: Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*, New Haven, Yale Press.
- Peña, Wilmar. (2009). “La Violencia simbólica como reproducción biopolítica del poder”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Vol.9, pp.62-75.

- Pillaut, Théophile. (2016). “Artist Milo MoiréonSexism, Nudity and Psychology”, *Vice*. Recuperado de https://www.vice.com/en_us/article/d749bj/milo-moire-sexism-nudity-psychology-interview.
- Rancière, Jacques. (1996). *El Desacuerdo: política y filosofía*, Buenos Aires, Nueva Visión.
- Roca, Sanchis. (2013). *Pornografía y Erotismos en el Arte*, Valencia, Univeritat Politècnica de Valencia: Facultat de Belles Arts Sant Carles.
- Salazar, María. (2017). “Incidencia de las normas internacionales para la protección de los trabajadores migrantes irregulares en Colombia”, *NovumJus*, Vol. 10, No. 2, pp. 89-101.
- Soich, Darío. (2009). *El Cuerpo como antidisciplina: las miradas de Foucault y de Certeau*. VII Jornadas Rosarinas de Antropología Sociocultural. Escuela de Antropología, Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina.
- Sontang, Susan. (1964). “Notas sobre lo camp”, *PartisanReview*, Vol. 31, No. 4, pp. 515-530.
- Zaikoski, Daniela. (2008). “Género y Derecho Penal: Tensiones en el interior de sus discursos”, *La Alijaba*, Vol. 12, pp. 121-129.
- Zerilli, Linda. (2008). *El Feminismo y el abismo de la libertad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

DESDE UNA VENTANA DE REDES SOCIALES: REFLEJOS VIOLENTOS Y PROYECCIÓN ARMADA

Patricio Rosas Ortiz¹

ORCID: 0000-0002-5340

Correo electrónico: prosas@derecho.uchile.cl

Resumen

Un adolescente, cargando tal adjetivo de carencia en su propia etapa biográfica, sostiene un arma de fuego en sus manos. Y luego de amenazar, la carga y la dispara al aire, en un barrio carenciado, juntos a dos compañeros, desde un vehículo robado en movimiento. Otro, lo transmite en tiempo real en una red social, al sonido de una canción del género *Trap*. A algunos da miedo, pena, impotencia. A otros, provoca, indigna o empuja. Pero a todos, nos ofrece la oportunidad de asomarnos, en clave sensorial, descriptiva y hasta crítica, a cuestionarnos su exposición en construcción de personaje compartido en nuestras realidades deprivadas², de valoración identitaria consecuente a nuestras estructuras de consumo y ostentación, en una búsqueda de verse a sí mismo, como en espejo reflejado, para que también otros lo vean, respeten y hasta le teman, pero sin miedo (o sin la esperanza) de que el Estado lo vea o lo siga viendo, así como siempre ha pasado inadvertido, por las agencias proteccionales y educativas, y en peor medida, por los organismos de persecución y control. Confluyen así, de manera paradigmática, diversos elementos de naturaleza socio-criminogénica reflejados en una imagen representativa casi arquetípica en una red social. En la reflexión de la medida de responsabilidad que tiene el Estado en la anomia contextual de nuestros barrios críticos, y la mención de su eventual poder de intromisión en la exhibición pública, apreciando en ella, la pasividad ante la necesidad de ostentación o de reflejo y proyección social de ciertos individuos.

¹Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Doble Magister en Derecho por la misma casa de estudios. Egresado de los Cursos Intensivos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Criminología en la Universidad de Chile. Se desempeña profesionalmente como Fiscal Jefe en el Ministerio Público Fiscal de Chile.

² Del Inglés, *Deprive*. Según el contexto: “Carencia”, “deshabitación”, “pérdida”, “Privación”.

Palabras clave: violencia armada, proyección, armas de fuego, etiología criminológica

FROM A SOCIAL MEDIA WINDOW: VIOLENT REFLEXES AND ARMED PROJECTION

Abstract

A teenager, (in Spanish, “adolescent”) carrying such adjective of lack in his own biographical stage, holds a fire gun in his hands. After threatening, he charges it up and shoots it into the air, in a poor neighborhood, with two partners moving in a stolen car. Another one, broadcast it alive on a social media, along with a “Trap” song. To some, this makes them feel scared, sad, helpless. To others, provokes, infuriates, pushes. But, to everyone, it gives us the opportunity to look out, in a sensorial, descriptive and even critical key, to question our self his exposure in the construction of a character shared in our deprived realities, of identity valuation consequent to our consume and ostentation structures, in a search of watching it self, as a reflected mirror, to others watch it too, respect it and even fear it but without the fear (or without the hope) that the State sees it or keeps looking at it, just like it always has been unseen, by the protectional and educative agencies, and far worse, by the persecution and control agencies. That is how come together, in a paradigmatic way, different elements of social and criminogenic nature reflected on a representative image, almost archetypal in a social media. How much responsibility the State has in the contextual anomie of our critical neighborhoods, and what is the eventual power of intromission in the public exhibition that obeys to the need of ostentation or reflect and projection of certain individuals?

Keywords: armed violence, projection, fire guns and weapons, criminological etiology

EM UMA JANELA DE MÍDIA SOCIAL: REFLEXOS VIOLENTOS E PROJEÇÃO ARMADA

Resumo

Um adolescente, portando tal adjetivo de falta em seu próprio estágio biográfico, segura uma arma de fogo nas mãos. E após ameaçar, ele a atira e a atira no ar, em um bairro pobre,

junto com dois colegas, de um veículo em movimento roubado. Outro transmite em tempo real em uma rede social, ao som de uma música do gênero Trap. Alguns estão com medo, tristes, desamparados. Para outros, provoca, ofende ou empurra. Mas a todos nós, oferece-nos a oportunidade de espreitar, em chave sensorial, descritiva e mesmo crítica, de questionar a sua exposição na construção de um carácter partilhado nas nossas realidades privadas, de valorização identitária consequente das nossas estruturas de consumo e ostentação, na procura de ver-se como num espelho refletido, para que os outros também o vejam, o respeitem e até o temam, mas sem medo (ou sem esperança) de que o Estado o veja ou continue a vê-lo, como sempre passou despercebido, por agências de proteção e educação e, em um grau pior, por agências de acusação e controle. Assim, convergem vários elementos de natureza sócio-criminogênica, de forma paradigmática, refletida em uma imagem representativa quase arquetípica em uma rede social. No reflexo da medida de responsabilidade que o Estado tem na anomia contextual dos nossos bairros críticos, e na menção do seu eventual poder de ingerência na exposição pública, valorizando nela, a passividade perante a necessidade de ostentação ou reflexão e projeção social de certos indivíduos.

Palavras-chave: violência armada, projeção, armas de fogo, etiologia criminológica.

“La violencia es padre y rey de todo”

Heráclito

“La vida nace de la violencia.

Sobre la cabeza de cada uno de nosotros

pesa la maldición ancestral de cincuenta millones de muertes”

H.G. Wells

Introducción

Peculiar interés despierta, en clave urgente y contingente, profundizar desde la constatación y hacia la investigación, en una de las paradigmáticas formas contemporáneas

aplicadas a la expresividad identitaria virtual, de núcleos contraculturales carenciados-urbanos latinoamericanos como los nuestros, en reflejo de violencia armada, y su variable interacción con las posibilidades de control social de seguridad, como reacciones sociales formales frente a la conducta desviada, tanto desde las políticas públicas, referidas al control de armas de fuego de uso civil e inscriptas en el sistema registral estatal.

La propuesta de abordaje del presente trabajo se orienta a describir y analizar desde un video subido a las redes sociales, desde la perspectiva de identificación de una micro o contra-clase variante, en nuestro cambiante Sistema de Estratificación Social, a propósito del fenómeno de reestamentalización de la sociedad (Del Percio, 2011:16), en el surgimiento de emergentes formas de comunidad sub-tribales, atravesadas por las nuevas tendencias de vinculación que propone internet, interpretativamente explicables como modo de evadir la crisis de identidad derivada del proceso de fragmentación y licuación de la trama narrativa que constituye a la sociedad y al individuo.

Lo anterior, también abordable desde perspectivas situadas en el contexto del Ejercicio del Poder Público, a propósito de la crisis del Estado-nación moderno en la obsolescencia de sus pétreas maneras de enfrentar nuevos fenómenos socio-culturales desde la burocracia y falta de integralidad en el diseño y ejecución de políticas públicas de control de armas, en tiempos de avances tecnológicos de estos objetos de peligro y en tiempos de inalcanzables desarrollos en contenido, calidad y expansividad de medios de comunicación y Redes (o prefiero Rizomas) Sociales, Informática y Telecomunicaciones, como constatación de la ineficiencia y retraso en el modo en que el Estado presta respuesta a una de las principales necesidades de seguridad: la Seguridad Ciudadana de quienes se ven amenazados y expuestos a la violencia reflejada.

Desde las imágenes del video a presentar, corresponde preguntarnos, ¿Cómo un menor de edad, expuesto de propia iniciativa en una construcción de un personaje, que le dota de una identidad de encarnación de valores consecuentes con la presente estructura, de consumo y ostentación, busca reflejarse en cómo se ve desde una plataforma virtual? ¿Se potencia en cómo se ve a sí mismo, en los canales sociales virtuales espejo de su propia

percepción, pero observada y perseguida por la pretensión inhibitoria comunitaria de mantención al margen, o bien invisibilizado, del orden y la paz social visible? ¿Cómo este reflejo violento se constituye en imagen a seguir y compartir, casi como modelo de conducta de los que quieren ser como él? ¿Cómo confluyen de manera paradigmática diversos elementos de naturaleza socio-criminogénica reflejadas en una imagen representativa casi arquetípica en una red social?

¿Cuánta responsabilidad tienen el Estado en la anomia contextual de nuestros barrios críticos, y cuál es su eventual poder de intromisión en la exhibición pública que obedece a la necesidad de ostentación o de reflejo y proyección social de ciertos individuos?

¿Cuánto puede y debe ceder el respeto a su expresión, y la asunción inevitable de esta producción social, frente a otros fines públicos? (reconociendo eventualmente cierta legitimidad a la demanda securitaria).

En proyección, y en consideración de un contexto de notable avance tecnológico, ventana de exhibición de menores como el que apreciarán, también es ventana de observación del Estado, hacia adentro de la identidad, de la privacidad, de los datos e información de una o cualquiera persona, cuyo tratamiento se expande incluso hacia la próxima posibilidad de predicción de su conducta futura y sus más profundos intereses, pensamientos y emociones.

Contexto

Teniendo esto en cuenta, primeramente expondré en relación a la expresividad identitaria en reflejo de violencia armada por estos nuevos grupos de micro o contra-clase, en el contexto de la Reestamentalización Social.

Al efecto, y como señala Del Percio (2011:23), en la transición de ciertas formas de *estratificación social*, el paso de sociedades estamentales a sociedades estratificadas por la acumulación del capital y luego a sociedades donde el factor relevante es la capacidad de

consumo, y del consumo por endeudamiento crediticio; y en el análisis de las formas en que el modelo en crisis de Estado Nación Moderno se buscará realizar un cruce de perspectivas entre una micro-clase minoritaria que busca en la violencia su expresión, y una clase mayoritaria que la observa con mayor o menor atención, en el marco de una ventana común: la red social.

Matías



Figura 1. Imagen de M.I.A.B. (Q.E.P.D.) Extraído de perfil público de HaakemLyoon en <https://www.facebook.com/matias.adasme.92>

Matías I.A.B., nació el 25 de julio de 2003.

Abandonado por su madre en un hospital a días de haber nacido, fue adoptado a la fuerza por su abuela, ante el abandono temprano de su padre, quien se alejó de la capital para ganarse la vida. El padre, que incursionó también en los delitos de robo, murió apuñalado en Curicó, 250 kilómetros al Sur de Santiago a los 24 años, lejos de su hijo de apenas 4 años.

Creció en una de las poblaciones emblemáticas del sector sur de la capital chilena, en la calle Armada Nacional de la población Santa Olga de la comuna de Lo Espejo, en la estigmatización del narcotráfico y la violencia armada.

En dicho contexto, desertó del Colegio a los 11 años, en sexto año de enseñanza básica. Luego, registra posteriores esporádicos ingresos al Servicio Nacional de Menores (Sename) por la constante vulneración de derechos que sufría, en paralelo a su entrada al mundo del consumo de drogas.

Su apodo era “el Zé Pequeño”.

Detenido por primera vez a los 8 años, por porte y consumo de drogas, compartía con el verdadero Zé Pequeño del film de Fernando Meirelles³, la conversión en soldado del narcotráfico de las favelas de Brasil a su temprana niñez.

Investigado por su participación en más de 15 hechos en el año 2017, formalizado⁴ en diversas oportunidades por delitos de la ley de drogas, de control de armas de fuego y delitos contra la propiedad, se encontraba aparentemente vinculado a una banda de ladrones de vehículos, o “portonazos”.

Posteriormente, y ya desde sus 14 años, en el inicio de su responsabilidad penal como menor, estuvo sujeto a medidas cautelares consistentes en sujeción a la vigilancia del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

En esa misma institución estatal, donde fue recibido en atención a las vulneraciones de derechos de las que había sido objeto en situación de abandono familiar, escolar y de consumo problemático, en idéntico fracaso intervencional, fue ingresado por un programa de medidas cautelares a propósito de unas infracciones de ley que había cometido. Pero el

³Barata, A., Andrade M. (Prods.), y Meirelles, F. (Dir.). (2002) *Cidade de Deus* [película]. Brasil, basado en la novela homónima escrita por el autor Paulo Lins, Guión de Braulio Mantovani.

⁴ Procesado.

ingreso a ese programa nunca se llevó a la práctica, porque el equipo de la fundación realizó visitas domiciliarias a una casa que no era en la que él vivía.

La frase que identificó a la película de donde toma el apodo, fue: «*Lucha y nunca sobrevivirás... Corre y nunca escaparás...*». *Dadinho*, el nombre del personaje apodado “Zé Pequeño” en Ciudad de Dios, comenzó a hacerse un nombre en la favela a punta de violencia. La escena donde le dispara a un niño de no más de 7 años es recordada siempre al hablar del film y contextualiza cómo el personaje fue fortaleciendo su imagen en el barrio. Tras el éxito del personaje, en el negocio del tráfico de drogas vino su caída. Los más chicos de la población lo atacaron a balazos y murió solo en un callejón de la favela. No se sabe si lo encontraron o no, y si alguien lloró su muerte.

Tras el rumor de la desaparición y muerte de Matías, la denuncia por la presunta desgracia llegó hasta el SENAME, institución que el viernes 8 de junio envió a dos funcionarios a la Fiscalía Sur para interponer una denuncia por sustracción de menores: los indicios apuntaban a que Matías había sido secuestrado por un grupo de desconocidos.

Pero en menos de 24 horas a su tía abuela le confirmaron -al igual que lo que ocurrió con su padre- que Matías estaba muerto. Su cuerpo fue encontrado en la ribera del río Maipo, a la altura de San Bernardo, y según los peritajes de la PDI, tenía cinco tiros⁵.

M.I.A.B., falleció el 9 de junio de 2018. Tenía 14 años y 10 meses. Fue secuestrado, arrodillado, ejecutado de disparos en su cabeza. Consta como causa de su muerte, “traumatismos facial y cráneo encefálico por balas”.

Matías se hacía llamar también HaakemLyon⁶. Y su perfil de Facebook sigue siendo <https://www.facebook.com/matias.adasme.92>, convertido en una especie de mausoleo virtual, al cual diversos amigos dejan, de vez en cuando, una ofrenda verbal de mensajes.

⁵Rivera, V. (2018, junio 23). Los últimos días del “Zé Pequeño” chileno. *La Tercera*. Recuperado el 01 de junio de 2020 de <https://www.latercera.com/nacional/noticia/los-ultimos-dias-del-ze-pequeno-chileno/217319/#>

Matías obliga a la evocación de las páginas de “Hijo de Ladrón”:

(Aniceto Hevia, refiriéndose al “Gallego”, su padre)

Era sobrio, tranquilo, económico y muy serio en sus asuntos;

De no haber sido ladrón habría podido ser elegido,

Entre muchos otros, como el tipo del trabajador

Ese con que sueñan los burgueses y los marxistas de todo el mundo.

Había pasado malos ratos, es cierto, pero me pareció natural y lógico:

Eran quizás una contribución que cada cierto tiempo era necesario pagar a alguien,

Y no era justo que mi padre pagara siempre por todos.

Los cuatro hermanos estábamos ya crecidos

Y debíamos empezar a aportar nuestras cuotas,

Y como no podíamos dar lo que otros dan,

Trabajo o dinero,

Dimos lo único que en ese tiempo, y como hijos de ladrón, teníamos:

¡Libertad y Lágrimas!

(Rojas, 1973:27)

Que ya en crecimiento, y con su padre muerto, era confrontado por una sociedad que le compele al pago de sus propias cuotas de contribución a la sociedad. Y consciente de su incapacidad o desinterés por cancelar, queriendo tener lo que otros tienen y demuestran, pero no queriendo, por incapacidad o por reacción, poder dar lo que otros dan, refleja en abuso y ante la inminente pérdida, termina dando lo único que en este tiempo como hijo de ladrón tiene. Libertad y Lágrimas. Libertad perdida, tras las rejas en un recinto semi-penitenciario, o bajo una tumba silenciada. Lágrimas derramadas, en soledad y ocultas, lejos de la cámara de su Smartphone y de la imagen de su personaje.

Así, en la misma evocación autoral, y consciente el agente policial, representante del control social, de su situación de orfandad y de su desgarradora soledad, sólo le ofrece

⁶Hakeem Lyon es un personaje ficticio del drama musical original de FOX, Empire, interpretado por Bryshere Y. Gray. Hakeem, uno de los personajes principales de la serie, es el hijo más joven y favorito del magnate del hip-hop Lucious y su esposa Cookie.

como única respuesta, un eufemista lanzamiento, en clave de invitación, a buscar un modo de arreglárselas solo y en la medida de sus posibilidades.

Al contarles a los hijos del “Gallego” que su padre estaba preso por un delito mayor

y tras enterarse que su madre había muerto,

El Policía les dijo:

-Y ustedes, ¿están solos?

-Solos

¿No tienen plata?

-Nada

Entonces tendrán que esperar, mucho tiempo.

Váyanse, muchachos- dijo con amabilidad- y vean modo de arreglárselas solos y como puedan.

(Rojas, 2015:61)

Resulta inevitable observar en triste constatación, las referencias cruzadas entre las biografías de Matías, y otro menor, Cayetano Santos Godino.

Más aún, cuando recientemente se han publicado⁷ los resultados del estudio desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en conjunto con el Servicio Nacional de Menores de Chile, logrando la identificación de 547 niños, niñas y adolescentes, todos menores entre 5 y 17 años que hayan pernoctado al menos una vez en el último año sin la compañía de un adulto responsable en lugares públicos o privados que no tienen las características básicas de una vivienda. Se evidenció como factores contiguos, el consumo de drogas y alcohol, mencionando en sus propios dichos la palabra “discriminación”. A estos menores se les refiere en situación de “Invisibilidad” para la sociedad, y que ya no responden a la caricatura de cara sucia y ropa rota, por fuera se ve limpio y acorde a la edad, completamente integrado a las redes sociales y a su *Facebook*, hasta que la intervención psicosocial devela su deprivación y abandono.

⁷Navarrete, M. (2019, mayo 6). Niños “invisibles”: estudio muestra que 547 menores viven en la calle. *La Tercera*. Recuperado el 01 de junio de 2019 de <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ninos-invisibles-estudio-muestra-547-menores-viven-la-calle/642838/>

Así como Cayetano y Matías, en ambos lados de la cordillera, en ambos extremos del inicio del siglo XX y XXI, niños invisibles para sus familias y sociedad, desertores escolares, abandonados por sus padres al verse desbordados por su incontrolable violencia y perdición, consumidores dedicados de drogas (más o menos legales, como la droga o la pasta base de cocaína), refractarios a la adherencia a programas terapéuticos de los servicios sociales de menores, resolutores decididos de sus interacciones sociales a través de la violencia mortal, con antecedentes penales por delitos agresivos, son algunos de los elementos comunes identificatorios a nuestros dos personajes.

Cayetano



Figura 2. Imagen de Cayetano Santos Godino (Q.E.P.D.). Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-petiso-orejudo-la-historia-real-detras-del-mito-que-causo-terror-a-principios-del-siglo-xx-nid2107666>

Cayetano Santos Godino, nació el 31 de Octubre de 1896.

Permanente y victimizado en golpes y maltratos por parte de su padre, un inmigrante llegado desde Roma, alcohólico consuetudinario, recibió visible herencia de enfermedad en permanente estado de debilidad, probablemente por la condición sifilítica de su progenitor.

Al borde de la muerte en incontables ocasiones, por la Enteritis como enfermedad, y por las agresiones que padeció dentro y fuera del seno familiar, según lo registrado por Pombo (2010:61).

Con un hermano epiléptico, tempranamente adquirió el vicio del alcoholismo irrecuperable, como asimismo replicó la violencia junto a su padre, teniendo como primer destinatario su hermano menor.

Su niñez transcurrió en las calles bonaerenses de principio del 1900, entre la vagancia y la mendicidad. Expulsado desde distintos colegios, por su desinterés en el estudio y su rebeldía, dejó las aulas en una temprana deserción.

Los primeros actos de violencia y agresión contra otros menores, generalmente finalizaron con devolución a su familia, reprimendas maternas, pero rebelde a la represión paternal.

Se calcula que días después de su primer homicidio, a los diez años, el que confesó con posterioridad y que nunca pudo aclararse por la imposibilidad del hallazgo del cadáver de su víctima, fue sorprendido por su padre martirizando aves domésticas y acopiando cadáveres de pájaros bajo la cama.

El reporte policial originado por la denuncia de su padre reza:

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de abril del año 1906, compareció una persona ante el infrascripto Comisario de Investigaciones, el que previo juramento que en legal forma prestó, al solo efecto de justificar su identidad personal, dijo llamarse Fiore Godino, ser italiano, de 42 años de edad, con 18 de residencia en el país, casado, farolero y domiciliado en la calle 24 de Noviembre 623. Enseguida expresó: que tenía un hijo llamado Cayetano, argentino, de 9 años y 5 meses, el cual es absolutamente rebelde a la represión paternal, resultando que molesta a todos los vecinos, arrojándoles cascotes o injuriándolos; que deseando corregirlo en alguna forma, recurre a esta Policía para que lo recluya donde crea oportuno y para el tiempo que quiera. Con lo que terminó el

acto y previa íntegra lectura, se ratificó y firmó. Fdos: Francisco Laguarda, comisario. Fiore Godino. Se resolvió detener al menor Cayetano Godino y se remitió comunicado a la Alcaidía Segunda División, a disposición del señor jefe de policía (todo lo anterior, referido por Durigon (2013), en su descriptiva compilación de asesinos seriales).

Destacamos aquella parte en que su padre recurre a la Policía para que lo recluya donde crea oportuno y para el tiempo que quiera...

Las diversas oportunidades en que pasó recluido en el reformatorio, distante del ideal de reinserción social, profundizaron sus excesos de violencia y frialdad, manifiesta en sus delitos, ahorcamientos, quema de párpados con cigarrillos, piromanía, entre otros.

Al volver a casa, y encontrar un trabajo, no permaneció por mucho tiempo en ninguno, sino que retornó a su escalada criminal que arrastró lesiones y muertes de menores víctima inocentes en reiteradas ocasiones antes de ser aprehendido y derivado a instituciones privativas de libertad, en salud mental y definitiva reclusión en los penales de Buenos Aires y finalmente en Ushuaia, Tierra del Fuego.

Una nueva intervención estatal a su respecto habría radicado al parecer, y desde las novedosas teorías lombrosianas, en una operación para reducir el tamaño de sus orejas, en plena aplicación del determinismo criminológico causado por el factor biocriminógeno de las orejas deformes en el comportamiento, como expresión de su degeneración o atavismo hereditario, tratamiento ineficaz según da cuenta la acción violenta que habría acabado con la vida de la mascota felina del recinto penitenciario, lo que habría detonado en una agresión masiva, violenta y hasta de ribetes sexuales en su contra por parte de la comunidad presidiaria, cuya severidad de maltratos habría acabado con su vida, aislada y en la más triste soledad.

Si para la época, según Moyano Gacitúa, citado por Levaggi (2012:261) en Argentina convergía todos los factores que constituían en “núcleo delincuente de la tierra”: razas de origen, nacionalidades por corrientes de inmigración, historias, vecindad del

salvaje, falta de vigilancia, geografía, temperaturas y fertilidad...una provocación atractiva del delito en estado latente...”, ello era el campo de fermentación perfecto para una tendencia al crimen. Y en el caso de los niños, “sin tutela familiar ni escolar, se desplazaban por el centro, donde aprendían las peores artes de la delincuencia”, parafraseando a Caimari. Innegable la impresión de los tiempos de Cayetano, con gusto al *Oliver Twist* de Dickens.

La historia del Derecho Penal, en la expresividad de la violencia que vincula a niños como Cayetano y Matías, ha sido un permanente espectador privilegiado que ha podido constatar de manera directa la ineficacia de la tardía respuesta penal al conflicto de convivencia con la sociedad que los criminaliza y fracasa en todos sus roles de acogida, familiar, educacional, laboral, social y cultural. En tiempos modernos y de tecnologías, la posibilidad de expresarse queda entregada a las formas más egoístas y solitarias de proyección, a las que Cayetano no tuvo acceso.

No supimos qué le gustaba, cuáles eran sus aficiones, intereses ni gustos. Ahora podemos saberlo, en clave Matías. ¿Pero qué haremos con ello?



Figura 3. Imagen de M.I.A.B. (Q.E.P.D.) Extraído de perfil público de HaakemLyoon en <https://www.facebook.com/matias.adasme.92>, Facebook.

Reflejos de la violencia armada

Antes de proseguir, y para reflejar lo que a continuación se profundizará⁸, pido al lector que por favor visite el siguiente link, https://1drv.ms/v/s!AmR_KAA0JbvfgWrIWm17llpPuDB3?e=gzh5Tt

A partir de la revisión del link referido anteriormente, en poco más de un minuto de video, es posible disgregar elementos que pueden resultar interesantes y expresivos para el análisis relacionado que queremos relevar.

Desde lo descriptivo, se pueden distinguir:

- Es un video, “subido” a las redes sociales, específicamente Facebook, en un perfil público, y una manera especial de transmisión vía *streaming*⁹ o en vivo, y que permite capturar las reacciones del público en tiempo real.
- Los hechos acontecen en la Población Santa Olga, de la comuna de Lo Espejo, Santiago de Chile.
- Tanto piloto como su acompañante, conducen un vehículo de alta gama, que presenta encargo por robo.
- Ambos portan consigo armas de fuego, marca Glock¹⁰.
- Zé pequeño, cuya verdadera identidad es Matías Ignacio Adasme Bobadilla, cuyo apodo evoca a la película “Ciudad de Dios”.
- Es menor de edad, 14 años al momento de este video.
- Mantiene ingresos en Sename, como institución de protección, pero también de régimen cautelar para infractores de Ley.
- Mantiene antecedentes policiales y penales por diversos delitos vinculados a la propiedad, drogas y armas.
- Dispara al menos 7 proyectiles al aire, en movimiento.
- En explícita mención amenazante a un tal Raimundo, con expresiones tales como hijo de la bastarda, entre otras.

⁸El destacado es propio y busca que el lector abra el link referido, antes de proseguir con la lectura.

⁹El término *streaming* se refiere a la transmisión digital en directo de contenido multimedia.

¹⁰Glock. (s.f.) Recuperado el 01 junio 2019 de <https://www.glock.com>

- Suena de fondo el ritmo Trap¹¹, en específico la canción “Rojo”, de los cantantes Arcangel y Anuel Austin (AA).

No deja de ser interesante para iniciar, detenerse desde la transcripción de la letra de la canción “Rojo”¹² que suena de fondo, reproducida en el video, por los elementos transversales a la descripción del fenómeno representado.

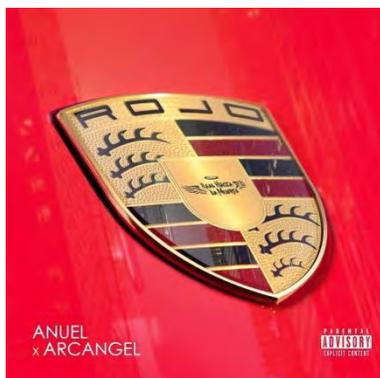


Figura 4. Imagen de la Carátula del Álbum “Rojo”, de los cantantes de Trap: Arcángel y Anuel Austin (AA). Recuperado de <https://elgenero.com/anel-aa-ft-arcangel-rojo/>.

De la carátula del álbum de la canción homónima puede leerse en el centro del escudo, que evoca claramente a la marca de automóviles de alta gama *Porsche*, la leyenda: “Real Hasta la Muerte”.

Yo estuve preso 2 años y salí pa' la calle y cogí más poder
 Me compre 2 Romanos, fuletes soldados y les puse Caín y Abel
 Mi 19 es fulete a boton y tiene las dos tetas como una mujer
 El R te posiciona, pintau 'e camuflaje y las balas te van a morder

Hace mención a quien ha estado en la cárcel un par de años, y al salir adquirió más poder, junto con la compra de armas, a las que denomina con el nombre de los primeros

¹¹El subgénero musical del trap se originó en la década de los 90', en la región Sur de los Estados Unidos de América. El origen del término trap (en inglés, trapicheo) proviene del argot estadounidense empleado para denominar un lugar donde se venden drogas ilegalmente o al hecho de venderla.

¹²Letras de canciones. (s.f.). Recuperado el 01 de junio de 2019 de <https://www.letras.com/arcangel/rojo/>

hermanos bíblicos del relato genésico. Una pistola Glock modelo 19 con un cargador extendido tipo doble tambor que asimila a los senos femeninos. Las denomina romanos por el camuflaje de tipo militar.

Vestido de Gucci to' rojo

Las 40 son negra y los cucos son rojo

El Porsche es negro y rojo

Y las Yeezys son negras y los números rojos

Mis 27 son rojos

Te prendemos los palos y te hacemos un despojo

Yo me meto en tu barrio, en tu caserío

Y te prendo el tambor en el ojo (brrbrr)

Versace to' rojo

Las correas y las gafas y las tennis en rojo

El P-90 es to' rojo

Pero las Jordans son negras y el Fly es en rojo

Panamera rojo

Las putas que tengo también visten rojo

FN traspasa chaleco

Y la tengo enganchar' caminando to' cojo

Color sangre rojo

Fui donde el brujo y me hizo un despojo

Se lo dejo rojo, ese toto a tu jeva si yo te la cojo

Se puso bellaca, tremenda bellaca, yo sí que la mojo

Le puse este bicho en la boca, y tú sabes, me lo dejo rojo

Dice Tego El Maestro que ustedes rapeando toditos son flojos

Que yo sí que le meto y que siga matando, rompiendo a mi antojo (yes)

Por más que me tiren, cabrones, ustedes saben no me enojo (no)

Fumo, fumo, fumo, fumo y fumo y sin lente e' contacto mis ojos son rojos

Me paso quemando la hoja, haciendo lo que se me antoja (yeah)

Si viene jodiendo y si viene fronteando la white-t te la pongo roja

Si te caíste y te guayaste

Úntate mentol

Rojo significa dolor (aha)
Y a mí me encante ese color
Real Hasta La Muerte, oíste cabrón.

La mención a diversas marcas de los artículos que consumen, (ropa, correas, gafas y tenis o zapatillas, de marca *Gucci*, *Louis Vuitton*, *Supreme*, *Versace*, automóviles *Porsche* modelo *Panamera*, zapatillas *Adidas* modelo *Yeezys*, *Nike* modelo *Jordan* y modelo *Fly*) en consonancia con la ostentación del dinero gastado. Pero obtenido de manera ilícita (hacer un despojo, o una sustracción violenta).

Se nota también referencia a modelos de pistola Glock (Modelo 27) y al calibre de sus armas .40 y cargadores de tambor que detonan de manera automática (en la onomatopoyesis “brrr, brrr”), junto con el Fusil de asalto marca FN y modelo P-90, y el Draco o AK47, que por su potencia traspasa chalecos anti balas, pero su incomodidad dificulta el caminar.

Las joyas, diamantes y el oro como otros objetos de referencia.

Mención aparte a las prostitutas, y a las operaciones de implante estético, las que son referidas como otro objeto de consumo y ostentación. Explícita mención al coito y la fellatio con parejas ajenas.

Todos estos conceptos y significantes en una relación vinculada a los colores negro, amarillo y principalmente el rojo, que le da el nombre a la canción, destacando la frase “*Rojo significa dolor y a mí me encanta ese color*”, mientras finaliza repitiendo el lema “*Real Hasta La Muerte*”.

En paralelo al sonido de la música, Matías, protagonista de su propio video clip de trap, en transcripción de sus dichos en el video:

Aquí estamos,
 Esperando a que algunos perkins¹³ se crucen
 Algún perkin hijo de la perra
 Yo no me vuelo nada para andar a apanada
 (canta:) “Las 40 son negra y los cucos son rojo”
 Ojalá que te crucis luego Raimundo
 Te voy a matarte
 Crúzate luego Raimundo
 Andamos puro carro pasado (con las pistolas cargadas con el carril pasado)
 Pan tiren la pela.

Luego de ello, extrae el arma y percute 9 disparos en la vía pública.

Resulta inevitable recordar lo referido por Rabinovich-Berkman (2017: 237), en relación al Juicio por Combate, y guardando las proporciones, su eventual naturaleza precedente de alternativas procesales, reconociendo en él, un origen instintivo-intrínseco, constatable desde los tiempos más arcaicos para resolver discusiones entre guerreros por medio de una lucha armada singular. “Este encuentro, que carecía de reglas claras, y que no tenía propiamente una finalidad jurídica. Se ponía en juego el honor personal, por medio de insultos, a veces destinados de manera inmediata a generar el enfrentamiento”. En ese contexto los valores más enaltecidos guardan relación con el triunfo como expresión de veracidad, coraje, superioridad, versus en relación de antonimia, la mentira, falsedad, cobardía y subordinación. La provocación a Raimundo, un joven como Matías, a que se aparezca o apersona a combate a disparos en la vía pública, a que se cruce como *hijo de la perra*, en desprecio a su condición servil o *perkin*, porque está en una situación de superioridad armada con pistola *calibre .40* y lista para percutir o con el *carro pasado*, son un desafío al enfrentamiento de su predominio, en un doble espacio público, la calle y la red, donde todos pueden presenciar y nadie permanecer indiferente.

¹³Denominación en coa o lenguaje carcelario a quienes sirven desde la inferioridad, en la estratificación delincencial.

Pro-Iectum: Propuestas de Polisemia en tiempos de redes sociales

*Munición*¹⁴, desde una propuesta de definición técnica, corresponde a un objeto sólido, el que a manera de proyectil, es acelerado rectilíneamente mediante la concentración de energía química, que al ser liberada impulsa mecánicamente en trayectoria rectificada, a través de un tubo sólido con el fin de provocar una lesión o daño deliberado en el o los objetos que se encuentren en la dirección recta predispuesta.

Y *Proyectil*, desde la etimología, provendría del latín. Deriva de *proiectus, proiectum*, un derivado del supino del verbo *proicio, proicere, proieci, proiectum* cuyo significado es arrojar, dirigir hacia adelante, adelantar. Este verbo está formado por el prefijo *pro-* que significa hacia adelante, en adelante y el verbo *iacio, iacere, ieci, iactum* (echar, lanzar, arrojar).

Puede considerarse, entonces como el concepto literal de este vocablo el que lanza, o arroja hacia adelante.

Este verbo transitivo, *Proyectar*¹⁵, resulta interesante destacar entre la diversidad de significados, algunos que comparten en distintas acepciones de la palabra, el origen común referido.

¹⁴Real Academia Española. (2001). *Munición*. En *Diccionario de la Lengua Española* (22ª ed.). Recuperado el 01 de junio de 2019 de <https://dle.rae.es/?id=Q5iSDHm>

¹⁵*Proyectar: Verbo transitivo*

1. Pensar una cosa o una acción y diseñarla gráficamente o establecer el modo y el conjunto de medios necesarios para llevarla a cabo.
2. Lanzar o arrojar una cosa con fuerza de modo que llegue a gran distancia.
3. Enviar rayos luminosos o radiaciones sobre una cosa.
4. Hacer visible la imagen o la sombra de un cuerpo sobre una superficie por medio de luz que, situada tras ese cuerpo, lo atraviesa o se refleja en él y cae sobre la superficie.
5. Formar sobre una pantalla imágenes ampliadas de diapositivas o películas mediante una luz situada tras estas y dirigida hacia la pantalla.
6. Exhibir una película en una sala de cine.
7. Representar un cuerpo, especialmente la Tierra, en un plano siguiendo unas reglas determinadas.
8. Hacer que algo llegue o se extienda a otra cosa, o que se manifieste en ella.
9. En Psicología, atribuir inconscientemente a otra persona un sentimiento, estado de ánimo o impulso que en realidad siente uno mismo.

Por ejemplo:

- La proyección de un video, en una superficie material o en un telón, o bien sobre una realidad virtual: el video proyectado en una red social como *Facebook*.
- La proyección como mecanismo de defensa del yo, entre los más aceptados por las corrientes psicoanalíticas de raíz Freudiana, en el permanente conflicto entre las instancias intrapsíquicas. Esa proyección en que el Yo logra exculparse de cierto contenidos traumáticos, redirigiendo la acusación hacia otro u otros como generadores de la vivencia: a través de esta proyección, transitamos de victimarios a víctimas y nuestras acciones se re-naturalizan como meras respuestas a una provocación ajena, desde la compilación de funcionalidad criminológica que realiza González (1998:171).
- La proyección de una munición, disparada o percutida desde un arma de fuego, que permite concretar un ataque armado a distancia, para mayor seguridad del atacante, y mayor vulnerabilidad de la víctima. En la referencia que hace Chamayou (2016:110) en su homónima Teoría del Dron, a propósito de Matar a Distancia, y en relación al Espectro de Agresión de Dave Grossman, quien postula que existiría una correlación inversamente proporcional entre la Distancia Física con el blanco de ataque versus la Resistencia a matar o atacar. En efecto, podría apreciarse en la distancia física del ataque con un arma de fuego, una disminución de la resistencia a matar, reconociendo un alejamiento mayor que las distancias precedentes, la sexual, la de un combate a mano limpia, la de un cuchillazo, de una bayoneta, por mencionar algunas previas. Asimismo, para profundizar, cuando el ataque es contra un adversario al que puedo percibir de rostro, si es joven o viejo, si está asustado o enojado, resulta inevitable negar el reconocimiento (sin perjuicio de su aceptación) de que el individuo que va a morir es “igual a mí”, idea que podría activar otros mecanismos de defensa del Yo, tales como la Introyección (para la generación de un “saludable” Superyó en la mayor o menor temprana superación del Complejo Edípico) o una eventual nueva Proyección...
- Finalmente y sin ánimo de ser exhaustivo, la comprensión de la proyección como un plan de vida, una proyección de la biografía, en todos aquellos símbolos representativos de felicidad, según un determinado estándar socio-cultural, sobretodo

en la contraposición *Mertoniana* de metas culturales y medios institucionalizados o no para conseguirlos, según las formas o tipos de adaptación de los individuos a tales valores. Según Merton, Familia, Escuela y Trabajo resultarían formativas de las metas culturales y de los medios para alcanzarlas. Y frente a la exhibición de metas culturales comunes en amplios formatos disponibles en máxima cercanía, “al alcance de la mano”, en un dispositivo SmartPhone, dos formas de reacción adaptativa: El Conformismo, en clave criminológica de González (2007:715), que genera estabilidad y continuidad, versus la adaptación Innovadora cuando el sujeto asimila la importancia de cultural de la meta sin internalizar, de igual suerte, las normas institucionales que regulan modos y medios de alcanzar aquella. Todo ello, según Merton (1972:306) en una síntesis de “síntomas de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a dichas aspiraciones”.

Observaciones y Propuestas de Análisis

A partir de la observación del video, me atrevería a plantear que presenciamos un reflejo expansivo de diversas ideas y tópicos atingentes a la mezquina pero ambiciosa profundización que pretendo proponer.

Desde la sensación de perturbación que genera, desde las más egoístas percepciones de miedo, temor o inseguridad de quien aprecia disparos descontrolados o eventuales balas locas en la calle a plena luz del día, hasta quienes puedan ver con tristeza y desesperanza la niñez deprivada, torcida y extraviada entre los robos, armas, drogas y odios prometidos.

En la identificación ya referida por Del Percio (2011:16), de una micro o contra-clase variante, en nuestro cambiante Sistema de Estratificación Social, a propósito del expuesto fenómeno de Reestamentalización de la sociedad, en el surgimiento de emergentes formas de comunidad sub-tribales, atravesadas por las nuevas tendencias de vinculación que propone internet, interpretativamente explicables como modo de evadir la crisis de

identidad derivada del proceso de fragmentación y licuación de la trama narrativa que constituye a la sociedad y al individuo.

En la adecuación de González (2007:306) en relación a los elementos mertonianos de caracterización distintiva de un cuerpo cultural de re-estamento representado por Matías en una micro o contra-clase, universalizable por las redes sociales, es posible advertir en desglose desde las ideas reflejadas en la canción transcrita, sus palabras frente a la cámara y a propósito de las imágenes disponibles en su perfil de *Facebook*, en adelante a lo que posteriormente se explayará:

1. Un Sistema de Estratificación: en plena diferenciación de quienes mandan y quienes obedecen. Los más violentos se imponen en respeto y poder sobre los temerosos, porque ostentan armas de mayor poder, por sobre los que huyen o se esconden, los serviles o *perkins*.
2. Un conjunto de valores peculiares: una sobrevaloración de la violencia como poder, la ostentación de objetos simbólicos representativos del valor de consumo.
3. Un conjunto de creencias peculiares: la venganza violenta, la demostración de poder, la asociación de bienes materiales y triunfo en la vida. Mención aparte, el culto a la Virgen de Monserrat, como se expondrá más adelante.
4. Cierta estilo de vida: que se demuestra en la ventana mediática de la red social, concatenado a objetos referidos.
5. Un lenguaje típico, común y reflejado en modismos y argots.

Entre los tipos de estratificación social identificables, en relación al Dinero, y en lo referido a las clases sociales en razón del consumo, podríamos acercar el lente hasta observar en clave subcultural o contracultural, aquella contraclase (si es que fuera posible enmarcarla en la escala social), cuyo status esté concedido por la ostentación del dinero gastado, el vehículo robado, el arma portada, la vestimenta o las joyas. En que el principal indicador no es la tarjeta de crédito, sino el arma, y la marca de los artículos que se consumen. La movilidad respectiva entre los márgenes de esta micro escala es muy alta y

veloz, en libertad y prisión, y en vida a muerte. Como forma de que el marginado pueda sentirse en la parte alta de su micro escala social, aún incluso sin tener tarjeta de crédito.

La redirección de las armas y su potencial proyección expresiva

En el título asociado al clima de violencia generalizada y sus consecuencias, en inevitable evocación a la potente descripción de Rabinovich-Berkman (2013:275), la plena vigencia de su referencia en el devenir histórico posterior a largos períodos de crecientes crisis institucionales, social y económica, seguidos de repercusiones en esos mismos tres órdenes, “a los procesos de disgregación general, corren en parejo un aumento imparable de la violencia...extendiendo un clima de extrema inseguridad. Las fuerzas policiales y militares poco podían ayudar a los ciudadanos frente a ese escenario, cuando no se convirtieron ellas mismas en protagonistas de las rapiñas”.

¿Es posible constatar, en parangón a escala de las actuales crisis en lo institucional, social y económico de la presencia estatal en los espacios anómicos reflejados en el video de Matías?

Y si, esperando como predecible lo previsto por el autor recién referido, en cuanto que “el recuerdo doloroso de las épocas de anarquía, además, predispone a los ciudadanos para aceptar los gobiernos despóticos, autocráticos, omnipotentes. Por lo menos, piensan, ellos pueden asegurarles una vida en paz”, por más deseada que sea una fugaz e inestable sensación de seguridad por la mayoría ciudadana, ¿cómo intervendrá el estado, en irrestricto apego a los derechos humanos, en ocupación de los espacios virtuales que reflejan lugares reales, ante una expansiva delegación de atribuciones securitarias que difícilmente tendrá un retorno, con una omnipotencia censuradora, en línea con el despotismo y autocracia enunciada?

Con posterioridad a las últimas guerras masivas, entre ejércitos de Estados, y la transición de la fabricación de armas de fuego de largo alcance, hacia la fabricación de armas de puño de corta llegada, bien como arma secundaria o de combate a menor

distancia, las respuestas desde la industria y el comercio, principalmente en tiempos de paz, fue la disponibilización de dichas armas al floreciente y prometedor mercado interno de la necesidad de sensación de seguridad, como respuesta a la impresión no evidenciada a la superación de la delincuencia urbana sobre las fuerzas policiales. Los llamados a la ciudadanía a armarse para su defensa personal, con algunas posiciones extremas como el “derecho” al arma, junto con las impresiones acerca de la ineficiencia estatal a través de sus agencias policiales para dar adecuada respuesta a las necesidades securitarias en relación principal a la protección de la propiedad, la inviolabilidad del domicilio, o la vida y la integridad física, han sido un fértil campo al mercado asociado al parque armamentista para uso particular. Nuestras leyes de control de armas de fuego también han visto reflejada un cambio de perspectiva en relación al fenómeno, desde las restrictivas medidas en tiempos de dictaduras latinoamericanas de los años ochenta, como eventuales herramientas de la resistencia, y en términos de proscribir las como amenazas a la soberanía nacional; hacia una nueva mirada de seguridad pública interna contra la delincuencia.

Lamentablemente, la nueva perspectiva, en generosa permisividad por lo general de la inscripción de armas por particulares, no se ha visto acompañada de un control más estricto sobre los propietarios inscriptores. Estadísticas chilenas reflejan que en la zona sur de la capital chilena, de las 55 mil armas inscritas al año 2018, no se fiscalizaron más del 1%. Cabe recordar como imagen paradigmática y de contraste, que en Chile es el propietario quien es visitado por la agencia estatal en una muestra invasiva de fiscalización, a diferencia de Argentina, cuya normativa exige al ciudadano llevar a exhibición su arma ante el ente controlador: la ANMAC¹⁶ o ex Renar¹⁷.

En la poco promisorio o derechamente desesperanzadora expectativa de futuro en relación al tema, será obligado para futuras investigaciones la consideración de riesgo inminente que conllevará el impacto de las nuevas tecnologías en el tema de la disponibilidad de armamento desviado hacia la delincuencia. Entre otros: el desarrollo de armas de largo alcance y de control remoto, tales como el dron; la posibilidad de diseñar y

¹⁶Agencia Nacional de Materiales Controlados Argentina, o por su sigla ANMAC. (s.f.) Recuperado el 01 de junio de 2020 de <https://www.argentina.gob.ar/justicia/anmac>

¹⁷RENAR correspondía al Registro Nacional de Armas Argentina, institución hoy sustituida por ANMAC.

fabricar armas de diverso alcance con materiales livianos desde la comodidad más cercana, como una impresora en 3D; la profusión de instancias de intercambio del mercado informal de las armas, para venta o arriendo, cada vez menos rastreables o trazables, en difusión en redes sociales; el desarrollo industrial de armas más livianas, desmontables, optimizadas en su alcance, eficiencia destructiva, ocultamiento en apariencias inofensivas o de fantasía, o desarrollo de accesorios que permitan la *customización* o adaptación al requerimiento del cliente, de las armas a pedido.

Como se refirió más atrás, “Proyectar” como vocablo diverso, tanto desde su polisemia en nuestro idioma, y aún desde las disciplinas que podrían arrogarse en sus respectivos argots una especial significación, es uno de los puntos del presente trabajo destinado a provocar una breve reflexión referida a las armas de fuego en nuestros tiempos, como expresión contra cultural.

Desde la referencia usual al concepto “Sujeto”, en su eventual procedencia del Latin *Subiectum*, en relación a lo subyacente, y sin perjuicio de otras eventuales asociaciones del vocablo, de igualmente interesantes consecuencias, tal como la vinculación de Sujeto con *Ius*¹⁸, subyacente el núcleo o esencia perdurable, bajo las formas o revestimientos de lo perenne o efímero.

Pero desde nuestra propuesta de análisis, ya no es el sujeto cuya esencia se oculta bajo su estructura externa, sino que hablamos del sujeto que se arroja hacia el exterior y busca lanzarse hacia delante, en proyección: El Sujeto en Proyecto. El sujeto que ya no quiere subyacer, que ahora quiere proyectarse. Y proyectarse en proyectiles, arrojados por su arma de fuego. Y que se proyecta a través de las redes sociales como ventana de exhibición.

¹⁸Konrad Summenhart (1450/1460 - 1502), es quien por primera vez conectaría la voz Sujeto con el vocablo latino IUS, según el Profesor Guzman Brito.

Es en el cambio epocal, en que repercute también la forma en que el sujeto se ve a sí mismo, y abre paso a manifestaciones en las generaciones más deprivadas, a manera histérica y narcisista.

El perfil creado en una red social como *Facebook* o *Instagram*, como una proyección intencionada y controladamente editada, de la identidad del usuario, generalmente a través de la imagen fotográfica del tipo *Selfie*, en que yo mismo aparento verme como desde un tercero observador, más o menos casual, pero sin ocultar que esta proyección del observador la controlo desde una captura de pantalla tomada en modo espejo, inevitablemente inversa de la realidad, como un reflejo de representación no reproductiva, siempre conservando la capacidad de modificarla en incontables filtros que permitan mostrar todo aquello que deseo que otros vean de mí.

Lo que veo de mí, y eso que equivale a lo que deseo mostrar de mí, en el espejo del posteo del *Facebook* o *Instagram*, como espejo tecnológico donde me veo o me puedo ver cómo me ven, y me enrolo para ser uno más, pero uno que me haga sentir único, diferente y especial. Soy diferente, pero también busco ser como otros, a partir de lo que he visto en modelaje de otros sobre mí, aunque ellos no lo sepan, o aunque yo mismo no sea consciente de ello.

Soy social de esta sociedad, parte de sus cuerpos contraculturales, con quienes mantengo lenguaje, códigos valorativos y ritos comunes y compartidos. En permanente riesgo, amenaza e incertidumbre. Con símbolos emblemáticos de ostentación en sus imágenes: mujeres jóvenes y atractivas, vestimentas de marca y nuevas, joyas y dinero, automóviles de alta gama, al sonido de la música estilo *reggaeton* en su variante *trap*, botellas de licores caros, drogas ilícitas, y armas de fuego especiales, por su marca, y grueso calibre. Como las de las películas norteamericanas de acción y violencia, como los video-clips de sus cantantes favoritos.

Y mostrar los trofeos: el quedarse con las llaves de los autos robados y sacarse fotos con los vehículos sustraídos, o festejar en demostraciones de despedida, con disparos y fuegos artificiales.

El arma corta como un falo recortado, para poder ocultarlo a voluntad. Como una erección en reversa a control propio. Los bienes exhibidos, en homenaje a los símbolos más codiciados, envidiados y ambicionados del consumismo capitalista, a los que los “giles” se endeudan para comprar, en este caso son adquiridos sin trabajo formal, a través de la apropiación sustractiva, y atenúa o compensa cualquier eventual culpa, en la medida que son robadas a los ricos que no tienen estricta necesidad de ellos, o a los enemigos y rivales a manera de botín.

Tanto los versos de la canción del *Trap* que se oye y entona en el video, recuerdan los lazos de fraternidad confrontada entre Matías y Raimundo, enemigos de banda rival, aunque se parezcan en sus fotos, armas, joyas y estética perfilada de redes sociales. Aunque las armas de la canción se hayan bautizado como Caín y Abel. Hermanos de vinculación, pero siempre referidos en enemistad como “hijos de la gran perra, de la bastarda, de la puta”, como forma sublime de agresión verbal. Hijos de una madre abandonadora, de una loba, lupa o prostituta, pero de una loba domesticada, como la especie canina, de la perra, de la que no tiene padre. Orfandad en tres eslabones, huachos hijos de la bastarda, en la interdental conjunción entre las vocales “R” y “D” que dotan de mayor poder ofensivo a nuestros más potentes garabatos: “mieRDa”, “ceRDo”, “bastaRDo”.

Y en la invitación permanente a nivel de ofensa, al retorno directo al útero materno. “*Ándate a la concha de su madre*”, en ese reenvío al claustro maternal, con claras señales de proyección del deseo de volver a ese origen en vientre. De ese vientre desde donde eran esencia, donde estaban sujetos, de la placenta a sus madres. Desde esas madres fueron sujetos proyectados hacia fuera, a la hostil realidad. Desde donde fueron lanzados a la existencia. *Subiectum* y *Proiectum* a la vez.

Los enemigos, fraternizados en múltiples características que los asemejan en un parecido inaceptable para ellos. Los enemigos que no se ocultan, y que no se niegan. Se asumen. Se exponen y no le temen al Estado, ni a sus enemigos comunes.

Se proyectan en cuanto ellos se “*lanzan*”. En su jerga, lanzarse es sinónimo de soltarse al desenfreno del alcohol, la juerga, sexo y las drogas. Pero ellos también son “*lanzas*”. Lanza es también sinónimo de ladrón. Sobre todo internacionalizados, es decir, los lanzas que viajan al extranjero a robar, lejos de su barrios y familia, y que remesan sus ganancias para darle mejor calidad de vida a su familia, valor que es de sumo respeto entre pares.

Se proyectan con sus armas. Con sus proyectiles a distancia. En una competencia de interminable escala de quien usa un mayor calibre de arma y munición, como sinónimo de estatus y respeto. Más temibles, más letales.

Se proyectan en las imágenes de sus redes sociales. En el *streaming* del mostrarse en tiempo real. Pero que otros les vean. No apatronados, no esclavizados. Las imágenes que reflejan la violencia armada, en clave de ostentación descontrolada, les proyecta como hermanos, como fraternos seres sin padre.

Entre otros elementos de enfoque en el sujeto y en su sociedad, el discurso *lacaniano* del capitalismo tardío, de acumulación, o en su subsecuente versión de consumo a través del endeudamiento, desde el reconocimiento de que otros son los dueños legales de los objetos, en una conciencia permanente de ajenez de la propiedad o de los medios de adquisición, *y aunque todo sea ajeno, o no me sea propio, lo proyecto como si lo fuera, lo exhibo para que crean que es mío*. El día que tenga...símbolos. Los objetos cobran un nuevo significado, no sólo como representación de valores culturales de consumo, sino que entraña una naturaleza simbólica. Es la promesa de no sentir la carencia, la falta, la ausencia. Debo mantenerme acumulando, ostentando. Para que otros me vean, me admiren, me respeten o aún me teman, por el valor de lo que tengo gracias a mi esfuerzo, el riesgo

del camino ilícito que he tomado, y la violencia de la que soy capaz de ejercer para mantener mi posición en relación a esos símbolos.

Pero guarda perfecta simetría a nivel de valores culturales, en lo desarrollado por Merton, esta coincidencia entre los símbolos perseguidos tanto por quienes les buscan conseguir a través de medios tradicionales (v.gr. trabajo mensual, riquezas acumuladas, o dinero prestado en créditos de consumo, todos útiles para la adquisición), o de medios alternativos no lícitos (robos, venta de drogas, estafas, etc.) Es transversal a todos, porque da lo mismo de donde provenga el dinero para adquirir los objetos simbólicos del consumo. Con gustos o deseos sociales que aunque no me sean naturalmente propios, sino ajenos, pero asumidos o “apropiados”. Me apropio no sólo de los objetos simbólicos de quienes son beneficiados por la injusta distribución de las riquezas, sino que me apropio y les sustraigo también sus metas culturales: auto de alta gama, joyas, dinero, ropa y accesorios, pero yo no trabajo ni lo pago, sólo lo tomo. Y los tomo cuando quiero. Soy alguien que no necesita un sueldo, pero si consumir y a manera en tiempo real. Que otros produzcan, que otros se endeuden, que otros acumulen. Porque al final, yo lo consumiré, y lo ostentaré.

Como se manifestó en el curso, en la generación de individuos sanos sin trabajo por la sustitución de los modelos productivos. Con posterioridad una generación de sujetos que no quieren trabajar (v.gr. los NINIs, ni estudian ni trabajan, *post-millennials*). En nuestro caso, individuos sanos que no trabajan, porque no caben en un modelo de trabajo actual. No les parece atractivo trabajar apatronados y percibir una remuneración después de treinta días de esfuerzo. Resulta más cómodo y atractivo, aún más astuto y audaz en comparación, el delinquir. El delito bajo un discurso prohibicionista y amedrentatorio a quienes en su mayoría les genera miedo e inhibición, pero a otros incita al desafío y atracción por lo prohibido por la sociedad, cuyos fines puedo alcanzar por vías alternativas.

¿Desde dónde surge la falta? Me atrevo a seguir esta exposición problemática desde esta conjugación en primera persona.

Fieles al estricto culto estético, ordenado, pelo corto, afeitado, ropa de marca, “tapizado” en joyas. Los tatuajes son símbolos de experiencias, vínculos y dolores voluntarios. Parte de la simbología del poder es tener un pasado conflictivo. Antecedentes penales o “*los papeles manchados*”. De preferencia libre y en la calle. Pero si toca estar preso, encarcelado, pero respetado. Temido adentro y afuera.

Siempre resistente, pero consciente y dispuesto a la eventualidad de volver al vientre, al encierro, a morir. Esos tres lugares vinculados. El útero materno, del que se salió proyectado, en un encierro al que espero volver, muerto o encarcelado. En un probable retorno inconsciente al encierro. Porque tal vez la cárcel es el lugar donde me encuentro con mis verdaderos hermanos, esos que me cuidan, que me sienten parte de su identidad. Porque es el padre, proyectado en el Estado, quien termina vigilando y castigándome. Es esa otra fraternidad, la del vínculo de los abandonados por el Estado, la de la hermandad delictual, que nos ubica en relación social, evitando el binomio conflicto y armonía.

La policía es la guardia que a mí no me otorga garantías de protección. Le da seguridad a mi enemigo, sobre todo si es corrupta, como en nuestra Latinoamérica. La seguridad privada, o personal como estado de postseguridad.

El arma es el falo arrebatado, la herramienta de control de amenazas y miedos. Es el arma que me iguala al Estado. Porque si tengo armas, soy igual al policía. La falta o carencia equivale a la ausencia del falo prohibitivo.

Con un respeto irrestricto a la figura y la persona de la madre. La madre propia eso sí. Porque la madre ajena es blanco de las principales ofensas y groserías. El lugar donde se envía a los enemigos. En retorno a la concha de sus madres. Pero respecto de la propia progenitora, es incapaz de contrariar la prohibición básica.

La figura materna, como asevera Muñoz-Condell (2019:86), también se simboliza y proyecta en aquella madre que tiene al niño en brazos. Esta contra-clase tiene incluso su propia virgen de culto católico religioso. La Virgen de Montserrat, como símbolo

emblemático del sincretismo religioso representativo de las vírgenes negras entre cultos católicos y paganos, pero también en la síntesis que amalgama los valores divino-santos y los anti-valores humano-pecadores: por un lado es protectora de criminales y lanzas, pero también, en su carácter maternal e intercesora, es virgen de redimidos, siendo incluso más famosa o venerada que la Virgen de la Merced (patrona de los privados de libertad), siendo la figura de los que viven equivocados en su camino, y que ofrece esperanza y redención a todos quienes viven cegados en sus pecados diarios, pero que algún día pueden enderezar su torcido camino.

Con el arma proyecta-proyectiles y municiones. Con el *Smartphone* puede proyectar las imágenes de su virilidad, mostrar todos sus símbolos en un ejercicio de autosatisfacción pública. En semejanza casi masturbatoria, desde el dispositivo en la mano, en un onanismo egoísta pero de exhibicionismo en público.

Los hermanos se conflictúan. Se matan como máxima expresión de eliminación, de insoportabilidad en intolerancia. El enemigo que es parte del otro grupo, forman parte de una cohesión identitaria de banda, bajo la creencia que el conflicto se encadena y personifica en un otro, el de la otra banda, siendo la solución sacarlos a ellos, por su propia culpa, excluyéndolos de la sociedad.

Los celos, ambición, envidia y distancias que originan la ostentación que quiero generar, a todos visibles en red, se erigen como expresión en antonimia de fraternidad. Pero el otro, el hermano enemigo es un personaje importante y necesario. Porque las expresiones simbólicas también se hacen respecto de un otro. No niego al otro. Siempre me interesa que otro me mire, me quiera, me respete, me tema, y que no me mate. Y aunque no quiero ser un *alter ego* de otro, requiero mantener capturada su permanente atención a mis expresiones, así como ancladas sus acciones y reacciones a mis estímulos provocadores.

De esa forma, estoy en un conflicto permanente. Con mis enemigos. Con el Estado. Y ese conflicto es sello identitario de la naturaleza de mi vínculo con ellos. Me relaciono con todos ellos. Con mis hermanos.

¿Cómo confronto la sensación de ajenidad con el Estado y su cultura mayoritaria y predominante? Enfatizo la sensación e impresión de corrupción, desinterés, distancia, pasividad, exclusión en pobreza, inseguridad, acceso a salud, educación y trabajo. En ausencia de esa presencia estatal, mantengo el contacto con el modelo de consumo. Los artefactos que me mantienen relacionado con los símbolos de satisfacción cultural: El dinero, su poder, el sexo, la violencia armada, la música, las imágenes. A través de la ventana abierta y pública que me permite ver cual voyerista en cercana distancia (o ex *televisión*), en permanente expansión, películas, series, *Netflix*, TV paga, *YouTube*, y redes sociales del estilo *Facebook*. Pero ventana donde también puedo exhibirme y mostrarme, para impresionar y no dejar indiferentes. Con el impacto de nuevas tecnologías informáticas y comunicacionales en todos sus símbolos de deseo. Soy el protagonista de mi propio video clip de *Reggaeton Trap*. Sin guion, sin tramoya, sin objetivo consciente.

Y es donde me puedo mostrar en permanente estímulo. Música, video, violencia, sexo, drogas psicoactivas, psicodépsivas y alcohol, adrenalina, parte de una comunidad, y permanentemente amenazado. En permanente riesgo. El riesgo de la sobre exposición.

Ese lugar, al que accedo desde mi mano en el celular, me mantiene en permanente comparación. Es mi ventana *lacaniana* donde veo mi pasado, y puedo ver lo que muestro de mi presente. Lo puedo editar, seleccionar, filtrar en tonos de control. Es una ventana donde veo al otro y me comparo. Cuyo destinatario son ellos mismos, sus pares pero también sus enemigos. Desde esta ventana, obtengo vinculación con mis parecidos hermanos y amigos, y otra vinculación enemistosa y confrontacional con mi otra fraternidad. De mis parecidos y rivales. Así, encuentro una identidad. Una Identidad Delictiva.

Todo lo vuelco hacia fuera, nada dejo en privado e invierto todo al público. La red social como el lugar de vinculación y exhibición. La violencia, el mensaje, el posteo, el muro, la imagen, el video en vivo, la reacción, el *like*, la amenaza configuran el marco de encuadre ventanal.

En una privacidad pública de sujeto proyectado.

Hacia una red a la que tengo acceso aún desde el encierro. Puedo seguir proyectando ante la ineficiencia de las restricciones intra-penitenciarias que buscan limitar mi libertad de expresión y comunicación.

Frente a estas singulares y parcialmente expuestas formas de violencia proyectadas por segmentos sociales anomizados (de anomia), anonimizados (de anonimato), animadversivos (de animadversión), entre otros conceptos cual juego de palabras, en clave juvenil y contracultural *mertoniana*, y cuya expresión en proceso de visibilización inevitable está en las redes sociales que las que todos navegamos y, a veces, naufragamos.

Ante esta amenaza, la reacción social frente a la conducta desviada, en su faz más formal y estatal, mientras pueda conducirse una reflexión que no enfatice en la necesidad de intervenir esos espacios de expresión en las cuestionablemente denominadas “redes” (¿?) “sociales” (¿?), ni en un retorno al ejercicio de la violencia recogida en la legítima defensa, defensa individual privada, no estatal; un severo llamado de atención al fenómeno de “privatización” de las armas de fuego inscriptas, y ante la evidente crisis del sistema de registro y control estatal del parque armamentístico en manos de particulares, ante la situación de impropiedad o apropiación de la necesidad y satisfacción de seguridad, para defender la propiedad, lo adquirido, lo acumulado o hasta lo adeudado que aún no puedo (o nunca podré) pagar.

Lo anterior, también abordable desde la perspectiva en el contexto del Ejercicio del Poder Político, a propósito de la crisis del Estado-nación moderno en la obsolescencia de sus pétreas maneras de enfrentar nuevos fenómenos socio-culturales desde la burocracia y falta de integralidad en el diseño y ejecución de políticas públicas de control de armas, en tiempos de avances tecnológicos de estos objetos de peligro y en tiempos de inalcanzables desarrollos en contenido, calidad y expansividad de medios de comunicación y redes (o prefiero rizomas) sociales, informática y telecomunicaciones, como constatación de la

ineficiencia y retraso en el modo en que el Estado presta respuesta a una de las principales necesidades de seguridad: la Seguridad Ciudadana.

Presenciando la crisis del control estatal del parque armamentista inscripto por particulares, resulta especialmente sensible el constatar que en la zona sur de Santiago de Chile, los homicidios reconocen como medio comisivo en casi un 80% las armas de fuego, como constataron Guzmán y Rosas (2017:204 y 2019:196 a 211). Y el resultado se refuerza con las bajas tasas de cifra negra que registran tan especial segmento delictivo, así como la fidedignidad de los diagnósticos de causa de muerte vinculada a armas de fuego que expide el Servicio Médico Legal.

Finalmente, no puedo terminar de escribir este intento de abordaje en clave socio-jurídica de ciertas aristas de los reflejos de la violencia armada en redes sociales, inconcluso por su expansividad incontrolable, sin manifestarme decididamente agradecido por la oportunidad de ser desafiados por el Doctor Enrique Del Percio, en sus llamados a orientar los sentidos de lo aprendido, a intensificar los esfuerzos para el compromiso hacia el análisis de nuestras realidades locales y regionales, con conciencia social y volcando nuestras herramientas de conocimiento e investigación hacia la asunción de las vocaciones y llamados a la responsabilidad social desde los más diversos y complementarios enfoques, en un tono de fraternidad ineludible, en un tono de omnicomprensividad y multipercepción sin retorno, hacia aquellos que han transgredido la norma, y quienes son asimismo sus propias primeras víctimas.

Todos ellos, son desafíos ineludibles para el estudio contemporáneo, y que conformarán parte del más próximo y reciente estudio de su contextualización moderna, atentos a cómo observará y propondrá desde la experiencia acumulada de los fenómenos contemplados, nuevas formas de abordaje para este antiguo problema de las manifestaciones delincuenciales de la violencia, en un contexto contemporáneo de tecnologías y redes sociales, de proyecciones armadas con pistolas y balas..., en una agresividad que data desde mucho antes, y que nos debemos a ello, también por esos 547

niños¹⁹ que permanecen invisibilizados e incivilizados, y que deben ser nuestra prioridad destinataria.

¹⁹Navarrete, M. (2019, mayo 6). Niños “invisibles”: estudio muestra que 547 menores viven en la calle. *La Tercera*. Recuperado el 01 de junio de 2019 de <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ninos-invisibles-estudio-muestra-547-menores-viven-la-calle/642838/>

Referencias bibliográficas

- Chamayou, Gregoire. (2016). *Teoría del Dron*, Buenos Aires, Futuro Anterior Ediciones.
- Del Percio, Enrique. (2000). “Seguridad Sustentable y Estructura de dominación”, *Revista Colección*, Vol. 6, No. 10.
- Del Percio, Enrique. (2010a). *La Condición Social. Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Jorge Baduino Ediciones.
- Del Percio, Enrique. (Comp). (2010b). *Prejuicio, crimen y castigo*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Del Percio, Enrique. (2011). *Economía, política y cultura. Esquema de la estructura de dominación contemporánea*. Recuperado el 01 de junio de 2019 de https://www.academia.edu/36353973/ECONOM%C3%8DA_POL%C3%8DTICA_Y_CULTURA_Esquema_de_la_estructura_de_dominaci%C3%B3n_contempor%C3%A1nea.
- Del Percio, Enrique. (2014). *Ineludible Fraternidad*, Buenos Aires, Editorial Ciccus.
- Durigón, Néstor. (2013). *Asesinos Seriales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones B.
- González, Marco. (1998). *Elementos de Criminología*, Santiago, Imprenta de Carabineros de Chile.
- González, Marco. (2007). *Criminología. Tomos I y II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán, Raúl y Rosas, Patricio. (2017). “Hacia una adecuada investigación y persecución de delitos de armas de fuego en poblaciones emblemáticas de la zona sur de Santiago”, *Buenas Prácticas para el Análisis Delictual en América Latina 2016*. Motorola Solutions Foundation, FPC, e International Association of Crime Analysts IACA, Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana. Disponible en <https://pazciudadana.cl/biblioteca/analisis-criminal/-buenas-practicas-para-el-analisis-delictual-en-america-latina-2016/>.
- Guzmán, Raúl y Rosas, Patricio. (2019). “Violencia Armada y Homicidios: Hacia una propuesta de control de armas de fuego en barrios de alta complejidad de la zona sur de Santiago, Chile”, *Buenas Prácticas para el Análisis Delictual en América Latina 2018: Innovaciones para el control de armas y violencia delictiva en espacios*

- urbanos*, Motorola Solutions Foudation, FPC, e International Association of Crime Analysts IACA, Área de Análisis y Estudios de Fundación Paz Ciudadana. Disponible en <https://pazciudadana.cl/download/7483/>.
- Levaggi, Abelardo. (2012). *El Derecho Penal Argentino en la Historia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Merton, Robert. (1972). *Teoría y Estructura sociales*, México D. F., Fondo de Cultura Económica.
- Muñoz-Condell, David. (2019). *Religión y Devoción de los Narco Creyentes*, Valparaíso. Editorial Alba.
- Pombo, Gabriel. (2010). *Historias de Asesinos*, Montevideo, Editorial Carlos Álvarez.
- Rabinovich, Ricardo. (2013). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. Volumen I, Los Derechos Existenciales*, Buenos Aires, Editorial Didot.
- Rabinovich, Ricardo. (2017). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. Volumen II, La Construcción de las Libertades*, Buenos Aires, Editorial Didot.
- Rojas, Manuel. (1973). *Hijo de ladrón*, Santiago, Editorial Nacional Quimantú.
- Rojas, Manuel. (2015). *Hijo de ladrón. La novela Gráfica*, Santiago, Editorial Ocho libros.
- Tournier, Paul. (1999). *Violencia y Poder*, Barcelona, Editorial Clie.

LA JURISTOCRACIA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL

Claudia Maria Barbosa¹

ORCID: 0000-0002 7055-9403

Correo electrónico:claudia.mr.barbosa@gmail.com

José Querino Tavares Neto²

ORCID: 0000-0003-2496-4886

Correo electrónico: josequerinotavares@gmail.com

Resumen

Hirschl y Koerner, respectivamente, entienden la juristocracia y el activismo judicial como expresiones del empoderamiento del Poder Judicial en las democracias contemporáneas. Contrariamente a la tesis de que el Poder Judicial ha usurpado el poder de los organismos representativos, se reconoce que, tanto en la juristocracia como en el activismo judicial, existe una transferencia deliberada del poder operado por los titulares tradicionales del poder político a las élites judiciales, como una forma estratégica de defender sus preferencias. Sin embargo, mientras que en el régimen legal de la juristocracia las élites tradicionales, políticas y económicas, transfieren el poder a los tribunales porque perciben a la élite judicial como un mejor guardián de sus intereses contra los avances de los gobiernos populares elegidos, el activismo judicial brasileño habría resultado de una alianza entre el presidente Lula da Silva y las élites judiciales, para promover el nuevo régimen de

¹Claudia Maria Barbosa é mestra e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora no mestrado e doutorado em Direito desta instituição. Pós-doutorado na Universidade no Centro de Estudos Sociais – CES, da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor visitante da *School of Public Policy and Administration*, na York University, Canada.

²Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UFG. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra com bolsa da Capes. Bolsista de Produtividade do CNPq. Pesquisa desenvolvida com apoio institucional do PPGDP-UFG e seus financiadores.

gobierno. En el artículo, comenzamos con un estudio bibliográfico para apoyar la investigación exploratoria sobre un conjunto de casos notorios decididos por el Tribunal Federal Supremo durante los dos períodos de Lula da Silva, y el primero período de Dilma Rousseff, para verificar la eventual alineación del Tribunal Supremo a las élites y / o la presidencia de la República. Se concluye que, en asuntos de políticas sociales y derechos fundamentales, hubo una deferencia por parte del Tribunal Supremo Federal a las políticas gubernamentales, lo que confirmaría el activismo judicial. Sin embargo, en asuntos de reforma política y gobernanza, el Tribunal Federal Supremo usó la prerrogativa de pronunciar la última palabra, incluso cuando chocó con los intereses mayoritarios expresados en las leyes, inclinándose hacia la juristocracia.

Palabras clave: Brasil, juristocracia; activismo judicial, Supremo Tribunal Federal

JURISTOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Abstract

Hirschl and Kerner, respectively, understand *juristocracy* and judicial activism are expressions of the empowerment of the Judiciary in contemporary democracies. Contrary to the thesis that the Judiciary has usurped the power of representative bodies, they recognize that both in the juristocracy and in judicial activism, there is a deliberate transfer of power operated by the traditional holders of political power to the judicial elites, as a strategic way for the defense of their own preferences. However, while in the juristocracy's legal regime, the traditional elites, both political and economic, transfer power to the courts because they perceive the judicial elite as a better guardian of their interests against advances of elected popular governments, the Brazilian legal activism would be the result of an alliance between the President Lula da Silva and the judicial elites, to promote the new governmental regime. In the article, we start with a bibliographic study to support exploratory research on a set of notorious cases decided by the Supreme Court during the two terms of Lula da Silva, and the first term of Dilma Rousseff, to check the eventual alignment of the Supreme Court elites and/or the presidency of the Republic. We conclude that in matters of social policies and fundamental rights, there was deference by the

Supreme Federal Court to governmental policies, which would confirm judicial activism. However, in matters of political reform and governance, the Supreme Federal Court used the prerogative to utter the last word, even when it clashed with the majority interests expressed in the laws, leaning towards the juristocracy.

Keywords: Brazil, juristocracy, judicial activism, Brazilian Federal Supreme Court

JURISTOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Resumo

Hirschl e Koerner, respectivamente, compreendem *ajuristocracia* e o ativismo judicial como expressões do empoderamento do Judiciário em democracias contemporâneas. Contrários à tese de que o Judiciário usurpou poder de instâncias representativas, reconhece-se que tanto na juristocracia quanto no ativismo judicial, existe uma transferência deliberada de poder operada pelos tradicionais detentores do poder político às elites judiciais, como uma forma estratégica para a defesa de suas preferências. Contudo, enquanto no regime jurídico da juristocracia as tradicionais elites, política e econômica, transferem poder às cortes porque percebem na elite judicial um melhor guardião de seus interesses contra avanços de governos populares eleitos, o ativismo jurídico brasileiro teria resultado de uma aliança entre o Presidente Lula da Silva e as elites judiciais, para promover o regime do novo governo. No artigo, parte-se de um estudo bibliográfico para fundamentar pesquisa exploratória sobre um conjunto de casos notórios decididos pelo Supremo Tribunal Federal durante os dois mandatos de Lula da Silva, e o primeiro de Dilma Rousseff, para conferir o eventual alinhamento do Supremo Tribunal Federal às elites e/ou à presidência da República. Conclui-se que em questões de políticas sociais e direitos fundamentais, houve deferência do Supremo Tribunal Federal às políticas de governo, o que confirmaria o ativismo judicial. Contudo, nos temas de reforma política e governança, o Supremo Tribunal Federal usou a prerrogativa de proferir a última palavra, mesmo quando esta colidia com os interesses majoritários expressos nas leis, inclinando-se à juristocracia.

Palavras-chave: Brasil, juristocracia, ativismo judicial, Supremo Tribunal Federal.

Introdução

A Constituição brasileira promulgada em outubro de 1988 inaugurou o período da redemocratização do Brasil, encerrando a ditadura que durou 21 anos. O Brasil, desde sua redemocratização, mas especialmente nos últimos 20 anos, tem vivenciado um crescente protagonismo político do Judiciário que se revela no processo de judicialização da política, por meio do qual debates que deveriam tradicionalmente ocorrer na esfera pública são transferidos ao Judiciário. Este, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, profere decisões as quais, em tese, encerram os debates políticos que, por vezes, não aconteceram, ou ocorrem de forma débil (Barbosa, 2014).

A expressão judicialização apareceu na obra de Tate e Valinder (1995) denominada *The global expansion of judicial power*, publicada em 1994, na qual se identificou dois significados primários: i) *the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights for the legislature, the cabinet, or the civil service, to the courts*; ii) *the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper*. Neste estudo o foco é o primeiro significado.

A Constituição brasileira afirmou um amplo rol de direitos fundamentais, nos quais se incluem os clássicos direitos de liberdade (locomoção, crença, orientação sexual, expressão, associação, entre outros), tipicamente liberais, além de direitos sociais, direitos coletivos, direitos políticos e de nacionalidade. Também preconizou um arranjo institucional que deveria prevenir eventuais novos desvios autoritários, assegurando o funcionamento regular das instituições e a proibição de suspensão de direitos durante situações de crise (humanitária, ambiental, econômica, política, etc.). Além disso, especificou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

A teoria constitucional que se desenvolveu no pós-II Guerra Mundial na Europa, por sua vez, encarregou-se de atribuir normatividade à Constituição e juridicidade a todas as

suas normas, incluídos os princípios. O extenso rol de direitos assegurados e a amplitude dos princípios constitucionais intensificaram o conflito entre normas e fortaleceram o Judiciário como espaço prioritário de decisão. Além disso, a garantia de eficácia atribuída aos direitos sociais implicou em um maior controle sobre as atuações dos governos em torno da formulação, implantação e avaliação de políticas públicas, controle este operado majoritariamente pelo Poder Judiciário, por meio do *judicial review*. Todos esses fatores impulsionaram a transferência do debate e do processo de tomada de decisão, dos poderes Legislativo e Executivo, e conduziram o Judiciário a um inédito protagonismo político (Barbosa, 2013).

Neste contexto evidenciam-se as conexões entre constitucionalismo, constitucionalização de direitos, ativismo judicial, judicialização da política e protagonismo político do Judiciário, conceitos que, embora distintos, delatam a insuficiência da separação e harmonia entre os poderes e a necessidade de novos arranjos institucionais para a garantia do estado democrático de direito. O alargamento do papel político das cortes expressa um desarranjo no clássico constitucionalismo liberal e indica a necessidade de se pensarem novos desenhos institucionais, capazes de reequilibrar a autoridade e o exercício do poder e assegurar o estado democrático de direito.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta corte do país e acumula no desenho institucional preconizado pela Constituição brasileira as funções de corte constitucional e corte final de apelação, sendo, portanto, cada vez mais importante compreender seu papel e o modo de funcionamento no país. O estudo realizado busca compreender o papel e o espaço da expansão judicial, a partir dos conceitos de juristocracia, proposto por Ran Hirschl, e ativismo judicial, apresentado por Andrei Koerner.

Hirschl e Koerner refutaram a premissa de que o empoderamento judicial seja uma consequência natural e inexorável da constitucionalização de direitos, da ampliação da juridicidade das normas constitucionais e do espaço de discricionariedade judicial. Ambos compartilham a hipótese de que a transferência de poder operada do parlamento para as

cortes dá-se por vontade e ação deliberada dos detentores do poder político, refutando a hipótese de usurpação de poder por parte do Judiciário.

Para Hirschl e Koerner, a transferência seria parte de um agir estratégico que permitiria aos detentores dos poderes representativos assegurar melhor suas preferências se puderem mantê-las afastadas das vicissitudes do jogo político. Para testar esta hipótese estuda-se o comportamento do STF em casos notórios, identificados desta forma pela própria corte, durante os governos de Lula e Dilma, único período em que os tradicionais detentores do poder político estiveram um pouco distanciados do centro de tomada de decisão, de maneira a verificar se as decisões tomadas na corte endossaram ou refutaram as políticas aprovadas pelos governos eleitos, ou seja, se a transferência se mostrou estrategicamente bem-sucedida.

Compreender as razões do comportamento do STF não se constitui no objetivo deste trabalho, mas verificar se a hipóteses levantadas pelos autores encontraram eco na prática do STF pode ajudar a sociedade a compreender o papel de um dos principais atores políticos da sociedade brasileira atual, o Supremo Tribunal Federal.

A juristocracia e o ativismo como expressões da expansão do poder político do supremo tribunal federal

No equilíbrio moderno sobre o qual foram erigidas as bases do estado de direito, o protagonismo político do Judiciário implicaria no enfraquecimento dos poderes representativos - Legislativo e Executivo, este último especialmente em governos presidencialistas. Esta, contudo, é uma premissa que as lentes da juristocracia refutam.

O fenômeno do protagonismo político do Judiciário foi percebido com clareza pelo pesquisador canadense Ran Hirschl (2004) que denominou *Juristocracy* a um tipo de regime político no qual uma elite judicial, tal qual outrora a aristocracia europeia, passou a deter um grande poder político, neste caso tornado possível pela constitucionalização de direitos e pela expansão do exercício do *judicial review*. O autor avalia seis cenários do Pós-Guerra

que explicam a expansão da constitucionalização de direitos e do exercício do controle de constitucionalidade, entre eles, um que ele identificou como *single transition*³ (*transição singular*), no qual esses fenômenos são produtos resultantes da transição de um regime quase democrático ou de um regime ditatorial, para o democrático, como aquele operado no Brasil em 1988.

Na análise da juristocracia, Hirschl(2004) refuta a premissa de que cortes usurpam poder do governo (Legislativo e Executivo), e explica a transferência de poder como consequência de um agir estratégico e deliberado dos detentores do poder político. Eles teriam optado por deslocar parte de seu poder ao Judiciário para, paradoxalmente, assegurar com isso a manutenção de suas próprias concepções sobre direitos e as preferências do que compreendem como “vida boa”, a um preço eleitoral reduzido. O pesquisador canadense identifica quatro razões para que isso ocorra: o custo político na tomada de decisões impopulares que desagradam partes sensíveis dos eleitores, minorado pela transferência desta responsabilidade aos juizes; a avaliação positiva que a transferência de decisões difíceis a um corpo aparentemente técnico provoca no eleitor; o risco em assumir preferências políticas sobre as quais não se tem certeza do resultado, neste caso com o efeito agregado de criar obstáculo para que a oposição possa revertê-las; o aprimoramento das próprias preferências, operado pelo Judiciário (Hirschl, 2004: 8-41).

O cientista político canadense identifica no comportamento das elites dois tipos de ação estratégica: a fina - *thinstrategy*, e a espessa- *thickstrategy*. A estratégia final leva em conta sobretudo a lógica do mercado eleitoral, e considera que os detentores do poder político terão mais condições de negociar suas posições quando puderem oferecer aos grupos de interesses uma expectativa de que suas políticas serão permanentes e de longo prazo, de maneira a fortalecer parcerias duradouras(Hirschl, 2004: 41).

³Além da *single transition*, os outros cenários identificados por Hirschl são: a onda de reconstrução que caracterizou Japão, Itália, Alemanha e França no pós-Guerra; o cenário da independência, no qual a constitucionalização de direitos e do controle de constitucionalidade se dá como parte de um processo de descolonização típico da Índia e da vários Estados africanos, como Gana, Kenya e Nigéria; a transição dual para um modelo de democracia e para a economia de mercado, próprias da Rússia, Polônia, Hungria República Checa e Eslováquia; o cenário da incorporação, no qual a constituição está associada ao processo de internacionalização do Estado e sua aproximação do direito internacional e de seus sistemas de proteção; e finalmente o cenário da transição não aparente, que não identifica qualquer mudança radical para tal processo, como pode ser o caso da Suécia, México, Nova Zelândia, Israel, entre outros (Hirschl, 2004: 7-9).

A forma espessa, sobre a qual se concentra esta análise, é conformada pela tese da preservação hegemônica, segundo a qual as elites políticas, econômica e jurídica agem por diferentes interesses, mas com o mesmo objetivo: preservar sua hegemonia e seus interesses. As elites políticas, porque, quando ameaçadas em sua hegemonia, buscam preservá-la isolando o processo de elaboração de políticas das vicissitudes do jogo político; as elites econômicas porque podem ver na constitucionalização de certas liberdades, especialmente as individuais, um caminho para promover a agenda neoliberal, os mercados abertos, a desregulação econômica e o antiestatismo; as elites judiciais porque buscam ampliar sua influência política e sua reputação internacional por meio de agendas que agradem o *status quo*. (Hirschl, 2004: 43).

Em todos os casos, mudanças constitucionais têm mais probabilidade de ocorrerem se estas elites em conjunto vislumbrarem benefícios para a preservação de seus interesses; do contrário quase sempre são bloqueadas.

O Cientista político da Universidade de Campinas, Andrei Koerner, compartilha o pressuposto do empoderamento político do Judiciário e distancia-se de estudos sobre o ativismo focados no comportamento dos magistrados ou na qualidade de suas decisões. Em sua análise, ele combina três dimensões – a institucional, a de prática jurídica e a histórica, e avalia o ativismo como resultado de uma articulação entre o que ele denomina regime governamental e prática jurisprudencial.

Estudando especificamente o ativismo do Supremo Tribunal Federal nos governos do Partido dos Trabalhadores, Koerner atribui o protagonismo político do Judiciário a uma ação deliberada do próprio PT e da presidência da República. Detentor de um mandato popular contra hegemônico, Lula teria deliberadamente deslocado o poder decisório sobre questões políticas sensíveis ao Supremo Tribunal Federal porque ali haveria mais espaço para avaliar suas propostas de governo e neutralizar a resistência da oposição. Para Koerner, o ativismo deste período resultou de “uma aliança entre a presidência da

República e elites jurídicas a partir de 2002, voltadas a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental” (Koerner, 2013:85).

Dois fatores favoreciam esta perspectiva: o fato de que Lula podia contar com várias vagas abertas no STF, em decorrência da aposentadoria compulsória de Ministros, e poderia preenche-las com juristas com mais afinidades às propostas de seu governo popular; o novo “estado da arte” da teoria constitucional, que reconhecia a juridicidade de princípios constitucionais e ampliava o papel discricionário dos juízes, para tornar efetivos os direitos voltados à construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, conforme redação constante do Art. 4º. da Constituição brasileira.

Hirschl e Koerner convergem na constatação do empoderamento político das cortes, mas enquanto Hirschl justifica o regime da juristocracia como consequência de uma agir estratégico das elites que, em razão de governos populares eleitos, perderam apoio político e por isso transfeririam poder às cortes, Koerner considera que o próprio PT, no governo, impulsionou o ativismo do STF, porque percebia na arena jurídica mais chances de consolidar seu regime governamental.

Desde ambas as perspectivas, parte-se do pressuposto de que o protagonismo político assumido pelo Supremo Tribunal Federal no início dos anos 2000, coincidiu com o único período em que à frente do governo esteve alguém que não pertencia às tradicionais elites brasileiras. Esse fato parece confirmar a hipótese de que a juristocracia manifestou-se nesse período mais por ação deliberada da classe política (elites tradicionais e/ou governo do momento) do que por usurpação consciente das instituições jurídicas em ocupar o espaço do Legislativo. Contudo, o fato de que o agigantamento do STF tenha ocorrido por ação da oposição (tese de Hirschl) ou por vontade do próprio governo (tese de Koerner) indica comportamentos estratégicos diferentes no caminho que acabou por fortalecer a expansão do papel político do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, inaugurou o processo de redemocratização do Brasil, após mais de duas décadas de um regime ditatorial militar. No

curto período da redemocratização, o Brasil foi governado por José Sarney (1985-1990), Fernando Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1995), Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010) e o primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014).

Com a posse do Presidente Lula, em 2003, pela primeira vez um trabalhador de origem humilde, não pertencente às elites políticas, econômicas, militares, intelectuais ou judiciais no Brasil, tornou-se Presidente da República, com amplo apoio popular. Lula foi eleito com 61,27% dos votos válidos, e reeleito em 2006 com 60,83% dos votos válidos, encerrando seu segundo mandato à frente do governo com 87% de popularidade e aprovação de 80% da população (Bonin, 2010). Dilma Rousseff foi eleita no primeiro mandato com 60% dos votos válidos e reconduzida ao governo em 2014 com mais de 54 milhões de votos (51,64% dos votos válidos), quando concorreu com Aécio Neves, candidato derrotado do partido que patrocinou o *impeachment* da Presidente que a impediu de concluir o seu segundo mandato, prematuramente encerrado em 2015.

Lula promoveu uma ampla agenda de reformas e contou com forte apoio popular, especialmente entre a camada mais pobre da população. A elite sócio/política/cultural/econômica opôs-se a várias políticas de seu governo, mas alguns setores econômicos reduziram sua resistência porque beneficiaram-se com o aumento do consumo da classe mais pobre (Alves, 2012) e, no caso dos bancos, a estabilidade econômica gerada no período. Mesmo contra a vontade, a elite política rendeu-se à popularidade do governo e não teve forças para opor-se no Parlamento a políticas públicas de inclusão social patrocinadas pelo governo e seus aliados, o que reduziu também a oposição de setores mais conservadores, com uma pauta moral que estava distante da defendida pelo governo.

Decisões importantes foram levadas ao Supremo Tribunal Federal entre os anos 2003-2014 e este, por suas decisões, potencializou seu papel político, contrário ao poder autocontido que historicamente havia caracterizado a atuação do Supremo Tribunal Federal.

A judicialização da política em casos notórios decididos pelo supremo tribunal federal (STF)

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros vitalícios e sua aposentadoria, desde a aprovação da Emenda Constitucional n. 88/15, já no início do segundo mandato de Rousseff, ampliou-se de 70 para 75 anos, quando se torna compulsória. As regras de composição e nomeação da Corte permitiram que Lula da Silva indicasse 06 novos Ministros durante seu primeiro mandato (2003-2006) e 02 durante seu segundo mandato (2007-2010). Dilma pode indicar 04 novos Ministros em seu primeiro mandato, e no segundo nomeou apenas 01. O mais jovem integrante da Corte foi nomeado pelo então Presidente Michel Temer, na vaga aberta com a repentina morte do Ministro Teoria Zavascki em um acidente aéreo. Na composição atual do STF, 07 dos 11 Ministros, 7 foram indicados por Lula e Dilma (STF, 2017).

A Constituição brasileira assegura a independência do Poder Judiciário e o exercício independente do Supremo Tribunal Federal é uma realidade no Brasil, assim como a constatação da amplitude de seu papel político. Entender o comportamento do Supremo Tribunal Federal em questões constitucionais sensíveis pode ser uma chave para a análise das hipóteses levantadas por RanHirschl (2004) e Andrei Koerner (2013) para explicar a ação estratégica que revela o empoderamento da corte constitucional brasileira.

O método utilizado na pesquisa jurisprudencial empreendido é exploratório e tem natureza qualitativa e quantitativa. Esse método é eficiente neste caso porque permite que a partir de uma amostra seja possível compreender a realidade do todo. A estratégia metodológica adotada foi de perspectiva exploratória, descritiva e explanatória (causal). A pesquisa foi feita a partir dos chamados “casos notórios”, considerados enquanto tais pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sobre os quais procedeu-se à pesquisa exploratória (Kidder, 1987: 88) com o intuito de se identificarem no grupo de julgados os que melhor evidenciaram situações de judicialização. A amostra de casos notórios (Gomes, 1993: 80) foi submetida a uma análise de conteúdo devidamente vinculadas com a revisão da literatura proposta - Hirschl (2004) e Koerner (2013).

Para realizar tal análise, como estratégia, partiu-se de informações constantes no próprio sítio do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br. Na consulta de sua jurisprudência, combinado com o argumento “pesquisa”, aparece na primeira linha da aba esquerda a rubrica “casos relevantes”. A Resolução n. 474/11, do Supremo Tribunal Federal define o que sejam temas relevantes dos julgamentos ocorridos naquela Corte, e os identifica em seu Artigo 6º como aqueles “cujo acontecimento, fato ou situação sejam relevantes para a história do Tribunal e da sociedade, bem assim como os de grande repercussão nos meios de comunicação”. A Resolução tem pouco mais de 8 anos e reúne hoje apenas 33 casos, cuja análise de conteúdo não permitiu que se os indique porque esses, e não outros casos, estejam ali. A concepção de relevância constante da Resolução não é útil para a análise proposta neste texto e por esta razão foi afastada.

Também na aba esquerda existe o argumento “casos notórios”, mas um clique sobre o argumento permite o acesso a casos decididos em 2018 e 2019. O acesso a “casos notórios” julgados em anos anteriores é possível, mas por outros caminhos. Para chegar a eles elege-se na aba esquerda a rubrica “pesquisas prontas” e no meio da tela aparecerá “casos notórios”. Clicando no quadro ao lado de “casos notórios” é possível indicar o ano em que se quer extrair as conclusões, e a partir daí selecionar os casos. Embora o site não explique o que são “casos notórios”, é possível observar que sob esta rubrica estão muitas, ou todas, as decisões do STF que mais tiveram repercussão ou provocaram debates na sociedade.

Sob a rubrica “casos notórios”, entre os anos de 2003 a 2014, abrangidos pelos três mandatos completos do PT, estão reunidos 101 processos, assim distribuídos: 2003 (2); 2004 (2), 2005 (6), 2006 (11), 2007 (9), 2008 (6), 2009 (15), 2010 (11), 2011 (15), 2012 (14) 2013 (6), 2014 (4). Pouco menos de uma dezena aparece mais de uma vez (em anos diferentes), provavelmente por efeito de liminares. Essa duplicidade foi ignorada porque o próprio site não informa a razão da dupla referência, tendo-se mantido, portanto, a relação consoante o site.

Foram analisados todos os 101 “casos notórios” do período e selecionados 20 julgamentos nos quais a judicialização da política, como compreendida no primeiro

significado de Tate e Vallinder, era mais evidente. Trata-se de decisões sobre políticas que foram precedidas de amplo ou, pelo menos, algum debate da esfera pública e consubstanciadas em normas que passaram por todos os procedimentos até serem publicadas e entrarem em vigor, compondo então o ordenamento jurídico nacional. Pela natureza “notória” dos casos, como as classificou o próprio STF, as decisões enfrentavam controvérsias e desacordos políticos sobre direitos, e tiveram ampla, forte e nem sempre segura cobertura midiática, especialmente por ocasião dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal.

Em 09 dos 20 casos selecionados, chegou-se ao STF por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), outros 03 através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e 02 pela via da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou seja, 70% das decisões analisadas foram tomadas em sede de controle concentrado, na qual a discussão concentra-se na constitucionalidade de dispositivos de uma norma já vigente, válida e aprovada pelo corpo político. Entre as 06 restantes, há 3 *Habeas Corpus* (HC), 1 Mandado de Injunção (MI), uma Ação Penal (AP) e uma Ação Popular Ordinária (APO), em geral mecanismos de controle difuso.

Os casos selecionados foram organizados de forma crescente, do mais antigo ao mais novo, e compõem a tabela abaixo. As colunas indicam o assunto, a identificação processual, a data do seu julgamento no Supremo Tribunal Federal, as partes autora e ré e, quando existentes, outros intimados no processo, inclusive como *amicus curiae*. As decisões em seu inteiro teor podem ser acessadas diretamente nos links identificados nas referências, ao final do texto.

Casos notórios STF: 2003 a 2014

ASSUNTO	IDENTIFIC AÇÃO PROCESSU AL	DATA DO JULGAME NTO	PARTE(S) AUTORA(S)	PARTE(S) RÉU(S)	INTIMADO S/ AMICUS CURIAE
Racismo e Antissemitismo (STF, 2003)	HC 82424/RS	17/09/2003	Siegfried Elwanger	STJ	-
Verticalização Partidária (STF, 2006)	ADI 3685/DF	22/03/2006	CFOAB	CN	-
Direito de Greve Servidores Públicos (STF, 2007)	MI 670/ES	25/10/2007	SINDIPOL	CN	-
Células-tronco embrionária – Lei de Biossegurança (STF, 2008a)	ADI 3510/DF	29/05/2008	PGR	Presidente CN	ONG's CONNECTAS CNBB e outros
Nepotismo (STF, 2008b)	ADC 12/DF	20/08/2008	AMB	CNJ	SINDJUS, TJRJ, ANAMATRA, FENAJUPE, ANAMAGES
Infidelidade Partidária	ADI 3999/DF	12/11/2008	PSC	TSE	-

(STF, 2008c)					
Raposa Serra do Sol (STF, 2009)	APO 3388/RR	19/03/2009	Augusto A.B. Netto,	União	Estado de Roraima e residentes área x FUNAI e comunidades indígenas
Lei da Anistia (STF, 2010a)	ADPF 153/DF	29/04/2010	CFOAB	AGU CN	AJD, CEJIL, ABAP, ADN
Estatuto do Idoso (STF, 2010b) (Transp. público gratuito) (STF, 2010c)	ADI 3096/DF	16/06/2010	PGR	Presidente CN	-
Lei de Drogas – conversão regime (STF, 2010d)	HC 97256/RS	01/09/2010	Alexandre M. da Silva	STJ	-
Lei Maria da Penha – Art. 41 (STF, 2011a)	HC106112/M S	24/03/2011	Cedenir Balve Bertoline	STJ	-
União Homoafetiva (STF, 2011b)	ADPF 132/RJ ADI 4277/RJ	05/05/2011	PGR		TJ's ALERJ Grupos LGBT CNBB,

					CONECTAS
Violência contra animais (STF, 2011c)	ADI 1856/RJ	26/05/2011	PGR	Gov/RJ e ALERJ	-
Marcha da Maconha (STF, 2011d)	ADI 4274/DF	23/11/2011	PGR	Presidente CN	ABESUP
Lei Ficha Limpa (STF, 2012a)	ADC 29	16/02/2012	PPS	Presidente CN	-
Feto Anencéfalo (STF, 2012b)	ADPF 54	12/04/2012	CNTS	Presidente	ONG's
Ações Afirmativas e cotas raciais em Universidades Públicas (STF, 2012c)	ADI 3330/DF	03/05/2012	CONFEN Democratas	Presidente	Conectas CDH
Lei Eleitoral - Partido novo. Tempo TV e Fundo Partidário (STF, 2012d)	ADI 4430/DF	29/06/2012	PHS	CN	-
Lei Crimes Hediondos – Art. 9º. (STF, 2012e)	HC 111246/AC	11/12/2012	Daniel Rodrigues Dantas	STJ	–
Mensalão	AP 470/MG	17/12/2012	PGR	José Dirceu,	-

(STF, 2012f)				José Genoíno e outros.	
--------------	--	--	--	------------------------------	--

O comportamento estratégico do corpo político e o protagonismo político do supremo tribunal federal

Para efeitos da análise das hipóteses levantadas em relação à juristocracia e ao ativismo, os casos foram agrupados em três grupos: um primeiro grupo que incluiu discussões em torno de programas e ações voltados a grupos vulneráveis, minorias e inclusão social; um segundo grupo que concentra questões envolvendo mais diretamente, embora não exclusivamente, os direitos fundamentais individuais, mais próximos da doutrina liberal moderna; um terceiro grupo voltado a questões de governança e reforma política.

As decisões coletadas foram distribuídas da seguinte forma:

GRUPO 1 – Política Pública para reconhecimento, promoção e/ou proteção de direitos de populações ou grupos vulneráveis

TEMA	ARGUMENTO CENTRAL
Ações Afirmativas e cotas raciais	Constitucionalidade do estabelecimento de quotas
Estatuto do Idoso	Gratuidade do transporte público
Raposa Serra do Sol	Demarcação de Terras Indígenas e reconhecimento da propriedade originária sobre as terras
Lei Maria da Penha	Proteção à mulher contra a violência doméstica. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais
União Homoafetiva	Equiparação da união homoafetiva à união heteroafetiva
Violência contra animais	Brigada de galo e farra do boi inconstitucionais

As decisões referidas no Grupo 1 tratam de políticas públicas para reconhecimento, promoção e/ou proteção de direitos de populações ou grupos vulneráveis e incluem: o

programa de ações afirmativas, que buscou facilitar e ampliar o acesso de minorias (estudantes de baixa renda provenientes de escola pública, negros e índios) às universidades por meio do programa do governo intitulado PROUNI – Programa Universidade para Todos; a garantia de acesso gratuito ao transporte público por idosos; a demarcação de terras indígenas e o reconhecimento de que estes têm direito originário sobre as terras ocupadas; a proteção da mulher em casos de violência doméstica, por meio da Lei Maria da Penha; o reconhecimento da união estável homoafetiva e sua equiparação à união heterossexual para efeitos de proteção do Estado; e o reconhecimento da existência de limites à liberdade de expressão.

As leis cuja constitucionalidade fora levada à discussão no STF, foram propostas e aprovadas durante os governos Lula e Dilma, e em sua maioria chegaram à corte por meio de ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Questionou-se também por meio de Ação Popular (APO) o ato de demarcação de terras indígenas reconhecidas pela União, uma ação questionada pelos governos de Roraima e por parte da elite local que ilegalmente explora as terras indígenas para cultivo de arroz, exploração de madeira e pasto para o rebanho bovino.

Por fim, decidiu-se um Habeas Corpus em cujo julgamento afirmou-se a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha que busca prevenir e proteger a violência doméstica.

A via do controle concentrado por meio da ADI, ADC ou ADPF implica no julgamento da constitucionalidade da lei *in abstracto*, ou seja, norma que já foi objeto de debate prévio no corpo legislativo ou executivo. Então, o debate político para a edição da norma necessariamente já ocorreu, e a posição majoritária foi aquela expressa na norma objeto de discussão. O fato de haver questionamento do STF indica que instituições, indivíduos ou grupos com interesses opostos aos protegidos pelas normas, derrotados no parlamento, buscaram o Judiciário para tentar reverter decisão sobre um assunto debatido e

votado previamente, esperando da Corte o pronunciamento da “última palavra”, ainda que provisória, sobre a constitucionalidade de norma previamente aprovada.

Em todos os casos deste primeiro grupo, o Supremo Tribunal Federal optou por reconhecer os direitos de minorias beneficiadas pelos dispositivos normativos questionados. Entretanto, no caso específico da Raposa Serra do Sol, ao final da decisão prolatada, o Supremo Tribunal Federal inovou, trazendo ao corpo da decisão “*Salvuardas Institucionais*” que, na prática, enfraqueceram o reconhecimento coletivo dos índios à demarcação e limitaram o usufruto de suas próprias terras originárias.

Nesta perspectiva, a hipótese primária aventada por Hirschl(2004) para explicar o comportamento estratégico da elite política ou econômica em transferir decisões ao Judiciário para assegurar direitos seus ameaçados na esfera política, ou para frear direitos atribuídos a outros grupos de interesses, não se verificou. O STF endossou a constitucionalidade da legislação aprovada, honrando o debate da esfera pública e a preferência manifestada pelos eleitores ao escolherem por ampla maioria um governante externo às tradicionais elites do país, e nesse sentido a estratégia espessa - *thickstrategy*, conforme identificada por Hirschl, deve ser refutada.

Conquanto as decisões no grupo 1 refutem a hipótese do agir estratégico que favoreceu o juristocracia, com o ativismo, da forma como compreendida por Koerner, ocorre ao contrário. O fato de que nos seis casos o STF decidiu de acordo com os interesses do governo permite dizer que o ativismo do STF, nos casos analisados, favoreceu o Executivo, o que parece corroborar a hipótese de Koerner, para quem o ativismo facilitou o novo regime governamental desejado pelo governo popular do PT.

Contudo, não se pode desconsiderar que a elite judicial pode ter tido outras razões estratégicas para decidir de forma alinhada ao governo. Em primeiro lugar, o capital político de Lula no mundo poderia justificar o endosso às suas iniciativas para apontar caminhos alternativos ao crescimento econômico e à busca pela justiça social; além disso, também a força da Constituição e sua determinação no sentido de efetivar direitos sociais,

reflexos de sua concepção original dirigente que nunca haviam saído do papel, podem também ter motivado o STF; por último, a possível afinidade dos Ministros com as propostas defendidas pelo governo, já que a maioria dos juizes da corte foram indicados por Lula ou Dilma e teriam, portanto, maior probabilidade de alinharem-se a um perfil igualitário e progressista.

Nesses casos, não importa a motivação, juristocracia e ativismo encontraram eco na ação do STF.

GRUPO 2 – Direito Individuais e exercício das liberdades públicas

TEMA	ARGUMENTO CENTRAL
Racismo e Antissemitismo	Crime de racismo e limites à liberdade de expressão
Células-tronco embrionária – Lei de Biossegurança	Pesquisas com células-tronco embrionárias
Lei de Crimes Hediondos	Revogação tácita pela Lei 12.015/2009 – pena máxima de 30 anos em crimes sexuais, etc.
Feto Anencéfalo	Antecipação terapêutico do parto
Direito de greve servidores públicos	Constitucionalidade do direito de greve de servidores públicos
Marcha da Maconha	Proteção à manifestação em favor da Maconha
Lei da Anistia	Constitucionalidade da Lei da Anistia
Lei de Drogas- progressão de regime	Inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime

Os casos incluídos no Grupo 2 estão mais diretamente relacionados aos direitos fundamentais e/ou ao exercício das garantias individuais constitucionalmente estabelecidas. Metade das decisões ocorreu em ações de controle concentrado e análise *in abstracto* da norma. Três tiveram origem em habeas corpus que chegaram ao STF por meio de recurso e, em um único caso, a origem foi um Mandado de Injunção, instrumento jurídico previsto na Constituição brasileira para dar efetividade a direitos fundamentais cuja ausência de norma complementar torna difícil sua fruição. Em 7 dos 8 casos julgados, o STF deliberou no

sentido de dar efetividade à fruição de direitos e garantia a liberdades constitucionalmente garantidas.

A decisão no caso das pesquisas com células tronco embrionárias, por exemplo, implicou no reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade do Art. 5º. da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que autoriza a pesquisa científica com fins terapêuticos. A aprovação da lei no Parlamento deu-se após amplo debate em que parlamentares ligados a grupos religiosos buscavam impedir a sua aprovação, enquanto outros a defendiam, sob o argumento de que as pesquisas podem auxiliar a cura de doenças e, portanto, protegem também a saúde e a vida. Apesar da aprovação da norma ter sido precedida de amplo debate e ter sido resultado de uma deliberação pública, o então Procurador Geral da República, Claudio Fonteles, um católico praticante (Freitas, 2005), usou seu cargo para questionar a constitucionalidade da norma. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, após ouvir representantes prós e contra a lei, manteve a posição do Parlamento.

A questão dos fetos anencéfalos seguiu um caminho semelhante. O Sindicato Nacional dos Trabalhadores na Área da Saúde – SNTS, ingressou com a ação para obter do STF uma interpretação clara de que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos estava protegida por lei. O Procurador-Geral, Claudio Fonteles, defendeu a proibição da interrupção da gravidez e se fez acompanhar de representantes de inúmeras entidades civil e religiosas, contrárias ao que alegavam ser uma autorização ilegal para a prática do aborto; do lado oposto, dos que defendiam a constitucionalidade da norma, estavam entidades favoráveis ao direito de escolha da mulher e à defesa de sua dignidade.

A questão teve ampla repercussão na mídia e na sociedade e a decisão impactava proteção dada à vida, à saúde, à liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade. Atento ao debate, o STF convocou audiência pública com a participação de grupos pró e contra a lei, e ao final entendeu ser constitucional a antecipação terapêutica do parto.

O caso da marcha da maconha seguiu caminho distinto. Sem distinguir o direito à marcha da própria descriminalização do uso da maconha, grupos contrários à liberalização

tentaram impedir a movimento. Neste caso, a então Procuradora Geral da República interina, Débora Duprat de Britto, diferente de seu colega Claudia Fonteles, ingressou com a ação para provocar o STF a definir uma interpretação conforme à norma constitucional e garantir a realização da Marcha. O Supremo Tribunal Federal, em defesa do direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, decidiu que a Marcha era constitucional e se constituía no direito de questionar uma política pública e no exercício da livre expressão de pensamento.

O entendimento do STF sobre a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de detenção prevista na Lei de Crimes Hediondos; a afirmação do direito de greve dos policiais civis, por analogia à lei de greve da iniciativa privada; e a decisão de reconhecer o crime de racismo na propaganda antisemita e estabelecer limites à liberdade de expressão constitucionalmente asseguradas, foram todos na direção da expansão de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados e, nesse sentido, acompanhavam a posição do governos.

A triste exceção nos casos que integram este grupo foi a decisão sobre a Lei da Anistia, um julgamento no qual o STF deveria resolver se a anistia concedida pelo parágrafo 1º. do artigo 1º. da Lei n. 6.683/79 (Lei da Anistia) poderia ou não ser estendida aos agentes públicos do Estado, que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime. O STF neste caso, por maioria, entendeu pela constitucionalidade da Lei, tornando impossível a culpabilidade de agentes de Estado que praticaram crimes comuns como homicídio, tortura e desaparecimento durante o período da ditadura no Brasil.

Assim como no Grupo 1, nos julgamentos agrupados no Grupo 2, o STF também optou por dar efetividade aos direitos assegurados na Constituição, neste caso preferindo interpretações que asseguraram o exercício e a garantia ampla das liberdades civis, consagradas seja como regras, seja como princípios. O STF decidiu pautado no exercício dos direitos e, por vezes, contrariamente ao clamor pretensamente popular ou, pelo menos, ao clamor de grupos de pressão de grande influência na sociedade, como podem ser a Igreja Católica, por intermédio da CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, e o

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que defendia a inconstitucionalidade do Art. 1. da Lei da Anistia.

As decisões tomadas no exercício do controle concentrado envolveram questões polêmicas importantes que foram entregues à análise do Judiciário e poderiam ilustrar o temor da classe política de enfrentar o ônus da decisão, preferindo transferi-la ao Judiciário. A hipótese, contudo, fica enfraquecida porque em todos os casos havia uma lei cuja constitucionalidade estava sendo questionada, O fato de haver norma implica que houve prévio debate e deliberação na esfera pública. Por outro lado, quem fez chegar algumas das questões ao STF não foi a oposição política, mas o Ministério Público ou órgãos da sociedade civil, como a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil– CFOAB. Ambos, nesse sentido, podem ter atuado estrategicamente.

Assim, também no caso deste Grupo 2 parece enfraquecida a hipótese da estratégia densa aventada por Hirschl (2004). Mais justo é reconhecer o compromisso expresso nos julgamentos no STF com os direitos e garantias individuais e a necessidade de protegê-los, o que pode indicar um agir estratégico denso por meio do qual a elite judicial, nas decisões tomadas, reafirmou as preferências políticas expressas nas leis que estavam sendo questionadas, mesmo quando este entendimento pareceu contrário à Constituição, como no caso da Lei da Anistia.

Por outro lado, o entendimento favorável do STF parece novamente corroborar a hipótese de Koerner, no sentido de que o Executivo, especialmente sob a presidência de Lula, apostou que questões sensíveis ligadas à efetividade e aos limites do exercício de direitos fundamentais, tinham mais probabilidade de estarem protegidos pela corte do que pela oposição no parlamento ou por eventual pressão social.

GRUPO 3 – Governança e Reforma Política

TEMA	ARGUMENTO CENTRAL
Nepotismo	Proibição de contratação de parentes no Judiciário
Infidelidade Partidária	Titularidade do mandato e fidelidade partidária
Lei Ficha Limpa	Proibição de candidatura a condenados em órgãos colegiados
Lei Eleitoral - Partido Político Novo	Direito ao tempo de propagando eleitoral gratuita. Interpretação conforme
Verticalização Partidária	Coligação partidária
Mensalão	Corrupção política

O cenário é diferente quando se analisa a posição do STF nas questões envolvendo o terceiro grupo, que reúne processo que colocam em pauta a reforma política, questões de moralidade pública e governança.

No caso do nepotismo, o objeto de discussão era uma normativa do Conselho Nacional de Justiça que estendeu a proibição do nepotismo ao Judiciário e teve sua constitucionalidade discutida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. O Supremo Tribunal Federal, neste caso, entendeu que a proibição era constitucional e ia ao encontro da moralidade da Administração Pública, fortalecendo neste caso a posição do Conselho Nacional de Justiça, que tinha apoio social, em detrimento da Associação dos Magistrados Brasileiros, que era a autora da ação.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade que trataram da infidelidade partidária, da possibilidade de um partido recém-criado participar do horário eleitoral gratuito de propaganda, e da verticalização partidária, tiveram por objeto normas debatidas, votadas e aprovadas pelo Parlamento, que tratavam de importantes questões eleitorais: o mandato pertence ao parlamentar ou ao partido político? Quais as regras que devem vigor sobre coligação partidária? Um partido sem representantes no parlamento tem acesso ao fundo partidária e direito ao espaço de propaganda eleitoral gratuita? Nos três casos Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente ao que o Parlamento havia aprovado, reafirmando

sua autoridade como guardião da Constituição e detentor da “última palavra” sobre a interpretação constitucional, mesmo quando a decisão contrariou vontade expressa do Parlamento.

A Lei da Ficha Limpa teve origem em ampla mobilização da sociedade civil, e foi patrocinada pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, duas entidades com forte impacto político. A Lei buscava impedir a candidatura de parlamentares já condenados previamente em julgamento colegiado, mas teve sua constitucionalidade discutida por um partido político. O Supremo Tribunal Federal, neste caso, considerou constitucional a norma e, nesse sentido, manifestou-se na mesma direção do Legislativo. Entretanto, a Suprema Corte atuou sob forte pressão popular para aprovar uma norma que era contrária ao interesse de vários parlamentares eleitos.

Finalmente, a Ação Penal 470, conhecida como Mensalão, não teve por objeto o controle de constitucionalidade, mas o processo de julgamento por corrupção de vários políticos de partidos do governo ou aliados. O julgamento foi inicialmente considerado um “divisor de águas” no mundo da *real politik* porque poderia colocar na prisão importantes políticos brasileiros e representar o fim da impunidade no combate à corrupção. Houve uma forte pressão popular e da mídia, interessadas em criminalizar o governo do Partido dos Trabalhadores e, especialmente o governo Lula. O Supremo Tribunal Federal condenou por corrupção vários políticos, mas, para isto, afastou-se de princípios garantistas e inovou em teorias que, na falta de provas, buscaram justificar a condenação em indícios, contrariando um posicionamento histórico da Corte em favor das liberdades individuais.

O Mensalão talvez seja um exemplo mais bem-acabado da ação estratégica espessa das elites política e econômica para apear do poder o governante que, nas urnas, não conseguiam derrotar, atuando, portanto, para a sua própria preservação hegemônica. Iniciou-se com uma Ação Popular acompanhada de um Inquérito Penal que envolvia autoridades de diferentes instâncias no governo federal, acusadas de atos de corrupção. A investigação foi desde o início acompanhada e pautada pela grade mídia no Brasil e direcionada para a condenação do governo. A judicialização deste caso não decorreu dos debates políticos que

foram levados à Corte, mas na politização de um debate que deveria ter sido jurídico. Infelizmente, neste caso, o STF preferiu *jogar para a torcida* e, nesse sentido, talvez tenha atuado estrategicamente, no sentido de legitimar-se perante a sociedade que reclama de uma justiça ineficiente e ineficaz. Para a classe política, o STF certamente serviu aos interesses da oposição ao governo Lula, na tentativa de enfraquecê-lo, diminuir seu apoio popular e tornar mais fácil a vitória da oposição em um futuro pleito eleitoral.

Por outro lado, as deliberações do STF arroladas neste grupo indicam que não houve deferência da corte para com os entendimentos do Executivo e do Legislativo, de forma que, em relação a este grupo de decisões, o ativismo do STF como manifestação de uma aliança entre a presidência da República e as elites jurídicas, não ocorreu.

Considerações finais

Hirschl analisa o protagonismo do Judiciário em geral, e das cortes constitucionais em especial, em países democráticos, como uma consequência da transferência deliberada de poder dos tradicionais detentores do poder político à elite jurídica, como parte de um agir estratégico das elites para assegurar que suas preferências políticas sejam preservadas quando governos populares eleitos passaram a ameaçar a hegemonia que detinham.

Koerner estudou o ativismo do Supremo Tribunal Federal e identificou que foi justamente nos governos Lula que a corte abandonou sua tradicional autocontenção, para abraçar um ativismo que a transformou em um forte ator político não apenas nos bastidores, mas no palco. Sua hipótese, contudo, é de que o ativismo foi consequência de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas para promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental.

Durante os anos 2003 a 2014 o Brasil experimentou pela primeira vez governos de viés popular, sob a presidência de Lula da Silva e Dilma Rousseff, por isso o estudo do STF neste período pode corroborar ou refutar as bases da juristocracia e do ativismo judicial.

Hirschl não estudou especificamente a juristocracia brasileira, mas ela pode ser compreendida no cenário da transição singular que ele vislumbrou. Koerner, por sua vez, analisou o ativismo do Supremo Tribunal Federal, concentrando-se, portanto, no Brasil. Embora Hirschl e Koerner convirjam na constatação do empoderamento judicial do STF no período pós-democratização, a hipótese do cientista político canadense permite associar a juristocracia do STF à estratégia das elites para assegurar suas preferências e seu modo de vida, ameaçadas na esfera política por conta da vitória eleitoral de um governo popular; para Koerner, ao contrário, o ativismo do STF teria sido impulsionado pelo próprio Executivo, para configurar um novo regime governamental inaugurado em seu governo.

Analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal em questões que evidenciam o processo de judicialização é importante para que se possa compreender melhor o seu comportamento e aperfeiçoar o processo democrático no Brasil. Nesse sentido, o estudo baseado nas hipóteses levantadas por Hirschl e Koerner permitiu analisar perspectivas distintas das que tradicionalmente associam o protagonismo do Judiciário como uma consequência natural da constitucionalização de direitos e do próprio constitucionalismo.

A investigação demonstrou que o Supremo Tribunal Federal, quando foi chamado para analisar a constitucionalidade de leis que questionavam direitos individuais e liberdades públicas (Grupo 2), atuou no sentido de garanti-las e/ou expandi-las. Quando instado a manifestar-se sobre políticas governamentais voltadas à garantia de direito de minorias ou populações vulneráveis (Grupo 1), atuou da mesma forma. O comportamento foi diferente nos casos que envolviam a relação entre os poderes, reforma política e governança (Grupo 3), porque nesses casos a tendência do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de interpretar a Constituição e definir a “última palavra” nas matérias discutidas, ainda que firmando entendimento contrário ao que dispunham as normas aprovadas pelo Executivo e Legislativo.

Os resultados obtidos na análise das decisões tomadas pelo STF nos “casos notórios” referenciados nos grupos 1 e 2, indicam majoritariamente deferência do STF em relação às questões e ao entendimento expresso nas normas objeto de análise. Nesses casos, eventual

agir estratégico das elites para obter na justiça vitórias que não foram capazes de obter no Parlamento, parece ter sido fracassado, e a tese de Hirschl sobre a juristocracianão foi confirmada. Por outro lado, parece ter razão Koerner, ao relacionar o ativismo do STF à ação deliberada do chefe do Executivo para configurar um novo regime comportamental em seu governo.

As decisões do grupo 3 mostram um quadro diferente. Neste caso o STF pode ter atuado estrategicamente para proferir a última palavra e firmar entendimento por vezes diverso daquele expresso nas leis submetidas ao *judicial review*, o que refuta desde logo a hipótese de Koerner. Por outro lado, as decisões deste grupo evidenciam a juristocraciade duas formas: nas decisões do Supremo que contrariaram texto legal debatido e aprovado no Parlamento, e na aliança da Corte às elites econômica e política dominantes para criminalizar comportamento do governo e parte de sua base aliada no chamado Mensalão. Trata-se em ambos os casos de uma estratégia densa voltada à preservação hegemônica dos interesses das elites, ameaçadas pelo governo popular do PT, seja sob a batuta de Lula, seja sob a coordenação de Dilma.

A pesquisa evidenciou que nos governos de Lula e Dilma não houve um alinhamento automático entre as elites brasileiras e o Supremo Tribunal Federal, o que enfraquece a caracterização da juristocracia. Por outro lado, também não se pode afirmar que o Governo e Supremo Tribunal Federal andaram sempre juntos, enfraquecendo a hipótese do ativismo. É possível que o comportamento do STF responda a uma estratégia sua, própria, com o intuito de afirmar-se como o poder da República que é a um só tempo o guardião e defensor da Constituição e seu último intérprete. Se confirmada, essa hipótese aproxima o STF e um super-poder político, revestido de um verniz técnico. Esta é, contudo, uma hipótese a ser investigada em estudo futuros.

Referências bibliográficas

- Alves, Jaime Amparo. (2012). *Nunca houve tanto ódio na mídia conservadora do Brasil*. Recuperado em 5 de maio de 2020 a partir de <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/10/midia-conservadora-brasil-odio.html>.
- Arantes, Rogério B. (2005). “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. Em: *The judicialization of politics in Latin America*, pp. 231-262, New York, Palgrave MacMillan.
- Barbosa, Claudia María. (2013). “A legitimidade do exercício da função jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política”. Em: Barreto, Vicente de Paulo, Duarte, Francisco Carlos & Schwartz, Germano. (Org.). *Direito da sociedade policontextual*, 1 ed., 2013, pp. 171-194, Curitiba, APPRIS.
- Barbosa, Claudia María. (2019). “A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Vol. 14, No. 2, pp. 34-100.
- Bonin, Robson. (2010). *Popularidade de Lula bate recorde e chega a 87%, diz Ibope. Política*. Recuperado em 05 de maio de 2020 a partir de <http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/popularidade-de-lula-bate-recorde-e-chega-87-diz-ibope.html>.
- Bryman, Alan, Bell, Edward & Teevan, James. (2012). *Social research methods*, Oxford, Oxford University Press.
- Freitas, Silvana de. (2005). *Procurador-geral da República contesta pesquisa com embrião. Folha de São Paulo*, 30. Recuperado em 05 de maio de 2020 a partir de: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u13259.shtml>.
- Gomes, Romeu. (1993) *Análise e interpretação de dados de pesquisa qualitativa*. Em: Souza Minayode, María Cecilia, Deslandes, Suely Ferreira & Gomes, Romeu. (2011). *Pesquisa Social: teoria método e criatividade*, Petrópolis, Editora Vozes Limitada.
- Hirschl, Ran. (2004). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press.

- [%2Escla%2Ee+%2826603+ou+26602+ou+26604%29%2E%29%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ms%2Escla%2Ee+%2826603+ou+26602+ou+26604%29%2E%29%29&base=baseAcordaos).
Supremo Tribunal Federal. Brasil. (2008c). [ADI 3999 / DF - Distrito Federal](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ms%2Escla%2Ee+%2826603+ou+26602+ou+26604%29%2E%29%29&base=baseAcordaos>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2009). [Pet 3388 / RR – RORAIMA](#). **Recuperado** [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pet%2Escla%2Ee+3388%2E%29&base=baseAcordaos>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2010a). [ADPF 153 / DF - Distrito Federal](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%2Escla%2Ee+153%2E%29&base=baseAcordaos>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2010b). [ADI 3096 / DF - Distrito Federal](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi%2Escla%2Ee+3096%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl62krw>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2010c). [ADI 3096 / DF - Distrito Federal](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi%2Escla%2Ee+3096%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl62krw>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2010d). [HC 97256 / RS - Rio Grande do Sul](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2Escla%2Ee+97256%2E%29&base=baseAcordaos>.
- Supremo Tribunal Federal.* Brasil. (2011a). [HC 106212 / MS - Mato Grosso do Sul](#).
Recuperado [em 05 de maio de 2020 a partir de](#)

CONSOLIDACIÓN DE REFORMAS JUDICIALES: ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS EN JUICIOS POR JURADO

María Inés Bergoglio¹

ORCID: 0000-0003-4042-0627

Correo electrónico: mibergoglio@gmail.com

Resumen

En América Latina, las reformas judiciales implicaron transferencias de instituciones desde las culturas jurídicas del hemisferio norte, apoyadas por organismos internacionales. El artículo revisa la experiencia de participación ciudadana en las decisiones judiciales, incorporada por Bolivia, Venezuela y Argentina, que sólo permanece en este último país.

Se emplean los resultados de investigaciones socio-jurídicas sobre el tema, para reflexionar sobre las condiciones de éxito del trasplante de instituciones. Se resumen los enfoques teóricos empleados en el análisis de las transferencias jurídicas, así como la presencia histórica de los juicios por jurado en América Latina. El análisis detallado de la experiencia argentina contribuye a aclarar las condiciones en las que una nueva institución jurídica se incorpora efectivamente a la cultura jurídica local.

Palabras clave: trasplante jurídico, juicio por jurados, transferencia institucional.

CONSOLIDATION OF JUDICIAL REFORMS: ANALYSIS OF EXPERIENCES IN TRIALS BY JURY

Abstract

In Latin America, judicial reforms have involved the transfer of institutions originated in the legal cultures of the northern hemisphere, supported by international organizations. The article reviews the experience of citizen participation in judicial decisions, incorporated by Bolivia, Venezuela, and Argentina, which only remains in this last country.

¹Doctora en Ciencia Política. Profesora Emérita, Sociología del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Académica de número, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correspondencia relativa a este artículo a mibergoglio@gmail.com

The results of socio-legal research on the subject are used to explore the conditions for successful transplantation of institutions. The theoretical approaches used in the analysis of legal transfers are reviewed, as well as the historical presence of jury trials in Latin America. The detailed analysis of the Argentine experience helps to clarify the conditions under which a new legal institution is effectively incorporated into the local legal culture.

Keywords: legal transplant, jury trial, institutional transfer.

CONSOLIDAÇÃO DE REFORMAS JUDICIAIS: ANÁLISE DE EXPERIÊNCIAS EM ENSAIOS DE JÚRI

Sumário

Na América Latina, as reformas judiciais têm envolvido a transferência de instituições das culturas jurídicas do hemisfério norte, apoiadas por organizações internacionais. O artigo analisa a experiência de participação cidadã nas decisões judiciais, incorporada pela Bolívia, Venezuela e Argentina, que só permanece neste último país.

Os resultados das pesquisas sócio-legais sobre o tema são utilizados para refletir sobre as condições de sucesso do transplante de instituições. As abordagens teóricas utilizadas na análise das transferências jurídicas são resumidas, bem como a presença histórica dos julgamentos dos jurados na América Latina. A análise detalhada da experiência argentina ajuda a esclarecer as condições nas quais uma nova instituição jurídica é efetivamente incorporada à cultura jurídica local.

Palavras-chave: transplante legal, julgamento por júri, transferência institucional.

Introducción

En América Latina, las reformas judiciales de las últimas décadas fueron un proceso modernizador de alto contenido político, orientado hacia la búsqueda simultánea de mayor eficiencia y legitimidad de las administraciones de justicia. Muchas de sus propuestas implicaron transferencias de normas e instituciones desde las culturas jurídicas del hemisferio norte, inspiradas y apoyadas económicamente por organismos internacionales.

Algunos de los cambios propuestos, como el modelo acusatorio del proceso penal o los medios alternativos de resolución de conflictos, tienen hoy aplicación generalizada en toda la región, mientras que otras innovaciones, como la participación ciudadana en las decisiones judiciales, han sido aceptadas en una minoría de países. Aunque Bolivia, Venezuela y Argentina adoptaron proyectos de este tipo en este contexto, la presencia de los jueces legos actualmente sólo permanece en este último país.

Este artículo revisa la experiencia argentina de participación ciudadana en las decisiones penales, con el interés de reflexionar sobre las condiciones de éxito del trasplante de instituciones. En la primera sección se resumen los enfoques socio-jurídicos empleados en el análisis de las transferencias jurídicas. A continuación, se reseña la presencia histórica de la participación ciudadana en las decisiones judiciales en América Latina, así como el proceso seguido en Argentina para su incorporación, después de un siglo y medio de desobediencia constitucional. El análisis detallado de esta experiencia resulta útil para aclarar las condiciones en las que una nueva institución jurídica se incorpora efectivamente a la cultura jurídica local.

Enfoques socio-jurídicos sobre el trasplante de instituciones

Goldbach (2019) define al trasplante jurídico como una herramienta conceptual usada para analizar los movimientos jurídicos desde una jurisdicción o sistema jurídico hacia otro². Desde su introducción por Watson en 1974, el concepto ha sido utilizado en análisis de derecho comparado. Los países latinoamericanos tienen una larga experiencia en este terreno desde los comienzos de la vida independiente, y en los últimos años, la circulación de ideas legales se ha acelerado como consecuencia de los procesos de globalización y reforma judicial, por lo que vale la pena revisar la utilidad de este concepto.

²“*Legal transplant is a conceptual tool that scholars have used to study the movement of law from one jurisdiction or legal system to another*” (Goldbach 2019:584).

La idea de trasplante está cargada de resonancias biológicas, en tanto sugiere el paso de un elemento integrado en un organismo, hacia otro, donde puede ser aceptado o rechazado. Aplicada el derecho, implica que una institución jurídica es un instrumento técnico que puede ser trasladado sin mayores cambios, de una sociedad a otra (Langer, 2004). En este sentido, parece útil para las perspectivas jurídicas que subrayan la autonomía del derecho respecto a la sociedad.

Para los investigadores socio-jurídicos, que con diferentes matices subrayan los vínculos del derecho con el contexto social y político, una limitación significativa de la idea de trasplante jurídico es que tiende a dejar de lado el análisis de las relaciones de poder implicadas en los procesos de cambio en el derecho. En respuesta a estas críticas, se han propuesto otras alternativas conceptuales, como la noción de *traducción jurídica* (Langer, 2004). Esta metáfora parece más apropiada, en tanto reconoce el carácter del derecho como sistema de significados, y permite observar que aún si el texto de una norma jurídica es similar en dos sociedades, puede implicar sentidos diversos y funcionar de modos diferentes en ambas.

Pese a las limitaciones del concepto de trasplantes jurídicos, parece haberse impuesto³, motivo por el cual Goldbach (2019) sugiere ser cuidadosos en su uso, atendiendo a los principales temas de debate. En los análisis socio-jurídicos de los procesos de transferencia de instituciones jurídicas, los enfoques teóricos difieren en la importancia relativa que asignan a las influencias culturales y a las relaciones de poder⁴. Un primer grupo de teorías enfatiza la semejanza en las condiciones sociales que los estados y los actores internos enfrentan, que pueden llevarlos a adoptar similares políticas, normas e instituciones. En este grupo entran el funcionalismo, las teorías evolucionistas, y en general las teorías ligadas al paradigma del consenso. Aquí el trasplante es visto como la adopción voluntaria de modelos normativos en respuesta a problemas sociales y políticos similares, o a similares estímulos externos. En este grupo, en el que se enfatiza el peso de los factores internos en la adopción de la decisión, caben también los análisis realizados desde la teoría

³Ver por ejemplo el debate suscitado en torno al artículo de Hans (2017).

⁴Para un análisis detallado de las diferentes posturas, ver Goldbach (2019).

de la acción racional, que señalan que ciertas reglas pueden difundirse en diferentes países debido a que benefician los intereses de los grupos poderosos internos de cada estado. Estas teorías tienen en común una imagen de la sociedad internacional en el que la reflexión sobre las relaciones de poder recibe poca atención.

El segundo grupo de teorías toma en cuenta la direccionalidad de los procesos de difusión, que generalmente sigue la dirección Norte-Sur⁵. En este marco, se han enfatizado diferentes mecanismos a través de los cuales ocurre la difusión. Además de las presiones económicas o políticas ejercidas desde los países centrales, de las que es posible encontrar numerosos ejemplos históricos en los análisis de relaciones coloniales, se han señalado otros mecanismos posibles. Así, las teorías institucionalistas han enfatizado el papel del prestigio de las instituciones de los países del Norte en la adopción que otros hacen de sus reglas.

Quienes trabajan en un marco conceptual derivado de Bourdieu, como Dezalay y Garth (2005) ven al derecho en la conexión con los procesos del poder, y remarcan su carácter de vehículo a través del cual son conducidas las políticas coloniales. Su análisis de la incorporación de reformas judiciales en Argentina, Chile, Brasil y México subraya las modificaciones que las instituciones sufren en el nuevo contexto, y destaca el papel de las élites locales intermediarias en las relaciones con los países centrales, así como el modo en que usan las transferencias normativas para construir su propio poder.

La tipología sobre las causas de los trasplantes desarrollada por Miller (2003) da cuenta de que, en la práctica, las transferencias de instituciones jurídicas pueden darse en diferentes contextos políticos. El primer caso es la adopción voluntaria de las normas, inspirada en la necesidad de ahorrar esfuerzos, frecuente en áreas técnicas en las que la eficiencia es un valor central. Aunque el país exportador de la norma puede influir brindando la información, su importancia posterior es menor.

⁵Analizando la difusión del modelo acusatorio del proceso penal en América Latina, (Langer 2007) ha mostrado que también existen corrientes de difusión normativa entre los países latinoamericanos.

El caso opuesto es el de los trasplantes dictados por actores externos, en los que la redacción local de las normas responde a la necesidad de obtener beneficios o evitar castigos para los intereses nacionales. Un ejemplo clásico es la adopción de la constitución japonesa después de la derrota en la segunda guerra, aunque es sencillo encontrar variantes contemporáneas en la discusión de leyes de propiedad intelectual o en temas de derecho aeronáutico.

El tercer caso contemplado por Miller es el trasplante empresarial, en el que una persona o grupo de expertos inspira la reforma, buscando triunfos materiales o políticos. El trasplante es usado para ganar espacio político o recursos para esta élite, mientras que el país exportador provee recursos para sostenerlos. Los análisis de Dezalay y Garth sobre el papel de las elites locales durante los procesos de reforma judicial en América Latina describen este tipo de transferencias.

El trasplante motivado por el deseo de legitimar una regla o institución, a partir del prestigio que el modelo extranjero brinda, es el cuarto tipo descripto por Miller. En estos casos, el proceso de adopción de la nueva norma es voluntario, y puede ocurrir que los debates legislativos se centren más en el prestigio del modelo que en su contenido. Miller cita como ejemplo la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos al proyecto constitucional argentino de 1994, que delegaba en la Corte Interamericana de Derechos Humanos la interpretación final de la Constitución y fue aprobado con mínima o ninguna discusión.

Los aportes de la investigación socio-jurídica comparada en este tema son escasos. Se destaca la investigación de Berkowitz, Pistor y Richard (2003), quienes analizaron las consecuencias de los trasplantes jurídicos sobre la adhesión a la cultura de la legalidad. El estudio sobre estados que incorporaron transferencias jurídicas durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX abarcó cuarenta y nueve países distintos, entre ellos Argentina, Brasil, Colombia y México. El análisis mostró que los países que han desarrollado internamente su orden jurídico, que han logrado adaptar el derecho trasplantado a sus

necesidades, o cuya población era ya familiar con los principios básicos de las normas adoptadas tienen hoy instituciones jurídicas más efectivas.

Para avanzar en el tratamiento de estos temas, Goldbach (2019) sugiere concentrarse menos en los debates teóricos, y construir descripciones detalladas de cómo ocurre el cambio en el derecho, tomando en cuenta el contexto cultural en que la transferencia jurídica ocurre, el rol de los distintos actores que intervienen, y las relaciones de poder entre ellos. Con esta intención se analiza en este artículo la adopción de mecanismos de participación ciudadana en las decisiones judiciales en la región, así como su efectiva incorporación en Argentina.

La participación ciudadana en las decisiones judiciales en América Latina

Aunque con frecuencia se considera al juicio por jurados como una institución extraña a la región, la participación popular en las decisiones judiciales ha estado asociada a los proyectos democráticos en América Latina desde los comienzos mismos de la vida independiente⁶.

Analizando la difusión global de esta institución Park (2010) ha distinguido tres oleadas en su expansión. La primera de ellas sigue el rumbo de la expansión colonial del Imperio Británico, en tanto los ingleses llevaron este modo de tratamiento de los conflictos penales a sus colonias. Limitado inicialmente a los ciudadanos británicos, se fue extendiendo progresivamente al resto de la población. Tras los procesos de descolonización, la institución fue mantenida en los países donde la transición a la independencia fue más pacífica, como Australia o Canadá, y eliminada donde resultó más conflictiva, como en la India.

La expansión francesa a través de las guerras napoleónicas a principios del siglo XIX dio origen a la segunda oleada. La participación ciudadana en las decisiones judiciales prevista en el *Coded'instruction Criminelle* de 1808, se mantuvo en varios países después

⁶Para una discusión en detalle de esta cuestión, ver Amietta (2019).

la caída de Napoleón, gracias a su raíz iluminista, que plantea la participación ciudadana como parte del proceso de democratización. El pensamiento liberal contribuyó a la difusión de este modelo en América Latina en el siglo XIX junto con el constitucionalismo norteamericano, que trajo el jurado a las leyes fundamentales de algunos de los nuevos estados latinoamericanos (Amietta 2019).

Entendido como un modo de reafirmar la soberanía popular y controlar las atribuciones de los jueces, el jurado estuvo desde un principio presente en el debate público del primer constitucionalismo latinoamericano. Previsto en la Constitución venezolana de 1811, en el proyecto de Constitución de la Asamblea del Año XIII argentina, así como en las Constituciones colombiana de 1821, chilena de 1822 y peruana de 1828, la institución tuvo amplia presencia de los esfuerzos latinoamericanos para organizar inicialmente el poder judicial (Slemian y Garriga, 2018). En la mayoría de los países, el jurado tuvo poca aplicación práctica, salvo para los delitos de imprenta⁷, pero en muchos casos se mantuvo en el texto constitucional incluso en las reformas contemporáneas, como en Argentina, y también Colombia y Uruguay (Amietta 2019).

La más exitosa de las experiencias de participación ciudadana latinoamericanas es sin duda la de Brasil. Iniciada en el momento de la independencia, fue establecida en la Carta de 1824, y ha seguido funcionando desde entonces, con excepción del período de vigencia de la Constitución de 1937 (1937-1946), que lo eliminó de su texto. La Constitución brasileña de 1988 lo mantuvo y hoy el jurado de siete miembros interviene en homicidios, infanticidios y delitos contra la vida, así como contra delitos de imprenta (Amietta, 2019; Slemian y Garriga, 2018).

Los procesos de democratización del último tercio del siglo XX impulsaron la tercera oleada de expansión del juicio por jurado. Países como España, Croacia o Rusia emprendieron procesos de reforma judicial, orientados a mejorar tanto la eficiencia como la

⁷En Chile, el juicio por jurados estuvo vigente entre 1813 y 1925 para los delitos que atentan contra la libertad de prensa (Piwonka Figueroa 2008); en Colombia, funcionó para esa misma materia en Bogotá y Medellín entre 1821 y 1863 (Londoño Tamayo 2014). En México se utilizó con los mismos fines entre 1828 y 1883 (González Oropeza 2000).

legitimidad de sus administraciones de justicia, e incorporaron a los legos a las decisiones penales (Jackson y Kovalev, 2016). En América Latina, Venezuela, Bolivia y Argentina incluyeron experiencias de este tipo dentro de sus proyectos de reforma.

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal de 1998 incluyó dos modelos de participación ciudadana: un jurado anglosajón clásico, de nueve miembros, para los delitos con una pena superior a dieciséis años, y un tribunal mixto, en el que dos escabinos consideran junto con el juez los casos susceptibles de recibir penas entre cuatro y dieciséis años de prisión. Los estudios empíricos sobre este último – que sobrevivió a la reforma del Código en 2001- informan sobre los retrasos en el desarrollo del proceso generados por las dificultades en el sorteo de los escabinos (Han, Párragay Morales, 2006). Esta razón parece haber pesado para la supresión de esta forma de participación ciudadana en 2012 (Amietta, 2019).

En Bolivia, el Código de Procedimiento Penal sancionado en 1999 incorporó el reconocimiento a ser juzgado por los pares mediante la inclusión de legos en las decisiones judiciales. El Tribunal de Sentencia, encargado de tratar los casos en los que el imputado pudiera recibir una pena superior a los cuatro años, estaba integrado por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos. Más allá de las dificultades en la convocatoria a los ciudadanos, las investigaciones empíricas mostraron logros respecto a la independencia de los jueces ciudadanos, y valoración positiva del nuevo sistema por parte quienes participaron en la experiencia, ya sean legos o profesionales (Orias Arredondo 2013; Riego Ramírez 2007). El sistema boliviano fue derogado en 2014, luego de una serie de duras críticas, especialmente en medios de comunicación, que acusaron sostenidamente a los jueces legos de excesiva indulgencia y deslizaron sospechas de corrupción y presiones (Amietta 2019).

Tanto en Venezuela como en Bolivia, es difícil profundizar en las razones del abandono de las experiencias de participación ciudadana en los tribunales penales, debido a la escasez de investigaciones socio-jurídicas disponibles sobre el tema. En cambio, el caso argentino ha atraído la atención académica, por lo que permite una discusión detallada.

El proceso de incorporación en Argentina

La historia del juicio por jurados en Argentina resulta bastante curiosa. Asociado a los proyectos democráticos desde los comienzos de la vida independiente, e incorporado al entramado constitucional a partir de la organización nacional, su primera implementación se registra recién en el siglo XXI, después de siglo y medio de desobediencia constitucional.

El deseo de establecer el juicio por jurados en el país puede rastrearse hasta los comienzos de la vida independiente⁸. Las ideas liberales de los revolucionarios, así como la desconfianza hacia los magistrados designados por la Corona, inspiraron el decreto del 26 de octubre de 1811 de la Primera Junta de Gobierno, que instituyó el jurado para los delitos de imprenta.

En el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, presentado en la Asamblea del Año XIII, esta forma de juzgamiento se extendió a los delitos en general (Heim, 2012). Las instrucciones que los diputados por Buenos Aires llevaron al Congreso de Tucumán - que declaró la independencia en 1816- exigían reservar al pueblo el poder judicial, asegurando la soberanía popular en esta materia a través del juicio por jurados (Slemiany Garriga, 2018).

Entendida como una garantía contra el poder del Estado, la institución estuvo presente en los proyectos constitucionales de 1819 y 1826 (Cavallero y Hendler, 1988), y en el momento de la organización nacional, fue incorporada a la Constitución Nacional en 1853⁹. Las sucesivas reformas constitucionales, con excepción de la de 1949, han mantenido estas prescripciones¹⁰, poniendo en evidencia tanto las profundas aspiraciones

⁸Para una revisión histórica detallada de la presencia de los juicios por jurado en la normativa argentina, ver Cavallero y Hendler (1988).

⁹El texto de 1853 menciona el juicio por jurados en tres oportunidades. En el artículo 24 lo convierte en deber estatal, encargando al Congreso establecer esta forma de juzgamiento. Por su parte, el artículo 67 inciso 11, establece que la competencia para legislar sobre el juicio por jurados para la justicia federal corresponde al Congreso de la Nación Argentina. Por último, en el artículo 102 exige que todos los juicios criminales ordinarios se decidan por jurados.

¹⁰Ver Mooney (1998) para un análisis detallado del tratamiento constitucional de esta institución.

democráticas de los argentinos como su amplia tolerancia a la brecha entre las normas y las prácticas. Vale la pena observar que las cláusulas redactadas en 1853 permanecen intactas en la Constitución reformada de 1994, pese a su falta de implementación en el país hasta el momento de su sanción¹¹.

El primer intento de establecimiento del juicio por jurados a nivel federal se dio en el año 1870, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, quien creó una comisión de idóneos para redactar un proyecto de ley de organización del jurado. La propuesta, elaborada por Victorino de la Plaza junto con el jurista venezolano Florentino Gonzáles, no llegó sin embargo a tratarse. Desde entonces, múltiples iniciativas han seguido un destino similar¹².

En el siglo XXI, las iniciativas se han hecho más frecuentes. Los diputados han sido los más activos en este tema, con sesenta proyectos de juicio por jurados presentados desde el año 2000, mientras que el archivo del Senado de la Nación registra la entrada de dieciséis propuestas desde el comienzo del nuevo siglo.

El caso más llamativo es el proyecto presentado por el entonces presidente Néstor Kirchner el 14 de junio de 2004, para extender la participación ciudadana a la justicia federal, en un contexto signado por movilizaciones populares. Esta iniciativa, que propone un modelo anglosajón clásico, ha sido renovada bianualmente por representantes de esta fuerza política en los años sucesivos, aunque no ha llegado a recibir tratamiento legislativo desde entonces, pese a la fuerza parlamentaria del bloque *kirchnerista*.

Las primeras experiencias efectivas de participación ciudadana en los juicios penales tuvieron lugar en las provincias¹³. La institución fue incluida en el Código de Procedimiento Penal de 1991 de Córdoba, bajo la forma de un tribunal mixto, compuesto

¹¹En el texto de 1994, las menciones relativas al juicio por jurados se encuentran en los artículos 24, 75 inc. 2 y 118.

¹²Para una revisión detallada de las iniciativas presentadas, a nivel federal y en las provincias, ver (Bergoglio & Viqueira, 2019).

¹³En el siglo XIX, antes de la creación de la provincia de Chubut, el juicio por jurados funcionó durante una década en la colonia galesa de Gaiman (Zampini 2002).

por tres jueces profesionales y dos ciudadanos comunes – llamados *escabinos* -, para intervenir en delitos graves, cuando el defensor, el fiscal o la víctima así lo pidan. En este tipo de tribunal mixto, inspirado por el modelo alemán (*Schoffen*) la sentencia se elabora conjuntamente por jurados y jueces profesionales.

Pese a la modestia de los cambios previstos, la resistencia de los operadores jurídicos a cualquier tipo de innovación en la administración de justicia significó que la primera experiencia se implementó recién en 1998. Con apenas treinta y tres casos decididos entre 1998 y 2004 (Vilanova, 2004), esta forma de participación ciudadana en las decisiones judiciales resultó muy limitada, aunque facilitó la aceptación de la institución en los círculos judiciales.

La ley provincial 9182, aprobada en 2004 en el contexto de un debate nacional acerca de las medidas para combatir la inseguridad, amplió la participación ciudadana en Córdoba. Establece un jurado de ocho miembros, compuesto por cuatro varones y cuatro mujeres, elegidos aleatoriamente a partir del padrón electoral por sorteo, y les asigna la responsabilidad de decidir sobre la existencia de los hechos llevados a proceso, así como sobre la participación de los imputados en ellos. Estas decisiones se toman juntamente con dos de los tres jueces técnicos que componen las Cámaras Criminales, por simple mayoría. El presidente del tribunal sólo vota en caso de empate, y es responsable de fundamentar el voto de los legos si difiere de los camaristas. Las decisiones relativas a la pena son tomadas exclusivamente por los jueces técnicos. Estos tribunales mixtos se encuentran funcionando desde 2005.

La expansión de la participación ciudadana continuó en la provincia de Neuquén. La innovación se incorporó después de un largo proceso, iniciado por una Comisión compuesta de representantes de los tres poderes en el año 2009. Dos años más tarde se sancionó la ley 2784, que adopta un jurado anglosajón clásico compuesto por seis hombres y seis mujeres, para el juzgamiento de delitos con una pena superior a los quince años. Esta normativa, en aplicación desde 2014, prevé asimismo que al menos la mitad del jurado deberá pertenecer al mismo entorno social y cultural del imputado, disposición que ha dado

lugar a la participación de miembros de los pueblos originarios cuando el imputado pertenece a esa comunidad¹⁴.

Por su parte, la provincia de Buenos Aires aprobó la ley de jurados en el año 2013, consagrando un jurado de tipo anglosajón clásico, compuesto por doce miembros, en paridad de géneros. En esta normativa, con una clara orientación garantista, el imputado tiene el derecho de optar por esta forma de juzgamiento¹⁵. En ese mismo año, Río Negro aprobó su nuevo Código Procesal Penal, que prevé el juicio por jurados¹⁶.

La puesta en marcha de la participación ciudadana en Buenos Aires, la provincia más poblada del país, a comienzos de 2015, tuvo amplia repercusión mediática y estimuló la expansión de la iniciativa. Más tarde se sumaron Chaco (2015)¹⁷, San Juan, (2018)¹⁸ y Mendoza (2018)¹⁹, mientras otras jurisdicciones como Santa Fe²⁰, Entre Ríos, La Rioja, Chubut y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen proyectos en discusión.

El contexto político y social de la experiencia argentina

La reseña realizada en la sección anterior ha permitido describir el proceso que condujo a la paulatina implementación de esta cláusula olvidada de la Constitución de 1853, y a su entusiasta incorporación en diversas provincias en los últimos años. Para comprender esta evolución, es necesario repasar el contexto político y social en que ocurrieron los cambios.

¹⁴Se trata del caso Relmu Ñanku (Juzgado de Primera Instancia de Neuquén, 1/12/2015, Sentencia no. 2214/2015). Ver un resumen de prensa en <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/neuquen-un-jurado-intercultural-absolvio-a-la-mujer-mapuche-r>.

¹⁵Para una comparación de las características de los sistemas vigentes en Córdoba, Neuquén y la provincia de Buenos Aires ver Viqueira y Mutal (2016)

¹⁶Río Negro -Código Procesal Penal (2013 y diversas reformas), aplicable para delitos cometidos a partir del 1 de marzo de 2019.

¹⁷Ley 7661, Chaco.

¹⁸Ley 1851-O, San Juan, Art. 489.

¹⁹Ley 9106, Mendoza. El primer veredicto en un juicio por jurados tuvo lugar el 10 de mayo de 2019.

²⁰En julio 2019 la Cámara de Diputados de Santa Fe dio media sanción al proyecto.

En Argentina, las transformaciones institucionales asociadas a la recuperación de una democracia estable, después de medio siglo de alternancia de gobiernos civiles y militares, han estado acompañadas por cambios en las concepciones acerca del Derecho y su papel en la sociedad. La mayor confianza en los derechos individuales, la tolerancia más amplia frente al pluralismo valorativo, y la adhesión al carácter universal de la ley son algunos de los nuevos rasgos culturales presentes, que resultan auspiciosos para la consolidación del estado de Derecho (Bergoglio, 2015). La creciente valorización de la legalidad tiene como consecuencia que la desobediencia constitucional resulta menos aceptable.

En este sentido, el proceso de reformas judiciales, llevado adelante en el país al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, puede ser entendido como un esfuerzo por adaptar la administración de justicia a las nuevas condiciones políticas generadas por la democratización. Binder (2000) entiende la Reforma Judicial no como un hecho puntual, sino como un proceso sostenido en el tiempo, que implica una política de permanente ajuste del sistema judicial a las necesidades sociales.

La reforma judicial no implicó solamente cambios normativos, sino también inversiones en infraestructura e incorporación de personal. La complejidad de las innovaciones previstas, así como las resistencias de abogados y magistrados a los cambios (Bergoglio, 2010; Pásara, 2010), extendieron este proceso en el tiempo.

Pese a los esfuerzos realizados en la reforma judicial, la legitimidad de las instituciones judiciales experimentó un significativo deterioro desde el retorno de la democracia. En 1984, el 58% de los argentinos confiaba en la Justicia, confianza que resultó reforzada por su papel en las cuestiones de derechos humanos y el Juicio a las Juntas militares (Smulovitz, 2013; Turner y Carballo, 2010).

En los años siguientes, la lentitud de las respuestas de los tribunales a las demandas ciudadanas fue deteriorando esa legitimidad, y en 2002, después de la crisis del corralito y del “*que se vayan todos*”, llegó a su mínimo histórico. En ese momento, menos de uno de cada diez argentinos confiaba en los jueces. Los cambios en el mecanismo de designación

de los jueces de la Corte Suprema, así como los esfuerzos para mejorar la difusión de la actividad judicial²¹, lograron cierta recuperación, pero la inseguridad ciudadana frente al delito mantuvo la insatisfacción frente a las tareas judiciales (Bergoglio, 2014).

Tal como ha ocurrido en otros países²², las propuestas de participación lega en las decisiones judiciales, que implican un modo de controlar el poder de los magistrados, encontraron terreno propicio en la falta de confianza en la justicia. De hecho, la inclusión de mecanismos de participación popular en las decisiones judiciales iniciada en Córdoba en 2005 aparece ligada a la búsqueda de legitimación del poder judicial, tal como se recordó durante el debate parlamentario (Bergoglio y Viqueira, 2019).

La situación en otras provincias fue similar. La reforma del Código Procesal Penal de Neuquén de 2011, que incluyó los juicios por jurado, así como la ley de jurados de Buenos Aires del 2013, estuvieron igualmente motivadas por el reconocimiento de la pérdida de confianza de la sociedad en la Justicia y la necesidad de aproximar los ciudadanos a los jueces (Porterie y Romano, 2018).

En resumen, puede decirse que el contexto cultural y político que rodeó la introducción de la participación ciudadana en algunas provincias argentinas resultaba favorable a la aceptación de la innovación. La consolidación de la cultura de la legalidad hace menos tolerable la desobediencia de las cláusulas constitucionales, mientras que los problemas de legitimidad judicial favorecen la incorporación de mecanismos que recortan la autoridad de los magistrados. La innovación resultó también más sencilla debido a la

²¹Para una descripción de los esfuerzos realizados para recuperar la legitimidad de la Corte después de la crisis, ver (Ruibal 2010). El lanzamiento del canal judicial CIJ TV, señal de noticias de transmisión en vivo por Internet de todo el Poder Judicial, realizado por la Suprema Corte de Justicia en agosto de 2011 un hito significativo de estas estrategias.

²²Así, Klijn y Croes (2007) informan sobre un proyecto para incorporar la participación ciudadana en las decisiones ciudadanas en Países Bajos, originado en un clima de descontento popular por la excesiva clemencia de los jueces. Por su parte Fukurai y Krooth (2010) exponen una propuesta para instaurar el jurado popular en México, dentro de un conjunto de medidas para reformar la administración de justicia, considerada vulnerable a la corrupción asociada al narcotráfico. En Japón, la reintroducción del sistema *saiban-in* en 2009 tuvo el objetivo de reducir la distancia entre los ciudadanos y los tribunales, promoviendo la confianza pública en el sistema de justicia (Fujita 2018).

familiaridad de los ciudadanos con la nueva institución, presente con frecuencia en los productos culturales de origen anglosajón difundidos por los medios de comunicación.

El papel de los actores

Como señala (Pásara 2010), abogados litigantes y funcionarios judiciales se hallan tanto los protagonistas principales como las principales fuentes de resistencias en los procesos de reforma judicial latinoamericanos. En esta sección consideraremos igualmente el rol jugado por la sociedad civil y el apoyo internacional.

Analizando las razones que frenaron las diversas iniciativas presentadas desde el siglo XIX a nivel parlamentario, Cavallero y Hendler (1988) subrayan la resistencia de los magistrados educados en la tradición inquisitorial a estos cambios. Por otra parte, se trata de una respuesta esperable, en tanto la participación ciudadana en las decisiones judiciales implica un recorte del poder de los jueces.

A medida que el proceso penal oral se comenzó a difundir en el país, este obstáculo comenzó a perder importancia. En Córdoba, donde se aplicaba una forma mixta de proceso penal oral desde 1939, el sistema acusatorio pleno entró en vigor en su totalidad en 1998. Ese mismo año se realizó la experiencia inicial de participación ciudadana, con la incorporación de escabinos a solicitud del juez o las partes. Pese a la modestia del cambio, resultó significativo para reducir las resistencias de los magistrados, como lo consignan Ferrer y Grundy (2003), quienes realizaron una encuesta de opinión entre los jueces y fiscales.

La resistencia de magistrados y abogados a la ampliación de la participación prevista por la ley 9182 fue bastante mayor, tal como pudo observarse durante el debate parlamentario en 2004. Con la implementación de la ley, esa postura -conectada con el temor al endurecimiento punitivo- se expresó en los recursos de inconstitucionalidad que retrasaron la aplicación del nuevo procedimiento. El decidido apoyo del Tribunal Superior

provincial, rechazando las objeciones de constitucionalidad, permitió el afianzamiento de los tribunales mixtos²³.

Pronto resultó evidente que los legos ejercen responsablemente su rol, y que su presencia en los estrados no aumenta la dureza de los castigos (Bergoglio y Amietta, 2012). También se observó mejora de la opinión sobre la justicia entre quienes participaban como jurados (Andruet, Ferrer, y Croccia, 2007; Tarditti, Ferrer, Croccia, y Soria, 2011).

La Corte Suprema de Justicia, que en el pasado había justificado la inacción del Congreso respecto a la sanción de una ley de jurados (Cavallero y Hendler, 1988) varió su postura una vez difundidos los primeros resultados de la experiencia cordobesa. En el caso Casal, el alto tribunal señaló que la Constitución Nacional estableció como objetivo el establecimiento de un proceso acusatorio y con participación popular, según el modelo anglosajón (Alliaud y Kessler, 2017) aceptando que la marcha hacia esta meta pueda realizarse progresivamente. Igualmente, en 2006, instó al Congreso a establecer el juicio por jurados, según lo prescribe la Constitución²⁴.

La progresiva aceptación de la participación ciudadana en el ámbito judicial se observa igualmente en el caso de la ley de jurados de Neuquén de 2011, cuya redacción estuvo a cargo de una comisión integrada por representantes de los tres poderes del Estado.

En mayo de 2019, la Corte Suprema de la Nación defendió al juicio por jurados, concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa no solo el derecho de una persona de ser juzgada por sus pares, sino fundamentalmente el derecho del pueblo a juzgar. Igualmente respaldó la facultad de las provincias para implementar el tipo de jurados que considera óptimo para su realidad local²⁵.

²³Para una descripción detallada del proceso de adopción de la ley cordobesa, ver (Bergoglio 2010), especialmente capítulos 1 y 4.

²⁴La propuesta se encuentra en el Expediente 681/06, disponible en el archivo del Senado de la Nación.

²⁵Canales, Mariano Eduardo y otros/ homicidio agravado, Sentencia del 2 de mayo de 2019, CSJN, Fallo CSJ 461/2016, Id SAIJ: FA19000053. Ver análisis del contenido de este fallo en (Bergoglio y Viqueira, 2019; Elhart, 2019)

Para entender la rápida difusión de las iniciativas juradistas, no basta con repasar las posturas adoptadas por jueces y abogados. Resulta necesario analizar también el rol cumplido por la sociedad civil y el apoyo internacional a las reformas.

La iniciativa cordobesa de jurados surgió en un escenario de movilizaciones populares a nivel nacional, conectadas con la inseguridad frente al delito y la búsqueda de endurecimiento punitivo. En abril de 2004, más de ciento cincuenta mil personas marcharon hacia el Congreso de la Nación para entregar un petitorio que incluía el reclamo de castigos más duros²⁶. La concurrencia multitudinaria a estas marchas, que se repitieron en diferentes ciudades del país, así como la masiva adhesión a los petitorios de este movimiento impulsaron rápidas respuestas. En Buenos Aires, el Congreso comenzó a debatir reformas al Código Penal, y el Ministerio de Justicia incluyó una propuesta de juicio por jurados siguiendo el modelo anglosajón en el Programa *Justicia en Cambio*, que contó con el apoyo de la Fundación Libra y el financiamiento de la Embajada de los Estados Unidos (Cejaamericas, 2005)²⁷.

Mientras en el escenario nacional se sucedían estas iniciativas, en Córdoba el gobierno provincial propuso ampliar la experiencia de participación popular en los tribunales penales. Juan Carlos Blumberg, líder del movimiento que solicitaba seguridad frente al delito y endurecimiento punitivo, visitó al Gobernador con su asesor del Manhattan Institute para expresar su apoyo a la iniciativa. Esta presencia – al igual que el apoyo financiero de la embajada de los Estados Unidos para el desarrollo del proyecto de ley de jurados a nivel nacional – muestra la presencia de actores internacionales en el proceso de reformas.

También las organizaciones no gubernamentales han sido activas promotoras de la incorporación de la participación ciudadana en las decisiones judiciales. En marzo de 2009, el INECIP lanzó una campaña nacional para reclamar el cumplimiento de las normas

²⁶Para un análisis más detallado de este movimiento social ver (Maihold 2012).

²⁷Tal como se indicó más arriba, esta iniciativa desembocó en noviembre de 2004 en la presentación de un proyecto de ley de jurados, avalado entre otros por la entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner. La propuesta ha sido reiterada en múltiples oportunidades.

constitucionales relativas al juicio por jurados. Por su intermedio, se presentaron simultáneamente en las provincias de Buenos Aires, Corrientes, Río Negro, Chubut, Catamarca, La Rioja, Tucumán y La Pampa excepciones de falta de jurisdicción, reclamando en casos concretos la constitución de un jurado de ciudadanos. La iniciativa se fundaba en una visión crítica del funcionamiento de la administración de justicia ²⁸.

Después de la aprobación de la ley de Buenos Aires en 2013, la Asociación Argentina de Juicios por Jurados y el INECIP iniciaron una campaña de difusión del ideario juradista por todo el país, centrada en simulacros de juicios por jurados, realizados en cooperación con universidades u organismos estatales²⁹. Esta campaña se articuló en torno a la idea de que el único modelo de jurado compatible con la Constitución Nacional es el clásico anglosajón.

Los esfuerzos de estas ONGs incluyeron también la organización de congresos sobre el tema en distintas provincias, con el apoyo económico de la embajada norteamericana y la presencia de especialistas de ese país, comprometidos con la difusión de esta forma de juzgamiento, como Shari Seidman Diamond (Northwestern University), Paula Hannaford (National Center for State Courts) y Valerie Hans (Cornell University).

La campaña a favor de la participación lega, así como el trabajo de lobby en las legislaturas locales realizados por INECIP y la AAJJ desembocó en que las provincias de Buenos Aires, Mendoza, Chaco, San Juan y La Rioja adoptaron en sus leyes de jurado el modelo anglosajón clásico, aun con algunas variantes.

Lo hasta aquí expuesto comprender mejor cómo se logró finalmente la adopción de la participación ciudadana en las decisiones penales en Argentina, tras un siglo y medio de intentos infructuosos. A diferencia de las múltiples iniciativas presentadas desde 1870, los

²⁸Ver "Acciones judiciales para instaurar los juicios por jurados", *Diario Judicial*, 18 de marzo de 2009, accesible en <https://www.diariojudicial.com/nota/59320>.

²⁹Tales simulacros se han realizado por ejemplo en Buenos Aires (2013, 2014, 2017, 2018), Río Negro (2013), Mendoza (2014), La Rioja (2014), Rosario (2015), Santa Fe (2016), Chubut (2017), según se informa en la página web del INECIP (<https://inecip.org/tag/simulacro-de-juicio-por-jurados/>).

proyectos que lograron convertirse en ley contaron con la participación de diversos actores de la sociedad civil, y también con apoyo internacional.

Comentarios finales

Como se ha indicado en los apartados precedentes, la incorporación de la participación ciudadana a las decisiones judiciales en los primeros años del siglo XXI ocurrió en un contexto cultural y político favorable, que permitió la confluencia de los esfuerzos de distintos tipos de actores.

Cabe notar otros rasgos de este proceso de transferencia jurídica, que favorecieron su consolidación. A diferencia de lo ocurrido por ejemplo en Venezuela o Bolivia, donde el nuevo modelo de juzgamiento era aplicable en todo el país, la experiencia argentina comenzó prácticamente como una experiencia piloto, en tanto su implementación entre 1998 y 2004 tenía carácter facultativo. Cuando han transcurrido quince años desde la primera aplicación obligatoria (Córdoba 2005), el sistema está vigente en sólo siete de las veintitrés provincias. No cabe duda de que el gradualismo, favorecido por la organización federal del país, ha permitido reducir las resistencias a un cambio que supone un claro recorte a las facultades de los magistrados.

Los estudios sociológicos han señalado que la posibilidad de adaptar las disposiciones normativas a las circunstancias locales facilita la aceptación de las transferencias normativas (Berkowitz et al., 2003). En la búsqueda de asegurar la representatividad del jurado, Córdoba estableció la obligatoriedad de la composición equilibrada por géneros de los convocados a participar en los tribunales mixtos. Por su parte, la ley de Neuquén incluyó a miembros de los pueblos originarios cuando el imputado pertenece a esa comunidad, como un modo de enfatizar el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares. Esta disposición, que convierte al trasplante del jurado anglosajón en una *traducción* a las necesidades locales, según la expresión de Hans (2017), se encuentra igualmente en el ordenamiento adoptado por la provincia del Chaco.

La posibilidad de adaptar las normas trasplantadas a las condiciones particulares de la sociedad receptora es mayor cuando su aprobación está precedida de un amplio proceso de deliberación. Tal como ha señalado Nino (1992), la expansión del debate público hace más racional el proceso de justificación de las reglas y contribuye a mejorar la adhesión a la ley. En este sentido, la campaña de difusión realizada por las organizaciones no gubernamentales participantes ha facilitado la aceptación de la innovación.

Reflexionando críticamente sobre las dificultades de los procesos de reforma judicial en América Latina, Pásara (2015), ha destacado que, en muchos casos, la ciudadanía se limitaba a contemplar de lejos el debate entre abogados y magistrados sobre los cambios en la administración de justicia. Ha señalado igualmente que, en algunos países, la presencia internacional resultaba muy intensa, en tanto la cuestión de las reformas había ingresado a la agenda pública mediante las acciones desarrolladas por la cooperación internacional.

El análisis de la consolidación de la experiencia de participación ciudadana en Argentina muestra que este proceso de transferencia jurídica siguió un rumbo diferente. Incorporado en el entramado constitucional desde el siglo XIX, siguiendo el modelo norteamericano, quedó olvidado durante mucho tiempo, ya que la resistencia de los magistrados a compartir su poder con los legos paralizaba las múltiples iniciativas parlamentarias presentadas en las décadas siguientes.

Recién cuando el tema llegó a la agenda pública apoyado por movilizaciones populares, la participación ciudadana en las decisiones penales logró convertirse en ley, y los ciudadanos comenzaron a compartir el estrado con los jueces. Más adelante, las campañas organizadas por las organizaciones no gubernamentales, así como los resultados favorables logrados en las primeras experiencias, facilitaron la extensión de la institución en otras jurisdicciones. La cooperación internacional estuvo presente en este proceso, aunque de un modo bastante discreto, favoreciendo la presencia de académicos norteamericanos y apoyando económicamente la realización de eventos públicos para la discusión de las iniciativas de reforma.

Se ha discutido el peso relativo de los diferentes actores en la exitosa incorporación de la participación ciudadana en Argentina. Hans (2017) subraya el papel cumplido por los académicos, así como por la cooperación internacional en este proceso. Su mirada se alinea con la perspectiva de Cotterrell (2001), quien enfatiza el papel de los profesionales en los procesos de cambio en la cultura jurídica. Sin embargo, la presencia de destacados juristas fue habitual en la larga serie de iniciativas previas que no alcanzó a recibir tratamiento parlamentario.

Desde mi perspectiva, el apoyo social a estas reformas resultó clave en su exitoso resultado³⁰. La demanda de participación en las decisiones judiciales, presentada por un movimiento social en el caso de Córdoba, y continuada en otras provincias a través de la acción de las organizaciones no gubernamentales, constituyó un elemento decisivo en el proceso de cambio. En este sentido, la incorporación de los jurados a los tribunales penales representa un avance en el proceso de democratización, que se ha consolidado gracias a los esfuerzos de la sociedad civil.

³⁰He desarrollado este argumento con mayor detalle en (Bergoglio 2017).

Referencias bibliográficas

- Alliaud, Alejandra y Kessler, Miguel. (2017). “El juicio por jurados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.”, *Juicio por Jurados y procedimiento Penal*, Buenos Aires, Jusbaire, pp. 227–53.
- Amietta, Santiago Abel. (2019). “Participación ciudadana en contexto: Tendencias y modelos de juicios con jurados en clave socio-jurídica.”, *En el estrado: la consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*, Córdoba, Advocatus, pp. 27–55.
- Andruet, Armando, Carlos Ferrer, y Laura Croccia. (2007). “Jurados Populares”, *Gestión del sistema de Administración de Justicia y su impacto social*, Córdoba, Argentina, Colección Investigaciones y Ensayos, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez.
- Bergoglio, María Inés. (2010). *Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados*, Córdoba, Advocatus.
- Bergoglio, María Inés. (2014). “Participación ciudadana en la justicia y legitimidad judicial: Sobre las consecuencias del juicio por jurados.”, *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, México, Universidad Autónoma de México, pp. 53–77.
- Bergoglio, María Inés. (2015). “Miradas sobre el castigo penal en los ciudadanos comunes: Sobre la distancia entre comentar y decidir.” *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. XV, pp. 555–70.
- Bergoglio, María Inés. (2017). “The Dissemination of Jury Trials: A Reading from Argentina”, *Law & Society Review*, Vol. 51, No. 3, pp. 1–8.
- Bergoglio, María Inés y Amietta, Santiago Abel. (2012). “Reclamo social de castigo y participación lega en juicios penales: Lecciones desde la experiencia cordobesa.” *Revista Derecho Penal - Infojus*, Vol. I, No. 3, pp. 49 – 59.
- Bergoglio, María Inés y Sebastián Viqueira. (2019). “El largo camino hacia la participación ciudadana en la justicia.” *En el estrado: la consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*, Córdoba, Advocatus, pp. 55–80.
- Berkowitz, Daniel, Pistor, Kathrina y Richard, Jean-Francois. (2003). “The

- TrasplantEffect.” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No.1, pp. 163–203.
- Binder, Alberto. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Cavallero, Ricardo y Hendler,Edmundo. (1988). *Justicia y Participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad.
- Cejamericas. (2005). *Reporte de la Justicia, 2004-2005*, Recuperado de <http://www.cejamericas.org/areas-de-trabajo/tecnologia-de-la-informacion-y-transparencia/informacion-judicial#reportes-de-justicia>
- Cotterrell, Roger. (2001). “Is There a Logic of Legal Trasplants?”, *Adapting Legal Cultures*, Hart, pp. 70–92.
- Dezalay, Yves y Bryant, Garth. (2005). *La Internacionalización de las luchas por el poder*, México-Bogotá, UNAM - ILSA.
- Elhart, Raúl. (2019). “Puntualizaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el juicio por jurados - Sentencia del 2 de mayo de 2019: Causa „Canales.”” *Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/05/doctrina47624.pdf>
- Ferrer, Carlos y Grundy,Celia. (2003). *El enjuiciamiento penal con jurados en la provincia de Córdoba*, Córdoba, EditorialMediterránea.
- Fujita, Masahiro. (2018). “Lay Participation System and Trust in the Justice System.”, *Japanese Society and Lay Participation in Criminal Justice*, Springer, Singapore, pp. 175–218.
- Fukurai, Hiroshi y Krooth,Richard. (2010). “The Establishment of All-Citizen Juries as a Key Component of Mexico’s Judicial Reform”, *Texas Hispanic Journal of Law and Policy*, Vol. 16, No.51, pp. 52–100.
- Goldbach, Toby S. (2019). “Why Legal Transplants?”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 15, No.1, pp. 583–601.
- González Oropeza, Manuel. (2000). “El juicio por jurado en las Constituciones de México.”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio No.002, pp. 73–86.
- Han, Pablo, Párraga,Jesús, y Morales,Jorge. (2006). “La participación ciudadana en la justicia penal venezolana.”, *CENIPEC*, enero-diciembre No.25, pp. 247–69.

- Hans, Valerie. (2017). "Trial by Jury: Story of a Legal Transplant.", *Law & Society Review*, Vol.51 No.3, pp. 471–99.
- Heim, Andres. (2012). "Juicioporjurados. Unapacientesespera.", *Revista Derecho Penal - Infojus*, Vol. I, No.3, pp. 151–70.
- Jackson, John D. y Kovalev, Nikolai P. (2016). "Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury.", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol.6, No.2, pp. 368–95.
- Klijn, Albert y Croes, Marnix. (2007). "Public Opinion on Lay Participation in the Criminal Justice System of the Netherlands. Some Tentative Findings from a Panel Survey.", *Utrecht Law Review*, Vol.3, No.2, pp. 157–68.
- Langer, Maximo. (2004). "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure.", *Harvard International Law Journal*, No.45, pp. 1–64.
- Langer, Maximo. (2007). "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery.", *The American Journal of Comparative Law*, No.55, pp. 617–76.
- Londoño Tamayo, Alejandro. (2014). "El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal.", Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Recuperado de <https://eprints.ucm.es/29634/1/T35966.pdf>
- Maihold, G nther. (2012). "La política del dolor ante la (in)acción del Estado en materia de seguridad. Los casos Blumberg en Argentina y Sicilia en México.", *Nueva Sociedad*, julio-agosto No.240, pp. 188–200.
- Miller, Jonathan M. (2003). "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process.", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.51, No.4, pp. 839–85.
- Mooney, Alfredo Eduardo. (1998). *El Juicio por Jurados*, 3a. edición, Córdoba, Editorial Francisco Ferreyra.
- Nino, Carlos. (1992). *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé.
- Orias Arredondo, Ramiro. (2013). "Jueces ciudadanos: Democratizando la justicia en Bolivia.", *Revista Sistemas Judiciales*, Vol.9, No.17, pp. 26 – 38.
- Park, Ryan Y. (2010). "The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea.", *American Journal of Comparative Law*, Vol.58, No.3, pp. 525–82.

- Pásara, Luis. (2010). “Reformas del sistema de justicia en América Latina: Cuenta y balance.”, *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM., pp. 372–418.
- Pásara, Luis. (2015). *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México, UNAM.
- Piwonka Figueroa, Gonzalo. (2008). “Los Juicios por jurados En Chile.”, *Revista Chilena de Historia Del Derecho*, No.20, pp. 133–46.
- Porterie, Sidonie y Romano,Aldana. (2018). *El poder del Jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediciones del INECIP.
- Riego Ramírez, Cristian. (2007). *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de seguimiento, IV Etapa*. Santiago, Chile, Cejamericas. Recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5367/CEJAIV.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ruibal, Alba. (2010). *Proceso de reformas a la Corte Suprema argentina. Gobierno, sociedad civil y crisis institucional*, Mexico, UNAM.
- Slemian, Andrea y Garriga,Carlos. (2018). “Justicia popular: Sobre la dimensión judicial del primer constitucionalismo iberoamericano.”, *JahrbuchFürGeschichteLateinamerikas Anuario de Historia de América Latina*, No.55, pp. 27–59.
- Smulovitz, Catalina. (2013). “Acceso a La Justicia. Ampliación de Derechos y Desigualdad En La Protección.”, *Revista SAAP*, No.7, pp. 245–54.
- Tarditti, Aída, Ferrer,Carlos Francisco,Croccia,Laura y Soria,Arsenio. (2011). “Análisis del funcionamiento del sistema de jurados en la provincia de Córdoba desde su implementación en 2006, en el marco de la Ley 9182.”, *Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba*, Córdoba, Centro de Capacitación Ricardo Nuñez, pp. 52 – 96.
- Turner, Frederick C. y Marita Carballo. (2010). “Cycles of Legitimacy and Delegation across Regimes in Argentina, 1900-2008.”, *International Social Science Journal*, Vol.60, No.196, pp. 273–83.
- Vilanova, José Lucas. (2004). “Juicio por jurados y construcción de ciudadanía: Relaciones

- entre procedimiento y democratización.”, *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, La Pampa, Argentina, pp. 463–73.
- Viqueira, Sebastián y Mutal, Marina. (2016). “Modelos democráticos y punitivos en el juicio por jurado argentino.”, *XVII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Sociología Jurídica “Nuevos escenarios latinoamericanos: Debates socio jurídicos en el marco del Bicentenario de la Independencia,”* editado por SASJU, Tucumán, Argentina.
- Zampini, Virgilio. (2002). “Chubut Siglo XIX: Una década de juicio por jurados.”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol.8, No.14, pp. 343–54.

LA SELECTIVIDAD PENAL NEGATIVA DE LAS MUERTES ILEGÍTIMAMENTE PRESENTADAS COMO BAJAS EN COMBATE POR LA FUERZA PÚBLICA DEL ESTADO COLOMBIANO

Pablo Elías González Monguí¹

ORCID: 0000-0002-4096-5187

Correo electrónico: pegonzalez@ucatolica.edu.co

Resumen

Las muertes ilegítimamente presentadas como producidas en combate por la fuerza pública del Estado colombiano, denominadas en el lenguaje internacional de los derechos humanos como “ejecuciones extrajudiciales” o en el de la prensa colombiana como “falsos positivos”, durante muchos años se trató de evitar su esclarecimiento por parte de la Justicia penal militar y policial mediante la apertura de investigaciones que por competencia le correspondían a la Justicia penal ordinaria, o a través de autos inhibitorios, preclusiones o conflictos de competencia, con el objetivo de que no se conociera la verdad, es decir, se realizaron procesos de selección penal negativa ilegítimos de estas conductas punibles (procesos de no criminalización), de los miembros de la fuerza pública, autores y determinadores, para que los crímenes quedaran en la impunidad. En esta investigación se corroboran las características de estos procesos unidos al poder de definición y cómo finalmente se vienen esclareciendo los crímenes mediante la intervención de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en aplicación de la justicia transicional, debido al interés de los miembros de la fuerza pública implicados, no tanto para que se establezca la verdad, sino que se les reduzca la pena y no quedar bajo la órbita de la Corte Penal Internacional (CPI).

Palabras clave: selección penal negativa, muertes ilegítimas, bajas en combate, fuerza pública, impunidad.

¹Abogado especializado en Derecho Penal y Criminología. Doctor en Derecho., docente investigador de la Universidad Católica de Colombia. Esta investigación es un producto del autor vinculado al Grupo de Investigación Conflicto y Criminalidad, línea de investigación “Fundamentos y transformaciones del poder punitivo”, proyecto “Nueva criminalidad y control” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

**THE NEGATIVE CRIMINAL SELECTIVITY OF
DEATHS ILLEGITIMATELY PRESENTED AS CASUALTIES IN
COMBAT BY THE COLOMBIAN STATE PUBLIC FORCE**

Abstract

The non-legitimate deaths presented as produced in combat by the Colombian State security forces, called in the international language of human rights as "extrajudicial executions" or in the Colombian press as "false positives", for many years tried to avoid its clarification by the military and police criminal Justice through the opening of investigations that by competence corresponded to the ordinary criminal justice, or through inhibitory orders, preclusions or conflicts of jurisdiction, in order that the truth was not known, in other words, illegitimate negative criminal selection processes were carried out for the unpunishable behaviors (non-criminalization processes), by members of the public force, authors and determiners, so that the crimes remained in impunity. This research corroborates the characteristics of these processes together with the definitional power and how the crimes are finally being clarified through the intervention of the Special Jurisdiction for Peace (JEP) in application of transitional justice, due to the interest of the members of the public force involved, not so much so that the truth is established, but rather that their sentence is reduced and they do not fall under the orbit of the International Criminal Court (ICC).

Keywords: negative penal selection, illegitimate deaths, casualties in combat, public force, impunity.

**A SELETIVIDADE PENAL NEGATIVA DAS MORTES ILEGITIMAMENTE
APRESENTADAS COMO BAJAS EM COMBATE PELA FORÇA PÚBLICA DO
ESTADO COLOMBIANO**

Resumo

As mortes apresentadas ilegalmente como produzidas em combate pelas forças públicas do Estado colombiano, referidas na linguagem internacional dos direitos humanos como "execuções extrajudiciais" ou na da imprensa colombiana como "falsos positivos", durante

muitos anos tentaram evitar o seu esclarecimento pela justiça criminal militar e policial através da abertura de investigações que por competência correspondessem à justiça penal ordinária, ou através de medidas inibitórias, preclusões ou conflitos de competência, com o fim de que a verdade fosse desconhecida, ou seja, foram realizados processos ilegítimos de seleção criminal negativa para essas condutas puníveis (processos de não criminalização), de integrantes da força pública, perpetradores e determinantes, para que os crimes permanecessem na impunidade. Esta investigação corrobora as características desses processos juntamente com o poder de definição e como os crimes estão finalmente sendo esclarecidos por meio da intervenção do Jurisdicção Especial de Paz (JEP) em aplicação da justiça de transição, devido ao interesse dos membros das forças públicas envolvidas, não tanto para que a verdade seja estabelecida, mas sim para que suas penas sejam reduzidas e não caiam na órbita do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Palavras-chave: seleção criminal negativa, mortes ilegítimas, vítimas em combate, força pública, impunidade.

Introducción

Desde hace por lo menos cinco décadas se denuncia en Colombia un gran número de muertes de personas conocidas en el lenguaje de los derechos humanos como ejecuciones extrajudiciales o eufemísticamente denominadas como “falsos positivos”.

Las ejecuciones extrajudiciales son muertes de civiles a manos de agentes estatales por uso indebido o excesivo de la fuerza, o muertes de personas (civiles o individuos al margen de la ley) ilegítimamente presentadas como bajas en combate, quienes fueron engañados o privados de la libertad para luego ser ejecutados en regiones distantes de su lugar de residencia con la intención de que no fueran reclamados y terminar inhumados como N.N. en los cementerios (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

En Colombia la prensa denominó esas ejecuciones como “falsos positivos”, con referencia a “un lenguaje castrense en el que positivo es una acción militar o policial que

resultó exitosa o verídica, y, por tanto, el falso positivo es una acción que no era ni verdadera ni positiva” (González Monguí, 2013: 276).

Las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano ascienden a varios miles de casos que, junto con otras graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de guerra, tienen una elevada tasa de impunidad (ONU, informes anuales 2018 y 2019). Lo anterior significa que, un gran número de casos no fueron seleccionados para ser investigados, o las investigaciones son deficientes o pueden existir mecanismos de poder que inciden para que no se establezca la verdad, ni a los responsables de los delitos. La existencia de una alta tasa de impunidad indica que el sistema penal colombiano no está funcionando de manera eficiente, lo que nos lleva a buscar explicaciones sobre las posibles causas.

El sistema penal realiza procesos de selección penal, bajo el supuesto de que la ley penal es igual para todos y la totalidad de los delitos averiguables de oficio deben ser investigados y sancionados, para lo cual debe establecer las conductas realizadas y que son definidas como punibles y los autores o partícipes de ellas, como en los casos particulares de las llamadas ejecuciones extrajudiciales.

La selección penal se realiza mediante procesos de escogencia que son de dos tipos. Uno de naturaleza positiva cuando se seleccionan unos comportamientos y sujetos para atribuirles la condición de criminales, y otro, de naturaleza negativa, cuando las conductas punibles y personas que debieran ser criminalizadas quedan a salvo de tal selección y son excluidos del alcance penal, no son etiquetados ni procesados penalmente (Silva, 2011a; Silva, 2011b). La alta tasa de impunidad de las ejecuciones extrajudiciales indica que existen procesos de selección penal negativa, que excluyen o atenúan la aplicación de la ley penal a los responsables de los delitos. La pregunta que surge y se pretende resolver en esta investigación es la siguiente: ¿cómo se expresan o manifiestan esos procesos de selección penal negativa con respecto a las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano y qué características tienen?

La presente investigación es de naturaleza socio-jurídica en cuanto estudia el derecho en la vida y la práctica social, con una perspectiva analítica e interpretativa centrada en el entendimiento de las acciones sociales realizadas en los procesos de aplicación de la ley penal y de sus instituciones.

El punto de partida es la investigación criminológica publicada en el año 2013 por el autor del presente artículo, denominada *Procesos de selección penal negativa*, la cual se aplica a las ejecuciones extrajudiciales como estudio de caso.

Las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano

En la legislación penal internacional no se encuentra tipificada la ejecución extrajudicial como conducta punible bajo esa denominación; está cubierta por el tipo de homicidio de persona protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el cual es ejecutado por agente del Estado.

Tampoco en la legislación penal colombiana se encuentra tipificada bajo ese *nomen iuris*. Para la adecuación típica de esas conductas se debe recurrir al título II de la parte especial del Código Penal (Ley 599 de 2000) en el que se encuentran descritos los *Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*. En este título está el artículo 135 que describe el *homicidio en persona protegida* de sujeto activo indeterminado, supeditada su tipicidad a que se realice “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”, con una pena de prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

Si el homicidio se produce sin nexo con el conflicto armado, la disposición aplicable es el artículo 104, numeral 9 del Código Penal. Este señala como agravante específico, el homicidio “en persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro [...], de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia”, con una pena de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión (Gómez Méndez y González Monguí, 2020).

En el párrafo del artículo 135 del Código Penal se relacionan las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario: integrantes de la población civil; personas que no participan en hostilidades; heridos, enfermos o náufragos fuera de combate; personal sanitario y religioso; periodistas o corresponsales de guerra acreditados; combatientes que hayan depuesto armas; apátridas o refugiados; personas con condición de protección internacional dada por los convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977.

La Corte Penal Internacional –CPI–, por su carácter permanente representa un gran avance en materia de justicia internacional, cuenta con el Estatuto de Roma, instrumento adoptado desde 1998. En este Estatuto no se definen los delitos de lesa humanidad, aunque sí establece como tales, el asesinato (homicidio), el exterminio, el desplazamiento forzado de la población, la tortura, la desaparición forzada, entre otros, que se cometen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (art. 7).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es posible conferirle a delitos que en el ámbito del derecho penal común se denominan “homicidios” o “lesiones personales”, la categoría de delitos de lesa humanidad, si para la poca de su comisión Colombia ya había suscrito tratados sobre la sistematicidad y generalidad del ataque como criterios diferenciadores entre un delito común y conductas que en el nivel de la macro criminalidad afectan de manera superlativa los derechos humanos (Sala Penal, 2013).

La Corte Constitucional colombiana ha precisado que los delitos de lesa humanidad “son actos inhumanos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz” (Sentencia C-578, 2002). La Corte Suprema de Justicia considera que las expresiones “ataque generalizado” designa “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” se refiere al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Además, “como se emplea el término disyuntivo “o”, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático” (Fallo de Revisión, 2009; Auto, 2010).

Por otra parte, la Corte Constitucional se apartó del criterio que vinculaba los delitos de lesa humanidad con la existencia de un conflicto armado y con la participación de agentes del Estado, al acoger los planteamientos contemporáneos del Derecho penal internacional, acerca de que estos crímenes pueden ocurrir por dentro o por fuera de un conflicto armado y con o sin la participación de agentes estatales y pueden ser realizados por particulares (Sentencia C-578-02). Además, se debe tener en cuenta que el artículo 83 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece que “la acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”.

La denominación de *ejecuciones extrajudiciales* no es adecuada en los países en que no existen ejecuciones judiciales (pena de muerte), pero como es una terminología aceptada internacionalmente *las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano* se considera como una de sus modalidades, con la aclaración realizada.

No existe una estadística uniforme en relación con el número de casos que se han presentado, ni tampoco una fecha específica desde cuando este tipo de crímenes comenzó a ejecutarse por parte de agentes del Estado. El Centro Nacional de Memoria Histórica expuso que de 1970 a 1982 hubo masacres, muertes selectivas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y ataques sistemáticos contra la población civil cometidos por la

guerrilla, los paramilitares, los narcotraficantes y agentes del Estado (2014). Todo lo anterior surgió con ocasión de la lucha partidista, que consiguió un desarrollo sistemático y maximizado a partir de la década de los setenta con la aparición de las luchas insurgentes de la guerrilla y por otra parte, la respuesta drástica del Estado, por medio de la declaratoria constante de los estados de sitio, con base en el artículo 121 de la Constitución Política colombiana de 1886, que limitó el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, y asignó a las autoridades militares el juzgamiento de civiles. Por esa época las fuerzas militares tuvieron un manejo del orden público amplio y autónomo, lo que permitió la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en especial la prevalencia de modelos de justicia de corte militar aplicada a civiles (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014).

La agudización del conflicto armado interno y de las violaciones de los derechos humanos, sucedió por los años 1978 a 1982, época de vigencia del Decreto 1923 de septiembre de 1978, conocido como el *Estatuto de Seguridad*, en que el sistema penal militar fue empleado para perseguir, encarcelar, torturar, reprimir, asesinar y desaparecer personas consideradas enemigas del régimen político (Amnistía Internacional, 1980)². Igualmente se conocieron casos de “ejecuciones sumarias” de guerrilleros o sus simpatizantes (ONU, 1990).

Después de 1982 se continuaron presentando “ejecuciones sumarias o arbitrarias” de campesinos, dirigentes sindicales principalmente de la Central Unitaria de Trabajadores CUT y a partir de la creación de la organización de izquierda denominada Unión Patriótica en 1985, se desató el exterminio físico y selectivo de sus militantes y de otros activistas políticos de izquierda (ONU, 1990). Además de las anteriores, muestra de las muertes ilegítimas en esa época, lo corroboran los hechos del día 5 de febrero de 1987, en la vereda Piedra Azul del municipio de Concepción, en donde fueron asesinados cuatro campesinos por miembros del Batallón García Rovira y presentados como muertos en combate (CIDH,

²Amnistía Internacional en el *Primer informe sobre Derechos Humanos en Colombia* (1980), con una metodología fundamentalmente testimonial, recogió los casos de 80 indígenas, 230 campesinos, 110 sindicalistas y 130 profesionales que acusaron al Gobierno y a militares de haberlos sometido a vejámenes, detenciones arbitrarias y torturas. El informe reporta el asesinato por razones políticas de 40 indígenas y 70 civiles.

1993).

El rango temporal con el que la JEP abrió el caso 03 de las muertes ilegítimas, se ubica entre 1985 y 2016. Estos homicidios aumentan a partir del año 2002 y muestra su etapa más crítica entre 2006 y 2008 con el 59.3% de las víctimas de un total de 2.248 identificadas por la Fiscalía entre 1988 y 2014. Las muertes ilegítimas ocurrieron en 29 de los 32 departamentos del país, pero en diez departamentos se concentró cerca del 75% de los casos. En cuatro de las ocho divisiones militares se concentró el 60% de los casos. El 48% de las víctimas fueron hombres jóvenes entre los 18 y 30 años (JEP, auto apertura, 2018. Comunicado 185 de 2019). Las víctimas fueron habitantes de zonas rurales (campesinos) aunque posteriormente el fenómeno se replicó en zonas urbanas en personas en condición de vulnerabilidad socio-económica, trabajadores informales, habitantes en la calle o discapacitados (JEP, 2020a). A mayo de 2020 los miembros de la fuerza pública que solicitaron ingreso a esa jurisdicción y que suscribieron actas de compromiso ascendía a 2.680 (JEP, 2020b).

Las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano (homicidios), regularmente concurren con el delito de desaparición forzada, y con otros delitos como fraude procesal, falsedad en documentos y concierto para delinquir. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha precisado que, si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, existen dos conductas diferenciables que, por tanto, concurren, por presentar dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación (la muerte) no descarta la existencia de la desaparición forzada (2014). Existe un concurso de delitos, porque las personas presuntamente murieron en combate por pertenecer a una supuesta organización guerrillera; primero fueron engañados para que acompañaran a algún miembro de la fuerza pública que les iba a garantizar trabajo o bajo cualquier otra treta, luego privados de la libertad ilegalmente, esto es, sin orden judicial; posteriormente los uniformaron con prendas militares y luego fueron ejecutados, les pusieron armas al pie de los cuerpos y los mostraron públicamente como guerrilleros, muchos de ellos sin identidad.

Uno de los verbos del tipo penal de desaparición forzada tiene que ver con ocultar a la persona, sea física o moralmente, porque no se permite a los familiares conocer la privación de la libertad de estas personas y solamente se vino a saber acerca de la identidad de los muertos tras un proceso que se tomó su tiempo y aún hoy en día se desconoce el paradero de muchos de ellos (González Monguí, 2018a).

En el año 2015 la Fiscalía de la Corte Penal Internacional CPI concluyó que ha reunido información preliminar sobre las ejecuciones extrajudiciales, las cuales define como homicidios y desapariciones forzadas presuntamente cometidos por miembros de la Fuerza Pública de Colombia, y que de la revisión y análisis de un gran número de sentencias dictadas por los diferentes Tribunales de Colombia contra los miembros de mediano y bajo nivel de dirección, sin que se haya tocado los niveles superiores de la jerarquía militar, corrobora que hubo una presión constante sobre varias brigadas de "producir resultados" (Brigadas 4, 11, brigada móvil 15), cuyos autores siguieron un *modus operandi* similar para satisfacer las demandas de presión, así como para obtener beneficios personales (Office of the Prosecutor ICC, 2015).

La selectividad penal negativa y sus características

Los procesos de selección penal negativa son de dos tipos, ambos de naturaleza estructural. Uno, que se produce debido a la incapacidad o ineficacia del Estado para realizar el control penal en relación con la aplicación de la ley penal a todas las conductas punibles, y el otro es ejecutado por los agentes del Estado de manera consciente, deliberada, intencional o por voluntad política de que no se haga justicia (González Monguí, 2013). En este análisis nos referiremos a la segunda modalidad.

Aunque las investigaciones penales se inician siempre que se presenta la muerte violenta de una persona, no quiere decir que todos los casos se esclarecen, como ha sucedido con las muertes ilegítimas sucedidas durante los últimos 50 años, en que persistió la selectividad penal negativa, debido a que voluntariamente se encubrieron a los

responsables, los procesos no arrojaron resultados en todos los casos y se mantuvo una política de negar responsabilidades.

Para efecto de la caracterización de los *Procesos de selección penal negativa* de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública del Estado colombiano, se parte de las siguientes características generales (González Monguí, 2013):

1. El proceso de selección penal está vinculado al poder político y particularmente al poder de definición.
2. La exclusión del alcance penal, o la atenuación o disminución del rigor penal mediante la creación de la ley penal o la aplicación de esta.
3. Ausencia o deficiencia en el control social preventivo.
4. Establecimiento o aplicación de privilegios en materia penal.
5. La aplicación de técnicas de neutralización,
6. Ausencia o deficiencia del control social proactivo: falta de voluntad política del Estado de establecer la verdad y sancionar a los responsables.
7. Benignidad penal con el victimario.
8. Investigación deficiente e insuficiente de los crímenes.
9. Exclusión de la aplicación de penas o penas bajas en los procesos de selección penal negativa.
10. Falta de garantías adecuadas para la intervención de las víctimas y el ejercicio de su derecho de contradicción.
11. Ausencia o insuficiencia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Estas características generales se aplican al caso en particular a efecto de verificar la existencia de procesos de selección penal negativa.

1. La aplicación de la Justicia penal militar y policial está vinculada al poder de definición

El criminólogo austro-estadounidense Frank Tannenbaum (1893-1969) fue el primero

en plantear hacia 1938, la existencia de un proceso de crear conciencia y autoconciencia, de etiquetar, definir, identificar, describir, enfatizar y segregar a las personas como delincuentes, de “hacer al criminal”, lo que incrementaba las posibilidades de que ese comportamiento pudiera continuar o repetirse (1957: 19-20). Por supuesto que esa conclusión lleva implícita también, el poder de decisión de “no hacer al criminal”.

Frank Tannenbaum, Howard Becker (1928) y Edwin M. Lemert (1912-1996), son considerados los sociólogos pioneros de la teoría contemporánea del control social, de la cual se deduce que la criminalidad es una etiqueta o definición que es impuesta a las personas en los procesos de interacción social (Silva, 2011b: 29 y 242). Este proceso que involucra el poder de definición es el que Edwin M. Schur (1930) denominó “criminalización” (1969). A su vez el proceso de criminalización que tiene que ver con la selección de las conductas que serán consideradas como delitos y las personas que serán definidas con delincuentes (selectividad penal), tiene su contrapartida en procesos de no criminalización, que están vinculados con el poder de definición o de decisión.

Ese poder de definición de decisión dimana del Estado y está representado por personas, con investidura oficial de los distintos poderes públicos: quienes como legisladores crean la ley penal (poder legislativo); quienes aplican la ley penal, llámense policías, fiscales, jueces y, además, en el caso colombiano, los militares (poderes ejecutivo y judicial), y los jueces y funcionarios de prisiones que la ejecutan (poderes ejecutivo y judicial). Estos agentes del Estado tienen el poder de definir a quienes se les puede atribuir o no el estatus de delincuente, es decir, realizar procesos de criminalización o de no criminalización y selección de conductas punibles y de personas para aplicarles la ley penal.

Son los grupos mayoritarios (partidos o coaliciones) en el poder legislativo quienes expiden las normas penales. Por tanto, el poder de definición hace parte del poder político como elemento esencial para crear las normas mediante las cuales los legisladores disponen la selección de los comportamientos que se definen como delitos, los aumentos de penas y los destinatarios de la ley penal a quienes se les colocará la etiqueta de criminales. Y en el

proceso de aplicación de la ley penal el poder de definición también puede estar unido al poder político, por la línea de conducta impartida por quienes ejercen también el poder militar o policial, conforme a su ideología, particularmente en lo que concierne a la Justicia penal militar y policial.

El fuero y la justicia penal establecida para militares y policías han sido duramente cuestionados en Colombia por su instrumentalización para evitar las investigaciones por parte de la Justicia penal ordinaria.

La Corte Constitucional mediante sentencias C-399-95, C-358-97 y C-878-2000 ha sido clara al señalar que el fuero militar y policial es una excepción a la competencia general de la jurisdicción penal ordinaria, y que las conductas punibles del miembro de la fuerza pública deben tener una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, para que queden cobijadas por la especialidad del derecho penal militar, para así evitar que el fuero se expanda hasta el punto de convertirse en un puro privilegio estamental. Añade la Corte que, el concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice, pues, *“su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”* (C-358-97). No obstante que con esta jurisprudencia la alta Corte restringió los alcances del fuero de juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, la Justicia Penal Militar continuó asumiendo la competencia de los sindicatos de conductas punibles sin nexo alguno con el servicio.

La oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH, desde 1997 ha señalado en cada uno de los informes anuales que la Justicia Penal Militar continúa asumiendo la competencia sobre casos que deberían ser juzgados por la justicia ordinaria y, en varias ocasiones, se han ordenado investigaciones paralelas a las de la Fiscalía General de la Nación. En el informe anual de 2000, el cual fue presentado el 20 de marzo de 2001, dicha Oficina afirma:

155. Un factor neurálgico de impunidad ha continuado siendo el funcionamiento de la Justicia Penal Militar en relación con investigaciones de violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario. Lamentablemente, a pesar de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar y de la jurisprudencia constitucional en la materia (...), casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario siguen en conocimiento de tribunales castrenses. Ejemplo de ello es el de Santo Domingo y el de Pueblo Rico, donde se investiga a militares por dar muerte a civiles, que han sido trasladados en el transcurso del año al fuero militar. Otros, como el de la masacre de Mapiripán, continúan en ese fuero. En el primer caso, la Oficina teme por el éxito de la investigación, considerando las reiteradas declaraciones de la Fuerza Pública señalando que los hechos sucedieron como consecuencia de un carro bomba de la guerrilla. Lo paradójico de este caso es que, mientras se ciernen temores de impunidad sobre esos hechos, defensores de derechos humanos, denunciantes de los mismos, están procesados por calumnia e investigados por la Fiscalía, en seguimiento de la denuncia presentada por el comandante general de la Fuerza Aérea.

Aunque en el Código Penal Militar expedido mediante la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, en el artículo 3º dispuso que en ningún caso podrán relacionarse con el servicio las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario³ y, por tanto, todos los casos excluidos debían trasladarse inmediatamente a la justicia ordinaria y revisarse aquellos que fueron archivados por la Justicia Penal Militar sin una adecuada investigación, en muchos casos se hizo caso omiso a dicha disposición.

Más de veinte años después, una situación que había sido advertida año tras año por la Oficina de la ACNUDH no fue atendida por la Justicia Penal Militar y Policial, lo que denota una política renuente frente a una estrategia basada en el poder de decisión que contribuye a la violación de derechos humanos y a la impunidad. En el informe de 2019 presentado el 26 de febrero de 2020, esa Oficina señaló:

³Ley 1407 de 2010. *Artículo 3o. Delitos no relacionados con el servicio.* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

42. El ACNUDH documentó casos de presuntas privaciones arbitrarias de la vida cometidas por miembros del ejército y la policía⁴. En el seguimiento a estos casos se observó con preocupación que la justicia penal militar continuó solicitando su competencia sobre estas investigaciones. En algunos casos, la Fiscalía General de la Nación incluso remitió los casos a la jurisdicción penal militar. En el caso de El Tandil, Nariño, la Fiscalía General de la Nación no tomó las acciones necesarias para mantener el caso bajo su jurisdicción.

En los informes de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en Colombia, desde 1997 hasta el informe correspondiente al año 2019, se registra que una gran mayoría de los procesos por violaciones de los derechos humanos y violaciones al DIH, en los cuales aparecen como imputados miembros de la Fuerza Pública en servicio activo fueron asumidos por la Justicia Penal Militar o solicitada su competencia o presentados los conflictos de competencia sobre esos casos que lo son de la justicia ordinaria(ONU, ACNUDH,informes 1997-2019).

También se aprecia que la Fiscalía General de la Nación en varios casos ha renunciado a su competencia y la ha declinado a favor de la jurisdicción penal militar(ONU, ACNUDH,informes 1997-2019). Es el uso del poder de decisión en beneficio de los procesos de selección penal negativa.

En contravía de la orientación que expuso la Corte Constitucional y de las normas y estándares internacionales, también el Consejo Superior de la Judicatura, de manera reiterada, ha definido conflictos de competencia sobre violaciones graves de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de la fuerza pública y particularmente en lo que tiene que ver con ejecuciones extrajudiciales, a favor del juzgamiento por la Justicia Penal Militar y Policial (ONU, ACNUDH, Informes 1997 a 2019).

⁴El ACNUDH documentó 15 casos de presuntas privaciones arbitrarias de la vida en Antioquia, Arauca, Bogotá, Cauca, Guaviare, Meta, Nariño, Norte de Santander, Santander y Valle del Cauca (ONU, informe 2019).

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha criticado que la Justicia Penal Militar promueva conflictos de competencia o asuma el conocimiento de casos relacionados con la violación de derechos humanos (2012). En efecto, ha señalado que la jurisdicción militar no es competente para juzgar violaciones de derechos humanos y que en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar (conductas típicamente militares). Además, ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia (Corte IDH, 2012).

También se asocia la Justicia Penal Militar y Policial con un alto grado de impunidad, por la práctica de la inmunidad judicial derivada del privilegio de los miembros de la Fuerza Pública que son procesados por una justicia especializada que, a la postre, resulta ineficiente y altamente costosa para el Estado (El Tiempo, 03-10-2009)⁵.

En la presente característica, en la selección penal negativa se encuentra una confluencia de poderes a favor del privilegio estamental. Por un lado, están los agentes de control de la Justicia penal militar y policial que tienen el poder de definición y, por otro, quienes realizan las conductas punibles como fuerza pública y tienen también poder militar o de policía, que concurren en una especie de solidaridad o “espíritu de cuerpo”.

⁵El Tiempo. 03-10-2009. La Unidad Investigativa tuvo acceso a un documento que revela que la Justicia Penal Militar, encargada de procesar y juzgar a los 497 mil miembros de la Fuerza Pública, está pasando por una situación crítica, en un país con uno de los ejércitos más grandes de América Latina, con un conflicto armado vigente y con 1.200 investigaciones por ejecuciones extrajudiciales (de esa poca) o „falsos positivos“, que involucran a uniformados de casi todos los rangos. El propio Ministerio de Defensa tuvo que denunciar ante la Procuraduría la prescripción de 707 procesos en los últimos cuatro años que van desde homicidios hasta pérdida de armamento, pasando por deserciones. Y hay 16 mil expedientes represados que podrían correr similar suerte. Entre ellos, 4.345 por homicidio: 3.803 cometidos por miembros del Ejército, 32 por efectivos de la Armada, 60 por miembros de la Fuerza Aérea y 450 por integrantes de la Policía.

2. La exclusión del alcance penal por parte de la jurisdicción penal militar o la atenuación o disminución del rigor penal

La exclusión del alcance penal tiene que ver con la creación y aplicación de la ley penal, dirigida a que sea la jurisdicción penal militar la que conozca de todos los delitos cometidos por militares y policías, es decir, sustraer los que no tienen relación con el servicio de la competencia de la justicia ordinaria. De esa forma se aumentaba el poder de decisión que conduciría a una mayor impunidad en dicha justicia.

Aunque la Corte Constitucional mediante la sentencia C-358, del 5 de agosto de 1997 había sido enfática al señalar que la competencia de la jurisdicción penal militar se reducía a los delitos relacionados directamente con el servicio y que además el artículo 3 de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 precisó que en ningún caso podrán relacionarse con el servicio las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario DIH, mediante el Proyecto de Ley 085 del 11 de septiembre de 2013 se propuso mediante el artículo 8º que dicha justicia asumiera el conocimiento de los delitos de homicidio, las infracciones contra el DIH y delitos contra la población civil cometidos por los miembros de la fuerza pública. Mediante una relación pormenorizada de bienes jurídicos, el proyecto del artículo 8º era un claro intento por sustraer de la jurisdicción penal ordinaria, los delitos que no tienen relación con el servicio y como una medida destinada a fortalecer su competencia. De esta forma, conductas como las miles de muertes ilegítimas que son homicidios en persona protegida o agravados, en muchos casos en concurso con desaparición forzada y otros delitos, con los que se violan los derechos humanos y se afecta a la población civil se pretendía quedaran de competencia de la Justicia penal militar y policial.

Finalmente, en el artículo 8 de la Ley 1765 de 2015 no se relacionaron las infracciones del DIH bajo la competencia de la jurisdicción penal militar y policial, pero si los delitos de homicidio y contra la población civil. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-372-16 reafirmó su criterio y expuso frente a esa Ley que en el mandato previsto en el artículo 221 Superior y las normas que lo complementan, el fuero penal

militar, desde el punto de vista de los sujetos y del objeto específico que ampara, no es un simple privilegio, gracia o prebenda en favor del estamento militar y policial, que no supone inmunidad de sus miembros frente a la justicia ordinaria, y descarta que todos los comportamientos delictivos sean de conocimiento de dicha jurisdicción especial, que tiene un campo de acción limitado, excepcional y restringido, en el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública en servicio activo (elemento subjetivo) por los delitos cometidos y relacionados con el servicio (elemento funcional), esto es, delitos que se aparten de las funciones misionales. En consecuencia, no le corresponde a la jurisdicción penal militar, en ningún caso, y por ningún motivo, juzgar a los civiles, como tampoco a los miembros de la fuerza pública en retiro o en servicio activo que cometan delitos no relacionados con el servicio.

Lo que la justicia penal militar no logró a través de la creación de la ley penal, continúa siendo una estrategia a través del proceso de aplicación de la ley procesal penal militar, asumiendo directamente los casos o reclamando competencia mediante los conflictos de competencia en relación con las violaciones de derechos humanos y al DIH cuyo conocimiento le corresponden a la jurisdicción penal ordinaria.

Luego, producto del Acuerdo de Paz suscrito en noviembre de 2016 con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), con el compromiso de crear una jurisdicción especial de juzgamiento para los exguerrilleros, los miembros de la fuerza pública y civiles involucrados en el conflicto, fue expedida la Ley 1922 de 18 de julio de 2018 por medio de la cual se adoptaron unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Dentro del articulado de la ley quedó el número 75 que fue propuesto por el partido Centro Democrático para crear una sala especial de juzgamiento para los militares y policías que se acogieran a la JEP, por considerar, que las fuerzas armadas no debían someterse al mismo procedimiento de los combatientes de las FARC, por no confiar en los Magistrados nombrados en la JEP, como también por considerar que el procedimiento debe fundamentarse en la presunción de inocencia, y por lo tanto, no debía “favorecer confesiones como incentivos para la libertad” o no permitir “la defensa del honor y del buen nombre de los soldados y policías (Corte Constitucional, sentencia C-112-

19).

En efecto, mediante el artículo 75 de la Ley 1922 de 2018 fue creada la obligación legislativa de diseñar un “procedimiento especial y diferenciado” para miembros de las Fuerzas armadas de Colombia, en el que se determinó que hasta tanto no exista dicho procedimiento, no se iniciarían o continuarían los procesos en su contra. Para ello la norma le concedía al Gobierno Nacional y al Congreso dieciocho (18) meses para presentar y aprobar dicho procedimiento. La Corte Constitucional lo declaró inexecutable debido a que tuvo vicios en su formación al no estar incluido en la propuesta original ni haber sido objeto de discusión en los primeros debates realizados en las cámaras legislativas.

El artículo 75 en mención fue una iniciativa para un tratamiento, aún más especial y diferenciado para militares y policías que habían cometido delitos en el marco del conflicto armado interno –aunque ya lo era en virtud del capítulo VII del Acto Legislativo 1 de 2017, el cual establecía la exoneración a decir la verdad bajo confesión, lo que contribuiría a que otros miembros de la fuerza pública, incluidos los altos mandos, no fuesen delatados por sus crímenes y por tanto en la práctica quedarán excluidos de la acción penal de la JEP.

Tal como quedó en el procedimiento especial del Acto Legislativo 1 de 2017 (capítulo VII), las normas constitucionales allí establecidas son aplicables únicamente a los miembros de la Fuerza Pública, lo que de por sí entraña un procedimiento diferenciado especial, pero están obligados a decir la verdad y a la reparación integral de las víctimas, para efectos de lograr la atenuación o disminución del rigor penal de la ley penal ordinaria por parte de la justicia transicional que se propone obtener una paz estable y duradera (González Monguí, 2018b).

En conclusión, las reformas fueron promovidas por el ejecutivo como poder, y del legislativo por la facultad de la iniciativa legislativa y la facultad de definir los procesos de selección penal negativa legítimos, en materia de fuero penal militar o en el caso del acuerdo de paz, de legislar a futuro, de manera específica, sobre ese mismo proceso. Es obvia la vinculación del poder político a los procesos de selección penal negativa, por la vía

de la creación o modificación de la ley penal, con efectos para los encargados de su aplicación(jueces) y ejecución punitiva (González Monguí, 2013; González Monguí 2014).

3. Omisión o deficiencia en el control social preventivo

El control social para prevenir la comisión de conductas punibles por parte de miembros de la fuerza pública no ha operado. Esto es puesto en evidencia por el número detectado de ejecuciones extrajudiciales detectadas por la Fiscalía General de la Nación durante la audiencia sobre denuncias de ejecuciones extrajudiciales e impunidad en Colombia realizada el 19 de marzo de 2015 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. La Fiscalía informó que a esa fecha había un total de 2.513 investigaciones vigentes en las que estaban vinculados 5.334 agentes del Estado, de ellos 5.114 son del Ejército Nacional, con un registro de 4.475 víctimas directas (CIDH, informe anual 2015).

La gran protección preventiva la debe brindar el Estado para lo cual cuenta con mecanismos como la Inspección General del Ejército y también una similar en la Policía, la jerarquía del mando constituida por Coroneles y Generales -varios de ellos incursos en la determinación de las ejecuciones extrajudiciales-, la Procuraduría General de la Nación y la propia Fiscalía General de la Nación como ente investigador natural de las conductas punibles violatorias de derechos humanos y DIH.

Por disposición constitucional, militares y policías deben cumplir con la Constitución y la ley, y como autoridades están para proteger a los colombianos, sin ningún distingo, en su vida, integridad personal, honra y bienes. Desafortunadamente no ha sucedido así. Cuando no hay quien controle a los controladores, cuando algunos vigilantes jerárquicos están involucrados en las ejecuciones extrajudiciales y de ellos procedieron las órdenes para la realización material de los delitos, cuando como en las Sátiras de Juvenal nos preguntamos ¿quién vigilará a los propios guardianes? (Juvenal, 2008), la ley y la democracia basada en los tres poderes, han fracasado en la prevención.

El Estado, el régimen político, el gobernante, los entes de control o los superiores por omisión o aquiescencia permiten el riesgo y el daño realizado por ciertos individuos o grupos, y a pesar de que las conductas punibles que realizan, son por su gravedad y la violación de los derechos humanos una amenaza a la institucionalidad y a la propia legitimidad del Estado, asumen, aún por convicción, las consecuencias sociales y políticas de esos comportamientos, como por ejemplo, cuando se trata de ejecuciones extralegales (González Monguí, 2013). Por su parte ACNUDH observa que los factores que podrían haber contribuido a la ocurrencia de las ejecuciones extrajudiciales son la falta de mando y control por parte de los comandantes respectivos, así como la ausencia de disciplina táctica y de seguimiento de protocolos establecidos para el uso de la fuerza de acuerdo a los estándares internacionales (ONU, informe año 2018, 4-02-2019).

Las muertes presentadas como acaecidas en combate hacían parte del control social preventivo y represivo, de tal forma que la sociedad seguramente aplaudía la efectividad. Y para mantener esa idea se recurrió a la mentira y al encubrimiento, como una forma de que la justicia no actuara, que no se conocieran los hechos criminales, que no se diera el “escándalo” como punto de partida necesario para que existiera la reacción social institucional. Esto dio lugar a que no fueran seleccionados penalmente y mantuvieron por mucho tiempo la creencia de que las actividades que realizaban preventivamente estaban funcionando y enviando un mensaje a los delincuentes de que se abstuvieran de delinquir porque supuestamente se estaba ante un poder efectivo.

4. Establecimiento o aplicación de privilegios en materia penal

En el artículo 13 de la Constitución Política se encuentra el principio de igualdad de todos ante la ley, de manera que, teóricamente todos somos destinatarios de la ley penal y podemos caer bajo su imperio y ser juzgados e incluso condenados por los jueces naturales cuando hemos cometido una conducta punible. Pero los cambios normativos o la práctica social nos enseñan que existen mecanismos de selección penal para establecer la flexibilización del derecho penal, disminuir su rigor o hasta excluir a las personas de su aplicación, mediante la creación o aplicación de privilegios a través de mecanismos como

la inmunidad o el fuero, las amnistías, los indultos, las auto amnistías, las eximentes de responsabilidad penal o los cambios en la ley procesal penal.

Edwin Sutherland planteó la existencia de inmunidades de “nuestro grupo más poderoso” derivadas del poder económico (beneficio del negocio) o por el “estatus social alto”, y siguiendo el planteamiento de Daniel Drew, un viejo timador, describió el funcionamiento de la ley penal con precisión:

La ley es como una telaraña; está hecha para las moscas y para el tipo más pequeño de insectos, pero deja escapar a los abejorros. Cuando se me interponían los tecnicismos de la ley, siempre he podido deshacerme de ellos muy fácilmente (1999: 102).

En lo relacionado con las ejecuciones extrajudiciales hasta el momento se han escapado los “abejorros”, los de más poder militar y policial, debido a que de vieja data existe la creencia y la práctica de que los especialistas en combatir el mal (delito) deben ser inmunes como una garantía del éxito de la lucha contra ese mal (Zaffaroni, 2005). Las inmunidades para los especialistas son como lo dijera Alessandro Baratta, “*la cara negativa de los procesos de criminalización*” (2000: 226).

Como contrapartida a las “huestes del mal” están “las huestes del bien”, quienes en el caso colombiano están representados por los agentes del Estado encargados de la más representativa labor contrainsurgente para lograr mantener el *statu quo*, a quienes se les creyó que se estaba ganando la guerra por el número de bajas que supuestamente producían en combate y en legítima defensa del Estado. Y por mucho tiempo se creyó en los resultados de acuerdo con el número de bajas producidas al enemigo (bodycount), las cuales eran recompensadas con una serie de beneficios como incentivos económicos, días de descanso y reconocimientos (medallas y anotaciones elogiosas para ascensos) otorgados sin control ni supervisión previa a los estímulos en relación con quienes presentaron como “muertos en combate” (El Tiempo, 20-03-2012). Para quienes hicieron parte de esta perversa y criminal estrategia, seguramente importaba mucho que aumentara el número de bajas de la guerrilla, no solamente por las ventajas que obtenían maquillando las cifras con muertos en ejecuciones extrajudiciales, para así obtener ascensos por el “buen desempeño”.

Además, brindaba a la opinión pública una supuesta credibilidad de la eficiencia del Estado y de los gobernantes, porque con medios ilegales, lograban aumentar la percepción de seguridad y mostrarse como eficaces actores preventivos y represivos.

Y la inmunidad estaba garantizada en el proceso de aplicación de la ley penal. La Justicia penal militar se encargaba de realizar las indagaciones previas las cuales eran resueltas con los informes y testimonios que presentaban los propios protagonistas de los hechos, para luego ser archivadas con autos inhibitorios o preclusiones en la fase instructiva, en las que se definía que las bajas habían sido producidas en combate y en ejercicio de la legítima defensa de la institucionalidad.

Esas inmunidades estaban necesariamente unidas a la disposición constitucional (art. 221) que ampara a militares y policías con el fuero para ser juzgados por una jurisdicción especial por delitos relacionados con el servicio. El fuero militar es una institución cada vez más restringida en el mundo, por identificarla con impunidad, mora procesal, falta de imparcialidad y solidaridad de cuerpo mal entendida, que lleva al establecimiento de privilegios de omisión y laxitud en el juzgamiento de los crímenes que han cometido contra los titulares de los derechos humanos y el DIH.

Los dos relatores especiales de Naciones Unidas, sobre la tortura y las ejecuciones extrajudiciales en su informe conjunto (E/CN.4/1995/111, párrafo 87) sobre Colombia, señalaron:

Según la información recibida, la justicia penal militar es severa en todo lo que se refiere a infracciones a los reglamentos internos de la policía o las fuerzas armadas; se manifestó incluso que esta severidad resulta a veces excesiva cuando quien está en causa es personal de rangos inferiores. Ahora bien, la situación es diferente cuando se trata de delitos en contra de la población civil (hurto, lesiones, homicidio, etc.), que en un alto porcentaje de casos termina con la cesación del procedimiento. Mientras que en el primer caso hay un interés de la propia institución militar en que los responsables sean castigados y por lo tanto resulta más fácil reunir las pruebas, en el segundo el encubrimiento, la parcialidad y la presión sobre los testigos parecen ser la norma.

5. Aplicación de técnicas de neutralización

Para efectos de esta caracterización se sigue la orientación del artículo de Gresham Sykes y David Matza, titulado “Técnicas de neutralización” (1958), Stanley Cohen en “Estados de negación” (2005) y quien escribe estas líneas en “Procesos de selección penal negativa” (2013). Estas técnicas de neutralización fueron definidas como “justificaciones del comportamiento desviado” (Sykes-Matza, 1958) por parte de los delincuentes comunes juveniles. Stanley Cohen las extendió a las atrocidades políticas o de violación de derechos humanos, pues “la mayoría de las veces, siguen la misma lógica interna y asumen una función social análoga a las justificaciones de los desviados comunes” (2005: 98). González Monguí encontró que las justificaciones no solamente las realizan los delincuentes o perpetradores sino también los agentes del Estado, las víctimas, los medios de comunicación social y la sociedad misma de forma individual o colectiva (2013).

La negación es una técnica utilizada para desconocer una realidad histórica, para ocultar la existencia de un hecho que no les conviene reconocer a quienes se encargan de negar, por el costo social o político que les representa reconocer las acciones ilegales o crímenes cometidos (González Monguí, 2013). La negación histórica más conocida es la del holocausto nazi. En Colombia se ha negado que agentes del Estado hayan cometido violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, en relación con los “falsos positivos” o con motivo de la respuesta contrainsurgente de la toma criminal del Palacio de Justicia por parte de la organización guerrillera M-19 en noviembre de 1985.

Los estados de negación son cinco propuestos por Sykes-Matza: la negación de la responsabilidad, la negación del daño, la negación de la víctima, la condena a quien condena y la apelación a lealtades superiores. Cohen propuso dos más: la negación de conocimiento y la indiferencia moral. González Monguí otros dos: la negación de los hechos y la negación de los perpetradores o victimarios.

5.1. Negación del hecho

Es común que el victimario, la autoridad o el agente de control penal recurran a negar el hecho que tiene el perfil de un delito, a negar su existencia. El delincuente lo hace no aceptando la existencia del hecho o su vinculación al mismo. O lo hace el agente de control penal, por alguna razón que le resulta útil, como por ejemplo el comandante de policía o militar para no reconocer la situación grave de orden público o para ocultar la responsabilidad oficial de su ineficiencia para controlar a los delincuentes. Puede realizarse por desconocimiento o por mala fe para desviar la investigación (González Monguí, 2013). Con la negación de los hechos se realiza una doble negación, se desconoce a la víctima como tal y se niega la justicia para no reconocerles la verdad a las víctimas.

Las autoridades han negado tradicionalmente la existencia de las ejecuciones extrajudiciales. Por ejemplo, el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez frente a las ejecuciones extrajudiciales de unos jóvenes de Soacha (Cundinamarca) dijo en octubre de 2008 ante la Asamblea de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras ANIF que el Fiscal General de la Nación aseguró que fueron dados de baja en combate, “no fueron a recoger café, iban con propósitos delincuenciales”. Un día después, seguramente se dio cuenta del error y rectificó diciendo que no sabía si habían muerto en combate y que en últimas era la Fiscalía a la que le correspondía establecer la afirmación que en ese sentido había hecho el ejército (Pan, 2008). En abril de 2012 el entonces Ministro de Defensa Juan Manuel Santos negó la existencia de nuevos “falsos positivos” ante la reclamación realizada por la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (El Tiempo 23-04-2012). También negó los “falsos positivos” el Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón (El Tiempo, 29-01-2015). Un último ejemplo es la afirmación del General Nicacio Martínez, comandante del ejército, quien manifestó que hay quienes quieren “magnificar cosas que no se han dicho y no se han hecho”, al ser indagado por las supuestas presiones que han recibido militares para que incrementen el resultado de bajas durante operativos, aunque reconoció que existían investigaciones en curso contra varios militares (Gutiérrez, 2019). Por su parte, Iván Duque, presidente de Colombia, no ha negado la existencia de este tipo de conductas punibles y ha señalado que la Fuerza Pública debe operar bajo la legalidad y denunciar si hay “personas que están deshonrando el uniforme” (Portafolio, 2019).

Como contrapartida a la negación de los hechos, el coronel ® del Ejército Nacional Gabriel de Jesús Rincón, declaró ante la JEP que las víctimas, que él no mató pero que predispuso, por órdenes del General Mario Montoya, para que los hechos se cometieran contra jóvenes pobres que fueron engañados y llevados a Ocaña desde el municipio de Soacha, a 740 kilómetros del sitio donde las tropas los mataron para hacerlos pasar como muertos en combate (Legrand, 2020).

5.2. Negación del conocimiento

Según Stanley Cohen, los perpetradores pueden desarrollar estrategias legales interminables para obtener decisiones absolutorias, dentro de las cuales está la supuesta falta de conocimiento de los hechos con una fuerte dosis de cinismo (2005). Esta negación, en un aparato organizado de poder, se encuentra tanto en los individuos de base que son los ejecutores materiales como en los llamados autores mediatos y determinadores (perpetradores ideológicos), que son quienes dan las órdenes, los que conocen la información y las actividades operacionales, los que dada su jerarquía y control nada se mueve sin su consentimiento y están en la dirección de la maquinaria, pero supuestamente desconocen lo que otros hacen (González Monguí, 2013).

Eso ocurrió con el General Mario Montoya Uribe, destacado militar que comandó el Ejército Nacional entre los años 2006 y 2008. Fue interrogado en agosto de 2015 por la Fiscalía, pero él respondió que no supo “nada” sobre los falsos positivos hasta fines de 2008, cuando ocurrió el escándalo de Soacha. José Miguel Vivanco, Director de la Organización no gubernamental *Human Right Watch* (HRW), afirma que:

Sorprendentemente, Montoya le dijo a la Fiscalía, según una transcripción de su interrogatorio al que tuvimos acceso, que sólo había recibido „cuestionamientos „de Human Rights Watch y „rumores“ de „los medios de comunicación“. Pero, según Montoya, no había ninguna evidencia creíble sobre estos atroces crímenes. No había „nada concreto, nada, nada, nada“, declaró (2018).

En otra declaración de carácter público, manifestó que su conocimiento de los hechos de Soacha fue por información de la ONU (Laverde, 2018). En el periodo que estuvo como comandante del Ejército, esta entidad reportó el mayor número de bajas de guerrilleros, en total 6.699, de las cuales 2.429 son objeto de investigación, por tratarse de presuntas ejecuciones extrajudiciales (op. cit.). En esencia negó el conocimiento sobre las ejecuciones extrajudiciales.

Para la negación del conocimiento se recurre a la mentira, a los encubrimientos o a los eufemismos, a expresiones que en el sentido común no corresponden al significado que regularmente tienen, o mediante comunicaciones codificadas o ambiguas (Cohen, 2005). Se utilizan términos como “neutralizaciones” para referirse a muertes en combate en lugar de “dados de baja” que también corresponden al lenguaje militar; “operaciones ofensivas” en lugar de “operaciones de destrucción” (Laverde, 2018); y aunque los militares no aceptan la expresión “falso positivo”, esta fue creada por la prensa para referirse a las ejecuciones de civiles que fueron presentados como guerrilleros muertos en combate. También son comunes las expresiones “limpieza social” para referirse a los homicidios de indigentes, homosexuales o prostitutas(os), o la expresión discriminatoria y profundamente estigmatizante de “desechables” para calificar a las personas que se consideran de poca o nula valía o bajo estrato social.

5.3. Negación del daño

Según Sykes-Matza, en esta negación del daño se debe hacer una distinción entre delitos en sí mismos “malos” y aquellos que son ilegales, pero no inmorales (1958). Ante la posible condena moral por parte de la opinión pública, el perpetrador niega el acaecimiento del daño o lo justifica calificando la medida como un golpe necesario contra las personas que en un principio fueron calificadas como delincuentes, guerrilleros o individuos al margen de la ley por parte de quienes tenían el poder de decisión, pero que a la postre resultaron ser víctimas no vinculadas al conflicto armado.

Los jóvenes asesinados fueron presentados como guerrilleros muertos en combate por parte de la autoridad militar, de manera que la negación del daño quedaba justificada ante la

sociedad por el procedimiento militar realizado contra individuos al margen de la ley. Se trataba de guerrilleros que se habían enfrentado al ejército y por tanto al darlos de baja en combate, por el contrario, la sociedad debía estar tranquila porque se le había hecho un bien. La técnica de neutralización operó hasta cuando comenzó a descubrirse la verdad de los atroces crímenes, en relación con jóvenes que ni siquiera hacían parte del conflicto armado interno y por el contrario muchos de ellos eran desempleados tratando de conseguir trabajo y un futuro mejor.

Interpretando a Sykes-Matza, algunas veces grupos sociales importantes coinciden con el perpetrador en la “justificación” acerca de la ausencia de daño, y aplauden la acción por tratarse de la muerte de guerrilleros, lo que confirma que la negación del daño es admitida y opera para el control social informal, por lo menos temporalmente mientras sale a flote la verdad.

5.4. Negación de las víctimas

Esta técnica de neutralización va unida a la negación del hecho o a la negación del daño. En relación con los “falsos positivos” no hubo negación de las ejecuciones, y al presentarlos como guerrilleros hubo una negación absoluta de la condición de víctimas, es decir, como lo señala Sykes-Matza, una justa retribución o castigo, en que el perpetrador asume el papel de vengador, y la víctima se transforma en el delincuente (1958), esto es, los “muertos en combate” se buscaron las consecuencias. Para Alessandro Baratta, esto no se representa socialmente como una injusticia sino como un castigo justo (1993).

Los perpetradores no solamente ocasionaron daños físicos contra las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales, sino que también las atacaron moralmente al degradar su dignidad, al presentarlos como enemigos, sin serlo, y desconocerles su condición de seres humanos y de personas (González Monguí, 2019), al asesinarlos como civiles indefensos. La cobardía de los victimarios los envilece por la forma atroz de su ejecución y por el falso mensaje que le enviaron a la sociedad ocultando los verdaderos hechos. Fue un engaño que obliga a que la honra de las víctimas sea reparada.

La mayor negación de las víctimas fue el acto de su desaparición forzada, su ocultamiento físico y moral como no identificados, la negación de su existencia, la inhumación de sus restos y la negación del paradero de éstos, como también la negación de los actos criminales realizados en su contra.

5.5. Negación de la existencia del perpetrador o victimario

Otra técnica de neutralización consiste en negar la autoría o participación de los individuos que han realizado las conductas con características de delito. Aún después de establecida la existencia de los “falsos positivos” se siguió negando que hubieran sido cometido por los militares, hasta cuando definitivamente negar las ejecuciones de miles de personas fue un imposible.

Al negar la autoría o participación de quienes realizan las conductas, se niega la existencia de estas acciones como perseguibles penalmente (González Monguí, 2013). La confesión de los hechos que se ha producido por varios militares (JEP, 2019), no ha sido una iniciativa para que se conozca la verdad, sino para lograr beneficios y reducciones de penas que permite la justicia transicional de la JEP, y para no caer bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que como justicia complementaria impondría penas superiores por tratarse de delitos de lesa humanidad.

5.6. Negación de la propia responsabilidad o la de los perpetradores

El perpetrador se interpreta a sí mismo, como no responsable de las ejecuciones extrajudiciales. El General Mario Montoya afirmó: “*Yo no he mandado a matar a nadie*”, frase con la cual no reconoce su responsabilidad individual ni su responsabilidad política por las muertes ilegítimas durante su permanencia como comandante del Ejército colombiano, de tener presuntos vínculos con los paramilitares, de haber propiciado las ejecuciones extrajudiciales y permitir decenas de asesinatos y desapariciones durante la Operación Orión, en la comuna 13 de Medellín. Además, así lo ha expresado públicamente, no reconocerá “responsabilidad alguna en este oscuro capítulo de la violencia en Colombia”(Laverde, 2018). Ante la JEP el alto militar no aceptó su responsabilidad personal y política al mando del Ejército (Semana, 12-02-2020), como tampoco la

exigencia del artículo 20 de la Ley 1957 de 2019 (Ley Estatutaria de la JEP), de:

(...) relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición.

La defensa del General Mario Montoya también recurrió a esta técnica de neutralización al sostener que las ejecuciones extrajudiciales sucedieron por circunstancias ajenas y que estaban fuera de su control, debido a que como comandante del Ejército entre el 2006 y el 2008, no tenía capacidad de mando sobre las unidades tácticas y menores que cometieron tales crímenes (Bohórquez, 2020).

5.7. La condena a quien los juzga o la condena a las víctimas

Es común que los perpetradores de los delitos trasladen la atención sobre sus actos ilícitos mediante el cuestionamiento de quienes desaprueban su violación de la ley como instancia de control social penal. Se recurre a la descalificación de los organismos o agentes del Estado que cumplen con su deber de persecución de la delincuencia, como también de las víctimas. Pueden alegar que no le tienen confianza a los jueces, que son sesgados, que la justicia está politizada, que los han perseguido políticamente. Es una forma de desacreditarlos y tratar de quitarles cualquier autoridad moral para procesarlos y condenarlos; es una forma de restarle importancia a los encargados del cumplimiento de la ley, de voltear o desviar la percepción sobre las sanciones negativas por la violación de las normas, para dirigir las en contra de los agentes de control penal (Sykes-Matza, 1958). Buscan que, al atacar a quienes lo juzgan, lo “malo” de su propio comportamiento se pierda de vista, asuma la calidad de víctima del sistema penal y su comportamiento reprochable pase a un segundo plano.

Todas las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales fueron estigmatizadas como delincuentes al ser presentadas como miembros de la guerrilla dados de baja en combates. La práctica de las ejecuciones extrajudiciales no se ha erradicado totalmente tal como se reporta en el último informe de ONU del año 2019, como tampoco “*la persistente*

estigmatización de los defensores de derechos humanos” (ONU, informe 2016) y víctimas del conflicto armado interno.

Esta técnica también la aplica el perpetrador contra las víctimas al hacerle señalamientos como de su pasado sexual para minimizar el hecho de un acceso carnal violento, o calificar de delincuente o comunista a la víctima o vincularla falsamente con organizaciones armadas al margen de la ley (González Monguí, 2013).

5.8. La apelación a lealtades superiores

El control social fue neutralizado mediante el sacrificio del interés general de la mayoría de la sociedad que consideraba se debía responder a los ataques de la subversión dentro de los límites del Estado social de Derecho, con el respeto a los derechos humanos y cumpliendo con el deber constitucional de garantizar la vida, honra y bienes de las personas no involucradas en el conflicto, además por tratarse de civiles protegidos por el DIH en un conflicto armado interno.

Unos grupos sociales más pequeños dentro de la fuerza pública conformados fundamentalmente por miembros del Ejército Nacional, incumplieron gravemente los mandatos constitucionales y legales al cometer ejecuciones extrajudiciales contra civiles engañados e indefensos. Como lealtad hacia sus superiores que como determinadores dispusieron la realización de esos atroces crímenes, los mantuvieron en secreto hasta cuando se vieron precisados a confesar por las condenas que contra algunos se produjeron por parte de la jurisdicción ordinaria y las que contra otros se veían venir, con el objetivo de lograr beneficios de rebaja de la pena. Establecida la JEP un gran número de militares y policías, 2680 a 15 de mayo de 2020 (JEP, 2020) se acogieron a esta, con el mismo objetivo de obtener una pena mínima alternativa que no pasará de ocho años. El interés personal de la rebaja de pena y de un tratamiento diferenciado establecido constitucional y legalmente en este proceso de justicia transicional, rompió las lealtades superiores y ha develado parte de la verdad.

Esa lealtad superior se denomina solidaridad de cuerpo, la cual fue mantenida durante muchos años, derivada en parte de la disciplina militar y policial, pero también del poder y temor que genera la organización armada misma y el mandato de silencio que es norma como segundo código (secreto), que se debe cumplir.

Es importante resaltar que los agentes del Estado que realizaron las ejecuciones extrajudiciales, no repudiaban los mandatos del sistema normativo dominante, pero se negaban a seguirlos por exigencias de mandatos superiores aunque no estaban obligados a obedecerlos, pero hicieron parte de un engranaje en el que los superiores pretendían ganar imagen y representatividad mediante la creación de una falsa percepción de que se estaba ganando el conflicto armado interno mediante el homicidio de personas inocentes presentadas como guerrilleros dados de baja en combate. Dice Baratta que, con esta técnica, las normas, expectativas y deberes que se plantea la sociedad en general, aun aceptados por los perpetradores, se sacrifican en favor de normas, expectativas y deberes de fidelidad y de solidaridad, que se han creado en los pequeños grupos sociales a los cuales pertenecen quienes cometen los delitos (1993).

5.9.La indiferencia moral

La indiferencia moral es una actitud o postura de apatía o despreocupación por parte de alguien frente a un hecho o persona, prescindiendo incluso de los valores sociales establecidos. La indiferencia moral relacionada con los delitos, particularmente las violaciones de derechos humanos, a los victimarios no les importa la gravedad, atrocidad o la connotación de los hechos, hasta el punto de que puede llegar a parecerles “común” o “necesaria” (rutinización) la barbarie que realiza (González Monguí, 2013). El victimario cuando se decide a cometer el delito es indiferente moralmente y hasta cierto punto es explicable, aunque siempre censurable, porque se ha fijado unos objetivos y por mas despreciables que sean, como recibir unos días de descanso o una anotación favorable en su hoja de servicios, no es equiparable jamás con la eliminación de vidas humanas. El perpetrador ha suprimido sus valores y escrúpulos para realizar los delitos y cumplirlos también a sus superiores.

Pero la peor indolencia moral es la de la sociedad, de la cual se esperaría una enérgica reacción frente a las atroces ejecuciones extrajudiciales realizadas por agentes del Estado. Y debiera alarmarse mucho más la sociedad, porque las ejecuciones extrajudiciales no solo se han cometido contra opositores al régimen o al gobierno, o contra los de la izquierda política, sino contra ciudadanos inermes que no estaban involucrados en activismo alguno, que eran gente del común únicamente con aspiraciones de superar sus dificultades económicas. Hasta ese punto llegó la degradación del conflicto armado interno, que para “ganar” la guerra en cifras, tenían que matar personas, a cualquier ciudadano desprevenido para presentarlo como un trofeo de guerra en una confrontación imaginaria, que por el contrario pone de relieve la incapacidad funcional y la falta de moral y ética en la confrontación militar.

Y aunque el posible fin de los altos mandos era lograr una figuración nacional por sus resultados y de paso elevar la imagen de la fuerza pública, es claro que los crímenes tienen una connotación política, en los que se suprimió cualquier número de valores, prevalidos de justificaciones ideológicas y de la indiferencia moral que les facilitó no tener escrúpulos frente al sufrimiento de las víctimas y a no sentir remordimiento alguno por ellas y por sus familias. Las víctimas fueron seleccionadas de los estratos sociales bajos de la población con el pretendido objetivo de que los crímenes pasaran inadvertidos y el reclamo no se sintiera.

Esperemos que los perpetradores, al mirar hacia atrás, en los testimonios ante la JEP o en la comisión de la verdad, por definición, no perseveren “en su narrativa de indiferencia ideológica” (Cohen, 2005: 119).

6. Las otras características

Es apenas evidente que el *control social penal preventivo* falló en el caso de las ejecuciones extrajudiciales. Los vigilantes de que hablara Juvenal, que a la postre fueron los ejecutores materiales, no fueron vigilados por los superiores porque algunos de estos a su vez estaban comprometidos en la empresa criminal. Además, los organismos de control

penal y disciplinario no funcionaron pese a las advertencias de las organizaciones de derechos humanos y a los organismos internacionales como la ONU.

También, el *control social represivo* de la justicia ordinaria y de la justicia penal militar fue bastante deficiente. Hay casos que han sido objeto de sanción penal por la justicia ordinaria pero que hasta hoy ha quedado de Coroneles hacia abajo y no ha llegado a los máximos responsables de la cúpula del poder militar. Y los que asumió la justicia penal militar, por la ineficiencia, la omisión deliberada o algún motivo oculto como la solidaridad o la falta de voluntad política, la mayoría de presuntos responsables no fueron enjuiciados ni condenados, pero si absueltos. En muchos casos la investigación fue bastante pobre, lo que permitió que fuera ordenada la inhibición para investigar; o hubo cesaciones de procedimiento, al aceptar sin mayores fundamentos que los homicidios se perpetraron en combate. Por lo tanto, en la mayoría de los casos no hubo procesos, los que se iniciaron terminaron anormalmente por falta de pruebas lo que permitió que se concretaran los procesos de selección penal negativa y no se esclareciera la verdad. Fue la forma de darle un *trato benigno e indulgente* a quienes cometieron un gran número de crímenes de lesa humanidad, que hoy en día afecta la institucionalidad y la credibilidad de las fuerzas públicas en lo que se refiere a la seguridad y al combate del crimen organizado.

Ahora que se han acogido a la justicia transicional como una “tabla de salvación”, la consecuencia lógica de los admitidos, será una rebaja considerable de pena y algunos ya han sido beneficiados con la libertad por haber cumplido la máxima pena que podría imponer la JEP. En esta importa mucho la verdad, la reparación y la reconciliación, que si se logra será un gran avance para que ese tipo de conductas no vuelvan a repetirse. Los procesos ante la JEP tienen que ver con la selectividad penal negativa legítima por disposición del legislador.

Las víctimas continúan a la espera de que sus derechos sean reconocidos, que se haga justicia por lo menos en la transicional de la JEP, que se conozca la verdad de lo sucedido, sus responsables y apoyos recibidos, los lugares donde se encuentran los desaparecidos, que exista reparación y una voluntad real de no repetición.

Conclusiones

Las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por miembros de la fuerza pública en servicio activo, se tipifican como delitos de homicidio en persona protegida (C.P., 2000, art. 135) y el homicidio agravado contra persona internacionalmente protegida (C.P., 2000, art. 104, numeral 9), cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, fueron objeto de selección penal negativa para no procesar penalmente a los responsables de su comisión (autores y partícipes).

Fueron varios los mecanismos utilizados para lograr que durante muchos años no fueran seleccionados penalmente: el silencio, la manipulación de la información, la mentira, las técnicas de neutralización, la inducción en error de las autoridades de control, la utilización de la jurisdicción penal militar para que asumiera las investigaciones que por no tener relación con el mismo servicio no debían ser conocidas por esta (Const. Pol. art. 221), y menos aún en los casos considerados como delitos de lesa humanidad.

La selectividad penal sigue operando, por razones estructurales o por voluntad política de los aplicadores de la ley penal. Según la Fiscalía General de la Nación en el año 2010 había un número de 5.334 miembros de la fuerza pública por un total de 4.475 víctimas directas, pero a 15 de mayo de 2020 solamente se han sometido a la JEP 2680. El número de involucrados es inferior a la estadística del año 2010 en comparación con los casos trasladados por la Fiscalía en el año 2018 y a la última cifra de la JEP del 15 de mayo de 2020. ¿En dónde están las averiguaciones penales del resto de implicados? ¿Las investigaciones continúan o fueron absueltos o declarados prescritos los casos? De todas formas, subsiste la selectividad penal negativa, la no criminalización de conductas que deben ser sancionadas penalmente.

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional. (1980). *Primer informe sobre Derechos Humanos en Colombia*, Londres.
- Baratta, Alessandro. (1993). *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4a edición, México, Siglo XXI Editores.
- Baratta, Alessandro. (2000). “El paradigma del g nero. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana”. En: Saiz Arnaiz, Alejandro. (2002). *Responsa Iuris peritorum Digesta*, Vol. I, Salamanca, Salamanca Ediciones.
- Bohórquez Contreras, Karen. (13 de febrero de 2020). “General Mario Montoya no reconoce víctimas de falsos positivos. Su defensa asegura que el general no conocía lo que hacían sus subalternos cuando era comandante del Ejército”. *RCN Radio*. <https://www.rcnradio.com/judicial/general-mario-montoya-no-reconoce-victimas-de-falsos-positivos>.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Cohen, S. (2005). *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento (States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering)*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. British Council Argentina.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (12 de octubre de 1993). *Informe No. 23/93, caso 10.456, Colombia*. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe anual de 2015*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/docs/InformeAnual2015-cap5-Colombia-ES.pdf>.
- Corte Constitucional. (1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-399, 07-09-1995. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-399-95.htm>
- Corte Constitucional. (1997). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-358, 05-08-1997. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>.
- Corte Constitucional. (2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-878, 12-07-2000. Recuperado

- de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-878-00.htm>.
- Corte Constitucional. (2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-578, 30-07-2002. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>.
- Corte Constitucional. (2016). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C- 372, 13-07-2016. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-372_1916.html#inicio.
- Corte Constitucional. (2019). M.P. José Fernando Reyes Cuartas, C112, 13-03-2019. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-112-19.htm>.
- Corte Penal Internacional. “Estatuto de Roma”. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de noviembre de 2012). *Sentencia caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de marzo de 2014). M.P. María del Rosario González, Sentencia. Radicado 40733. Recuperado de: [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10614/2852183/SP3382-2014\(40733\).pdf/bcb1a811-fd73-4c82-911a-7f77ee60c5a9](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10614/2852183/SP3382-2014(40733).pdf/bcb1a811-fd73-4c82-911a-7f77ee60c5a9).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de septiembre de 2009). M.P. María del Rosario González, Radicado 30380. Recuperado de: https://www.justiciapazcolombia.com/wp-content/uploads/2010/09/revisin_masacre_de_trujillo.pdf
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de mayo de 2010). M.P. María del Rosario González, Auto. Radicado 33118. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_8497698efc2fa0a4e0430a010151a0a4
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de mayo de 2013). Sentencia. Radicado 33118. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2may2013/Boletin%20Informativo%202013-05-21.pdf>.

- “Duque se pronuncia sobre acusaciones de falsos positivos en el país”. (18 de mayo de 2019). *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/duque-se-pronuncia-sobre-acusaciones-de-falsos-positivos-en-el-pais-529699>.
- “El Ministro de Defensa niega nuevos falsos positivos”. (23 de abril de 2012). *El Tiempo*. https://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11638944.html.
- “Gobierno salvó los ascensos de oficiales cuestionados por HRW”. (10 de noviembre de 2016). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/aprueban-ascensos-de-generales-implicados-en-falsos-positivos-45657>.
- González Monguí, Pablo Elías. (2014). “Selectividad Penal y „Marco Jurídico para la paz” en Colombia. *Verba luris*, No. 32, pp. 135-148.
- González Monguí, Pablo Elías. (2018a). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia.
- González Monguí, Pablo Elías. (2018b). “Selectividad penal en la legislación para la Paz de Colombia”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. S1, pp. 131-145.
- González Monguí, Pablo Elías. (2019). “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal del enemigo”, *Opción*, año 35, No. 25, pp. 1070-1103.
- Grupo General de Memoria Histórica. (2013). “¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad”, *Informe General del Grupo de Memoria Histórica*, Bogotá, Imprenta Nacional.
- Gutiérrez, Herlency. (06 de julio de 2019). “Este es un Ejército transparente: General Martínez sobre casos de „falsos positivos””. *RCN Radio*. <https://www.rcnradio.com/judicial/este-es-un-ejercito-transparente-general-martinez-sobre-casos-de-falsos-positivos>.
- Jurisdicción Especial Para La Paz. (12 de julio de 2018). *Los grandes casos de la JEP. Caso 03*. Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/03.html>.
- Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. (17 de julio de 2018). *Auto No. 005, caso 003, muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado*. Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20005%20->

%20Apertura%20Caso%200003%20Muertes%20ileg%C3%ADtimamente%20prese
ntadas%20como%20baja%20en%20combate%20SRVR%20(1).pdf#search=caso%2
0003.

Jurisdicción Especial para la Paz. (28 de febrero de 2019). *55 militares ya rindieron versión por “falsos positivos” ante la JEP*. Comunicado 24. Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Comunicado-024-de-2019---55-militares-ya-rindieron-version-por-falsos-positivos-en-la-JEP.aspx>.

Jurisdicción Especial para la Paz. (23 de diciembre de 2019). *Comunicado 185*. Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Comunicado-185-de-2019---JEP-ordena-versión-del-general-r-Mario-Montoya-Uribe-por-caso-03.aspx>.

Jurisdicción Especial para la Paz. (15 de mayo de 2020). *Cifras*. Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/Infografas/cifras-mayo-15.pdf#search=caso%20003>.

Juvenal, Persio. (2008). *Las Sátiras*. Madrid, Editorial Gredos.

“¿La línea de defensa del general Montoya lo podría dejar sin los beneficios de la JEP?”. (12 de febrero de 2020). *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-linea-de-defensa-del-general-montoya-lo-podria-dejar-sin-los-beneficios-de-la-jep/651735>.

“La verdad, aunque sea dolorosa”. (20 de marzo de 2012). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11385365>.

Laverde, Juan David. (20 de octubre de 2018). “„Yo no he mandado a matar a nadie“: general Mario Montoya”. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/yo-no-he-mandado-matar-nadie-general-mario-montoya-articulo-857268>.

Legrand, Diego. (17 de mayo de 2020). “Falsos positivos: crudos testimonios ante la JEP. Dos exoficiales del Ejército le dieron detalles de esta atrocidad al tribunal especial”. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/colombia/falsos-positivos-dos-crudos-testimonios-ante-la-jep-496344>.

Méndez, Alfonso Gómez. (1998). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

“No permitiremos difamaciones en contra de nuestra gente”. (29 de enero de 2015). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15165676>.

Office of The Prosecutor OTP of The International Criminal Court. (12 de noviembre de

- 2015). Report on Preliminary Examination Activities. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. (24 de enero de 1990). *Informe sobre la visita a Colombia realizada por el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias (11 a 20 de octubre de 1989)*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R24398_adE.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. (16 de enero de 1995). *Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye (E/CN.4/1995/111)*. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNCHR,,,540464084,0.html>.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (5 de marzo de 2009). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Informe anual 2008*. Recuperado de: www.hchr.org.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2011). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Informe anual 2010*. Recuperado de: www.hchr.org.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (15 de marzo de 2017). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, Informe anual 2016*. Recuperado de: www.hchr.org.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (4 de febrero de 2019). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Informe anual 2018*. Recuperado de: <https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe-anual-colombia-2018-ESP.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2020). *Informe de*

- la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Informe anual 2019*. Recuperado de:
<https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe-anual-2019-ES-2.pdf>.
- Pan, Pylas. (10 de julio de 2008). “Uribe aclara que no se sabe si jóvenes murieron en combate”. *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/conflicto-armado/articulo/uribe-aclara-no-sabe-jovenes-murieron-combate/96005-3>.
- Schur, Edwin M. (1969). *Our criminal society: The social and legal sources of crime in America*, Vol. 209, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- Silva García, Germán. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teórica*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Silva García, Germán. (2011b). *Criminología: teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Sutherland, Edwin. (1999). *El delito de cuello blanco*, Madrid, Editorial La Piqueta.
- Sykes, Gresham M’Cready, & Matza, David. (2008). “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia”, *CadernoCRH*, Vol. 21, No. 52, pp. 163-171.
- Tannenbaum, Frank. (1938). *Crime and the Community*, Columbia, University Press.
- “Verdades a flote de los falsos positivos en Ocaña”. (13 de mayo de 2020). *La Opinión*. <https://www.laopinion.com.co/judicial/verdades-flote-de-los-falsos-positivos-en-ocana-196172>.
- Vivanco, José Miguel. (2018). *La mala memoria del General Montoya*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2018/12/07/la-mala-memoria-del-general-montoya>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2005). *El derecho penal liberal y sus enemigos*. Recuperado de: <https://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/>.

PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Rafael Velandia Montes¹

ORCID: 0000-0003-4947-5544

Correo electrónico: rvelandia@ucatolica.edu.co

Resumen

El acuerdo final para concluir el conflicto en Colombia estableció sanciones no privativas de la libertad, incluso para los delitos más graves, a quienes reconocieran su responsabilidad. Así, el problema es si dichas sanciones satisfacen o no los estándares de la justicia penal internacional. Analizados los fines de la pena a nivel nacional e internacional, se evidencia que las sanciones no privativas de la libertad no satisfacen los estándares de la justicia penal internacional, en donde la retribución y la prevención general negativa son los fines principales y la prisión es considerada como la única pena que puede cumplirlos. Empero, la dinámica del poder determinará el ejercicio de la justicia penal internacional en el caso colombiano.

Palabras clave: acuerdo de paz en Colombia, justicia penal internacional, fines de la pena, retribución, prevención general negativa.

PEACE PROCESS IN COLOMBIA AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

Abstract

The final agreement to end the conflict in Colombia established non-custodial sanctions, even for the most serious crimes, to those who recognized their responsibility. Thus, the problem is whether or not such sanctions meet the standards of international criminal justice. Once analyzed the aims of punishment at national and international level, it is evidenced that non-custodial sanctions do not meet the standards of international criminal justice, where retribution and deterrence are the main purposes of punishment and prison is seen as the only way to

¹Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España; Diploma de Estudios Avanzados (D. E. A.) de la Universidad de Zaragoza, España, en el área de Filosofía del Derecho; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la misma casa de estudios.

achieve them. However, the dynamics of power will determine the exercise of international criminal justice in the Colombian case.

Keywords: Colombian peace agreement, international criminal justice, aims of punishment, retribution, deterrence.

PROCESSO DE PAZ NA COLÔMBIA E NA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

Resumo

O acordo final para acabar com o conflito na Colômbia estabeleceu sanções não-custodiadas, mesmo para os crimes mais graves, para aqueles que reconheceram sua responsabilidade. Assim, o problema é se tais sanções atendem ou não aos padrões da justiça criminal internacional. Uma vez analisados os objetivos da punição a nível nacional e internacional, evidencia-se que as sanções não custodiais não atendem aos padrões da justiça criminal internacional, onde a retribuição e a dissuasão são os principais propósitos de punição e a prisão é vista como a única maneira de alcançá-las. No entanto, a dinâmica do poder determinará o exercício da justiça criminal internacional no caso colombiano.

Palavras-chave: acordo de paz na Colômbia, justiça criminal internacional, fins das penas, teoria absoluta ou da retribuição, prevenção geral negativa.

Introducción

El 24 de noviembre de 2016, el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, y Timoleón Jiménez, Comandante del Estado Mayor Central de las FARC-EP, suscribieron el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, de aquí en adelante *Acuerdo final*, para poner fin al conflicto armado interno de más de los últimos 50 años. En dicho acuerdo se estableció, en el punto 5º, un “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: „Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición“, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos” (Acuerdo, 2016: 124), que incluyó el reconocimiento de derechos de las víctimas como, entre otros, a la verdad, la reparación, garantías de protección, seguridad y de no repetición

(Acuerdo, 2016: 124-125). Así, se estableció un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) para “la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Acuerdo, 2016: 127), junto con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuirán “al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros” (Acuerdo, 2016: 127). Este SIVJRNR “hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparatorias, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas” (Acuerdo, 2016: 128). Además, uno de los 5 mecanismos y medidas de este SIVJRNR es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), “para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Acuerdo, 2016: 129).

La JEP se ocupa “exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria” (Acuerdo, 2016: 129): es posible la concesión de “amnistías o indultos por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos”, pero no en los casos de crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma (Acuerdo, 2016: 148), que deberán ser objeto de la JEP. La JEP tiene dos procedimientos: uno de reconocimiento de verdad y responsabilidad y otro de ausencia de ellas. Las sanciones aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena, “respecto a determinadas infracciones muy graves”, tendrán “un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparatorias y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años” (Acuerdo, 2016: 164-165). Además,

las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad...tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años” (Acuerdo, 2016: 165). Finalmente, cuando “no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad” (Acuerdo, 2016: 166), las sanciones “cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad...la

privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves (Acuerdo, 2016: 166).

Justamente, estas sanciones no privativas de la libertad para los delitos más graves, han generado inconformidad en diversos agentes sociales. En tal sentido, se afirmó que quedaban en impunidad “el asesinato y secuestro de policías y soldados en muchas ocasiones indefensos... todos los delitos de lesa humanidad como el secuestro... el reclutamiento y violación de niñas... los carros bomba, la destrucción de 200 municipios. Los mayores responsables de estas atrocidades no van a la cárcel ni a lugares alternativos. Se anuncian sanciones como restricciones de residencia y de movilidad que serán inaplicables porque coincidirán con el ejercicio político de sus actores. La misma justicia internacional denomina simbólicas a estas sanciones” (Los 10 duros, 2016)². En sentido similar, Farid Alberto Usme, representante de la Mesa de Víctimas en Antioquia, sostuvo: “No estoy de acuerdo con que se les den penas en las que no vayan a la cárcel. Quienes son acusados por crímenes de lesa humanidad tienen que ir a prisión porque la justicia tiene que estar por encima de cualquier acuerdo. Si no van a la cárcel, para mí esto implicaría impunidad” (Penas alternativas, 2015). Así mismo:

Human Rights Watch ha manifestado serias objeciones al hecho de que... el acuerdo de paz pueda permitir que responsables de crímenes de guerra no reciban un castigo genuino por los delitos graves de los que son responsables... Uno de los puntos clave de preocupación... han sido las sanciones que se impondrán a los responsables de crímenes de guerra que confiesen de manera plena y oportuna sus atrocidades... los criminales de guerra que cooperaran plenamente con la Jurisdicción Especial para la Paz quedarían eximidos de penas de prisión y debían cumplir „restricciones efectivas de libertades y derechos“ mientras llevaran a cabo tareas restaurativas³ (Human Rights Watch, 2017: 1).

²Las censuras completas en *Bases de un acuerdo* (2016: 19).

³En la misma línea: “... el acuerdo de víctimas garantiza que los máximos responsables de estas atrocidades eludan cualquier medida genuina de justicia, al permitir que quienes confiesen sus crímenes se libren de cualquier castigo siquiera remotamente serio... „Castigar“ a criminales de guerra confesos y condenados con penas de servicio a la comunidad es grotescamente desproporcionado”, sostuvo Vivanco. „La comunidad internacional no debería hacer la vista gorda ante esta fachada de justicia en nombre de la paz” (Human Rights Watch, 2016).

También la Fiscalía⁴ de la Corte Penal Internacional ha manifestado sus reservas sobre el *Acuerdo final* al afirmar:

La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral, y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente. (Corte Penal Internacional, 2016: 8)⁵

De esta manera, se advierten cuestiones de interés para este trabajo: ¿existe algún estándar en relación a qué y cuánta pena debe tener como imponible un delito? ¿Qué fin tiene la pena en la justicia penal internacional? En relación con los delitos más graves, que son los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, ¿es la prisión la única forma de hacer justicia? A continuación, daremos respuesta a ellos analizando los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales pertinentes con el propósito de dilucidar el problema de investigación de este trabajo: ¿satisfacen los estándares de justicia internacional las sanciones de contenido restaurativo y reparador y las restricciones de libertades y derechos del SIVJNR? Comenzaremos a dar respuesta a ello analizando los parámetros de criminalización y de punibilidad.

⁴El proceso de paz en Colombia ha estado en un proceso de permanente examen preliminar desde junio de 2004 (Corte Penal Internacional, 2016: 2).

⁵El 13 de septiembre de 2017, la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, luego de haber visitado Colombia, señaló: “La implementación del acuerdo histórico de paz concluido entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del pueblo (“FARC-EP”) entra en una etapa decisiva... Su determinación para garantizar la verdadera responsabilidad por los crímenes más graves y el respeto de los derechos de las víctimas será esencial para superar los retos en la implementación del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición requerido por el acuerdo de paz” (Bensouda, 2017). Si bien la Fiscal no hizo mención expresa a la cuestión de la pena imponible, sí hizo referencia a garantizar “la verdadera responsabilidad” por los delitos más graves, lo que puede ser interpretado razonablemente como una mención a la clase y monto de la pena imponible a dichos crímenes. Es decir, la exigencia de una pena que responda a la gravedad de las conductas cometidas.

¿Estándares en los procesos de criminalización y punibilidad?

¿Existe un parámetro sobre si una conducta se criminaliza⁶ y cuánta pena debe tener? Al respecto debe señalarse que no hay un estándar sobre qué conducta se criminaliza: si bien hay consenso sobre la tipificación de ciertos comportamientos (homicidio, lesiones personales, hurtos, falsedades, etc.), porque además se satisfacen los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, también lo es que hay comportamientos sobre los cuales no es necesaria tal intervención, sin perjuicio sobre la discusión que se da cuando ya se ha hecho, por ejemplo, la criminalización de conductas relacionadas con la seguridad vial (Velandia-Montes, 2015b: 9).

Asimismo, no puede pasarse por alto que el proceso de criminalización es un proceso altamente selectivo debido a su naturaleza de protección de intereses: “las sociedades son un campo de conflictos sociales permanentes debido a que los diversos agentes sociales interactúan en aras de satisfacer sus intereses. Una de las formas de lograr dicha satisfacción por parte de quienes resulten triunfantes en la interacción social es a través de la configuración de lo normativo, pues la legislación puede asegurar el goce del interés respectivo y el uso del poder estatal para protegerlo” (Velandia-Montes et al., 2018). En tal sentido, el Derecho Penal es una herramienta muy poderosa en la protección de intereses debido a que tiene las sanciones más drásticas del ordenamiento jurídico. Si bien el proceso de criminalización debería estar guiado por la satisfacción y protección de los intereses colectivos, la realidad es que ello no es así.

Entonces, desde la perspectiva de su criminalización, en el orden interno existe un ámbito de decisión del Estado como soberano para determinar cuáles conductas criminaliza o no, de acuerdo, desde una perspectiva de *lege ferenda*, a los principios de *ultima ratio* y de fragmentariedad, o, desde una óptica de *lege data*, a los intereses de los sectores sociales con poder para definir el Derecho Penal. Además, existe otro campo en el cual los Estados están

⁶Hoy en día se usa indiscriminadamente al Derecho Penal como herramienta frente a todo tipo de conflictividad social (Velandia-Montes, 2015a: 13). Empero, el Derecho Penal Internacional tiene un número bajo de comportamientos criminalizados en comparación con el Derecho Penal ordinario y no parece razonable que aquel vaya a aumentarse en la misma proporción que este debido a las dificultades en su proceso de criminalización a través de tratados.

obligados a tipificar como delito ciertas conductas en cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados, como, verbigracia, conductas constitutivas de maltrato contra las mujeres⁷.

En lo que concierne a qué clase y cuánta pena debe tener un comportamiento sobre el cual ya se ha decidido su criminalización la cuestión es aún más compleja: en las sociedades occidentales, la pena de prisión ostenta un lugar predominante en las políticas penales contemporáneas (Velandia-Montes, 2015a: 71), sin dejar de lado que la pena de muerte y de cadena perpetua aparecen en el escenario de opciones, si bien se emplean minoritariamente. De tal suerte, la definición de mínimos y máximos de pena es un asunto muy intrincado y en donde solo se pueden hacer valoraciones en relación a casos en los que se ha establecido una pena muy baja para un comportamiento que se considera muy grave o una muy alta para uno que se estima no tan grave, pero que es una cuestión muy problemática en los casos medios, que es en donde están la mayoría de casos. Al respecto valga mencionar, lo que ocurre con los artículos 213 y 214 del Código penal colombiano: en el primero se criminalizó la inducción a la prostitución, con una pena de 11 a 22 años⁸. En principio no podría decirse nada sobre la pena, en concreto si es excesiva o si es muy baja⁹. Por supuesto, sí puede decirse que no es una pena muy baja, porque 11 años es un período de reclusión significativo¹⁰, pues equivale a un 15% de la esperanza de vida de un hombre y a un 13% de la de una mujer, que es de 73 y 79 años, respectivamente (Proyecciones de población, 5). El máximo de 22 años tampoco puede considerarse bajo, pues equivale a un 30% de la esperanza de vida de un hombre y a un 27% de la de una mujer¹¹.

Por ende, podemos decir que la pena del artículo 213 es una pena proporcional. Empero, tal visión entra en duda cuando se ve la pena del artículo 214, que criminaliza el constreñimiento

⁷Así, verbigracia, en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”, que en su artículo 7º ordena sancionar todas las formas de violencia contra la mujer. La Ley 248 de 1995 aprobó dicha Convención.

⁸También tiene como pena principal la de multa, de 66 a 750 SMLMV.

⁹Evidentemente pueden existir sectores o personas que estén a favor o en contra de tal pena por considerarla adecuada o muy alta o muy baja.

¹⁰Empero, víctimas del delito, sus familiares y determinados sectores sociales seguramente considerarán bajo el mínimo de 11 años. Así mismo, otros sectores sociales pueden considerar muy alto ese mínimo.

¹¹Desde luego, víctimas del delito, sus familiares y determinados sectores sociales seguramente considerarán bajo el máximo de 22 años.

a la prostitución, que tiene un mínimo de 9 y un máximo de 13 años¹². En efecto, lo primero que llama la atención es el aspecto cuantitativo menor en el mínimo, 2 años menos, pero más llamativo aun es el máximo: una diferencia de ¡9 años! De manera inmediata, la pregunta que surge es si no es más grave obligar a alguien al ejercicio de la prostitución que inducirla a él. Evidentemente, sin perjuicio sobre si debe estar criminalizada la inducción, es racional considerar más grave constreñir a alguien a algo que inducirla a hacer algo, pues en el primer caso se anula la voluntad de quien es sujeto del constreñimiento mientras que en el segundo este conserva la libertad de decisión sobre su conducta. Como se ve, no existe ningún sentido razonable para tal diferencia punitiva, ni se puede encontrar ninguna argumentación al respecto en el trámite del proyecto de ley que introdujo tal reforma (Proyecto de ley Número 214 de 2007 Cámara 25 de 2006 Acumulado 08 de 2006 Senado), pero los dos artículos mantienen su vigencia¹³.

Entonces, el caso mencionado expone la complejidad de la cuestión de cuánta pena debe tener un comportamiento: no existen estándares ni a nivel interno ni internacional. Sobre este punto vale la pena mencionar que la Corte Constitucional (2017: 25) ha indicado:

(...) no existen criterios objetivos que permitan sostener que a determinado delito corresponde, como sanción proporcionada, una determinada clase y medida de pena, comoquiera que la correlación entre estos dos extremos se establece a partir del consenso alcanzado en el debate democrático...es el producto contingente de una decisión legislativa auspiciada por consideraciones ético-políticas y de oportunidad... el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando „se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros“.

Por ende, esta sentencia provee criterios que permite resolver la cuestión en casos extremos, pero no en los casos medios, como el que acabamos de mencionar sobre la inducción

¹²También tiene como pena principal la de multa, de 66 a 750SMLMV.

¹³En la sentencia C-636 de 2009, la Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 213, pero no se tocó el tema de la proporcionalidad de la pena en cuanto a su cantidad.

y el constreñimiento a la prostitución. Así, estimamos que la resolución de este tipo de casos, que hemos nominado como *medios*, es más intuitiva que razonada. En consecuencia, la decisión sobre la criminalización de una conducta (con la excepción de cuando se da como consecuencia del cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados), así como la clase y monto de la pena imponible, es un asunto de discrecionalidad del órgano competente de cada país, de acuerdo a su contexto, lo que puede justificar que un país criminalice o no ciertas conductas y tenga establecidos unos mínimos y máximos mayores o menores a los de otros países en los casos de los comportamientos que ha tipificado como delito. A continuación, pasaremos a ocuparnos de los fines de la pena en los Derechos Penales nacional e internacional.

Fines de la pena en el ámbito nacional

Establecida la ausencia sobre parámetros de criminalización y de punibilidad, examinaremos el fin de la pena. Así, como Harhoff (2008) lo señala, el fin de la pena ha sido objeto de mayor atención a nivel interno que internacional, sin que pueda decirse, en todo caso, que la cuestión ya esté zanjada. No haremos una exposición completa ni de las teorías ni la discusión que se ha suscitado sobre ellas¹⁴, porque ello excede los propósitos de este escrito. Empero, en la dogmática existen posiciones que defienden una sola teoría (teorías únicas), una mezcla de teorías, las llamadas “teorías mixtas o unificadoras o de la unión” (Roxin, 1997: 93)¹⁵, o de elementos de varias teorías que se van presentando en diversos momentos de funcionamiento del sistema penal¹⁶ (Roxin, 1997), aunque, en la actualidad, la retribución ha tomado un papel preponderante en la política penal como consecuencia del descrédito de la resocialización (Velandia-Montes, 2015a), seguida muy de cerca por la prevención especial

¹⁴La bibliografía en este campo es abundante, pero a continuación se indican algunas obras que ilustran al respecto sobre los puntos fundamentales y problemáticos de la cuestión: Costa (1953); Boonin (2008); Dearing (2017); Duff (2001); Golash (2005); (Hart: 2008); Hegel (2003); Honderich (2006); Hörnle (2015); Jakobs (1996); Jakobs (1997); Jakobs (2002); Lesch (1999); Ross (1975); Roxin (1997); Roxin (2016); Silva Sánchez (2008); Waller (2018); Welzel (1964); Welzel (1997); Wringe (2016); Zaffaroni et al. (2000).

¹⁵En las que, “la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango”, pero a las que se les censura la falta de “fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general” pues no se colman “las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social (Roxin, 1997: 94 y 95).

¹⁶Por ejemplo, la “teoría unificadora preventiva” de Roxin (1997: 95).

negativa, teoría que ha servido de sustento para buscar legitimar medidas punitivas extremas, como la pena de muerte o la cadena perpetua en contra de cierta clase de criminalidad, verbigracia, el delincuente reincidente (Velandia-Montes, 2015a) y el delincuente sexual violento (Velandia-Montes, 2015b). De cualquier manera, los sistemas de justicia penal a nivel global se caracterizan por un uso mixto de argumentaciones de teorías de fines de la pena absolutas y relativas (Cryer, 2010). Así, en el caso colombiano¹⁷, el artículo 4º de la Ley 599 de 2000 señala:

ARTICULO 4º. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Debe mencionarse es que se confunde el fin con la función, conceptos desarrollados por la sociología desde hace tiempo (Merton, 1968): el fin hace referencia a lo que se aspira, en relación con el Derecho Penal, los fines serían “los propósitos u objetivos que son perseguidos por las medidas, las acciones o las instituciones, lo que comprende desde luego las finalidades buscadas por la divergencia y por el control penal” (Silva García, 2013: 117). En tal sentido, “pertenecen al mundo del deber ser, por ende, no son susceptibles de verificación empírica ni están sujetos a juicios sobre su verdad o falsedad; de modo distinto, pueden ser examinados para observar o debatir la estructura lógica que soporta su justificación, sus bases axiológicas o la argumentación en la que están fundados” (Silva García, 2013: 117).

Por el contrario, las funciones “son consecuencias sociales con algún grado de generalización...son una abstracción o derivación de los hechos sociales...se desprenden de las medidas o acciones que han sido ejecutadas o de las prácticas institucionales desarrolladas...pertenecen al mundo del ser...pueden someterse a verificación empírica” para “dilucidar su verdad o falsedad” (Silva García, 2013: 117). Entonces, en el citado artículo 4º, el legislador cometió un error porque debería haber hecho mención a los “fines de la pena”, o sea a los efectos que se aspira que la pena cumpla en la sociedad. Empero, para poder hablar de

¹⁷Por motivo de espacio y de objeto del trabajo, solo haremos referencia al caso colombiano.

“funciones de la pena” se requiere haber constatado empíricamente si los efectos deseados (fines) sí se cumplieron o si, por el contrario, la medida establecida para lograr los efectos deseados produjeron un resultado diverso o, incluso, ninguno¹⁸. Empero, no solo en la ley se encuentra tal imprecisión, sino que también está presente en las decisiones judiciales, en las que se usan indistintamente las dos palabras como si fueran sinónimas, por lo que es importante tener claro tal distinción a efectos de una adecuada comprensión de la situación fines-funciones de la pena.

Entonces, lo que se evidencia en el señalado artículo 4º es que el legislador optó por una postura que mezcla diversos fines de la pena, una postura mixta¹⁹, sin mayor desarrollo por parte del legislador, salvo en lo que concierne a la mención específica de que la “prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. Esto da pie para pensar que, según el legislador, en el momento del establecimiento de una conducta como delito se estaría adoptando a la prevención general, sin que se haya especificado por el legislador de cuál de las dos vertientes de esta teoría se está tratando, y que en el momento de imposición de la pena pueden entrar este fin y los demás, salvo el de prevención especial y reinserción social, que solo entraría a ser considerado²⁰ en el momento de ejecución de la pena, sin perjuicio de que también se puedan tener en cuenta los otros fines²¹. Ahora, en la sentencia C-565 de 1993²², se sostuvo que:

(...) un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena...la Constitución conduce a un Derecho Penal llamado a desempeñar...una función de prevención

¹⁸Sobre las funciones manifiestas, latentes y simbólicas ver Silva García (2013: 118).

¹⁹No podemos ocuparnos de analizar cada una de las teorías de fines de la pena y sus críticas por cuestión de espacio, pero remitimos a las obras señaladas previamente.

²⁰Cuando el legislador hablar de “prevención especial y reinserción social” puede entenderse que son dos fines distintos, es decir, que estaría hablando de la prevención especial negativa y positiva, respectivamente, pero ello no tiene cabida debido a que la misma Corte, en la sentencia C-144 de 1997, excluyó a la prevención especial negativa como teoría de fin de la pena en Colombia. Entonces, no cabe otra interpretación distinta a que se trata de la prevención especial positiva y que la voz “reinserción social” es una reiteración en el artículo de dicha teoría de fin de la pena.

²¹Este planteamiento del legislador, al adoptar una teoría mixta, es sujeto de múltiples censuras por sus contradicciones. Empero, no podemos ocuparnos de ellas acá y remitimos a las obras citadas.

²²En ese momento estaba vigente el Decreto Ley 100 de 1980, que establecía: “ARTICULO 12. FUNCION DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Este decreto mantuvo su vigencia hasta el 23 de julio de 2001, pues, el 24 de julio de ese año, empezó a regir la Ley 599 de 2000, que es el Código penal vigente.

general, sin perjuicio de la función de prevención especial. La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables (Corte Constitucional, 1993: 24).

Es decir, en esta sentencia se advierte una postura mixta. Después, en la sentencia C-261 de 1996, se indicó que las teorías absolutas y relativas de la pena estaban en crisis y que solo era posible entenderlas en un Estado Democrático si se consideraba que actuaban “en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado”(Corte Constitucional 1996: 17):primero se hacía prevención general negativa, luego se operaba con un “criterio esencialmente retributivo” y en el momento de la ejecución de la sanción penal debía prevalecer la resocialización del condenado(Corte Constitucional, 1996: 17). Acá se nota una posición cercana a los planteamientos de Roxin, aunque no del todo porque se incluye a la retribución como fin de la pena, mientras este autor rechaza su inclusión²³. En la sentencia C-430 de 1996, la Corte Constitucional (1996: 17) ratificó dicha posición. En la misma línea, en la sentencia C-144 de 1997, se aseveró que “si bien se” conservaba “la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues” debía “haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista” abandonaba “el retribucionismo como fundamento esencial de la pena” (Corte Constitucional, 1997: 16). Además, se reiteró el fin de prevención general negativa al momento de proferir la legislación, se le negó cualquier relevancia a la prevención especial negativa y se reiteró la búsqueda de la resocialización. Esta posición mixta también se reivindica en la sentencia C-1112 de 2000 (Corte Constitucional, 2000).

Por su parte, en la sentencia C-806 de 2002, se reiteró la prevención general negativa como fin de la pena, pero también se incluyó a la positiva: “En cuanto a la prevención general...debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como

²³“En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención” (Roxin 1997: 98).

socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva²⁴)” (Corte Constitucional, 2002: 14). Empero, luego también incluyó al fin retributivo al momento de la imposición judicial de la pena, y a la resocialización en el momento de la ejecución de la pena. Ahora, en la sentencia C-370 de 2014, la Corte Constitucional (2014: 30) determinó que no había cabida para la retribución, sino solo para la prevención general negativa, aunque luego mencionó a la resocialización. Es decir, se mantiene una postura mixta, que puede entenderse, debido a la falta de claridad de la sentencia, como una mezcla de prevención general negativa, en el momento de expedición de la norma y de imposición de la pena, y de prevención especial positiva, a la hora de ejecución de la pena impuesta. En sentido similar, en la sentencia C-757 de 2014, se indicó que desde “sus inicios la Corte Constitucional ha reconocido la importancia constitucional que tienen la resocialización de las personas condenadas y la finalidad preventiva especial de la pena” (Corte Constitucional, 2014: 28). En esta decisión, la Corte, en referencia a sentencias previas, manifestó que “sobre las inevitables tensiones que existen entre los fines de prevención general y prevención especial” se “reconoce el fundamento constitucional de la función resocializadora de la pena y su relación con los principios fundamentales de la Carta” (Corte Constitucional, 2014: 29), momento en el que hizo referencia a la citada sentencia C-261 de 1996 para poner de presente que “durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente” y que se “reconoce el valor especial que tienen los fines de resocialización y prevención especial”, aunque volvió a hacer mención al “carácter secundario que tiene el fin retributivo de la pena” (Corte Constitucional 2014: 29). Por ende, la Corte Constitucional siguió sosteniendo una teoría mixta de fin de la pena.

Así mismo, en la sentencia C-181 de 2016, luego de resumir muy sucintamente su jurisprudencia, se sostuvo que las teorías de fines de la pena comprendían a las absolutas, que tendían a la retribución; a las de prevención y a las de simbiosis. Así mismo, se manifestó que la Corte había “admitido a la resocialización como un fin constitucionalmente válido de la pena” (Corte Constitucional, 2016: 28-29). De tal suerte, en esta sentencia se reitera una posición mixta, con un énfasis en la prevención especial positiva. Finalmente, en la sentencia C-328 de

²⁴No queda del todo claro, por las palabras empleadas, pero es razonable considerar que la Corte Constitucional está haciendo referencia a la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad de Jakobs y no a la vertiente eticizante de Welzel (Velandia-Monteset *al.*, 2018).

2016, la Corte Constitucional (op.cit., 2016), luego de hacer una corta recapitulación de algunas de sus decisiones sobre el particular, repitió lo mencionado en la sentencia C-181 de 2016. De tal suerte, se reitera una tesis mixta de fin de la pena con un énfasis en la prevención especial positiva en el momento de la ejecución de la pena, que es la posición generalmente sostenida por la Corte Constitucional y en la que, además, la prevención general fundamenta la criminalización de la conducta y la determinación de la pena, con la mención ocasional de la teoría de la retribución sustentando también la fijación del castigo, según se ha explicado.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente: “...cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad...Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal”(Corte Suprema de Justicia, 2001: 4-5). Y continúa la Corte:

(...) desde esa óptica, la función de „retribución justa“ puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba (Corte Suprema de Justicia, 2001: 5).

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia señala que la prevención especial positiva opera en el momento de ejecución de la pena, pero queda excluida de la determinación del castigo, momento en el que sí tendrían cabida como sustento las otras teorías de la pena. Así mismo, se afirma que la retribución tendría aplicabilidad en el momento de fijación de la pena y en el de su ejecución, específicamente a la hora de decidir la concesión de los subrogados de la

suspensión de la ejecución de la pena o de libertad condicional, planteamiento que no se comparte, porque estos subrogados no pueden existir bajo los planteamientos de la teoría de fin de la pena retributiva. En relación con la prevención general, afirma la Corte: “Igual cosa ocurre con la función de „prevención general“, a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible... Ese fin de „prevención general“ es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobretodo (sic), desde la certeza, la ejemplarización (sic) y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)” (Corte Suprema de Justicia, 2001: 5-6).

Entonces, fíjese que para la Corte Suprema de Justicia la prevención general, negativa y positiva²⁵, se emplea tanto para la determinación de la pena como para su ejecución. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha reivindicado el carácter mixto de los fines de la pena en Colombia:

(...) en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, (...)por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular...sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales (Corte Suprema de Justicia 2017: 28 y 29).

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han señalado la existencia en el régimen jurídico colombiano de una fundamentación mixta del fin de la pena, con, en términos generales, un predominio de la prevención general negativa en el momento de criminalización de la conducta; de la prevención general negativa y de la retribución a la hora de la imposición de la pena, con alguna mención de la prevención especial positiva; y de la prevención especial positiva en su ejecución, con alguna inclusión de la prevención general negativa y positiva y de la retribución. Esta perspectiva, por supuesto, se ve expuesta a todas las críticas que se hacen a las teorías mixtas y remitimos al lector a ellas.

²⁵Es razonable considerar que la Corte Suprema de Justicia está haciendo referencia a la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad de Jakobs.

Expuesta la posición del fin de la pena en el ámbito interno, pasamos a ocuparnos del mismo aspecto, pero en el campo del Derecho Penal Internacional.

Fines de la pena en el ámbito internacional

Vistos los puntos básicos sobre el fin de la pena en el campo del derecho colombiano, pasamos a ocuparnos de este aspecto en el Derecho Penal Internacional. Así, se señala que la retribución y la prevención general negativa son los fines principales, aunque la resocialización y otros fines también han sido considerados (Cryer, 2010). En tal sentido, verbigracia, el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁶ (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003: 28) indicó:

La Sala...observa que...se ha centrado en la gravedad del delito como la consideración primordial en la determinación de la pena, la retribución como fin de la pena ha gozado de prominencia. La teoría clásica retributiva requiere que el castigo sea proporcional al daño causado. A la luz de los propósitos del Tribunal y del Derecho internacional humanitario en general, la retribución es entendida como la expresión de condena e indignación de la comunidad internacional frente a tales graves violaciones y el desprecio de Derechos Humanos fundamentales en el momento en el que la gente está en su punto más vulnerable...durante un conflicto armado. Es también el reconocimiento de los daños y sufrimientos causados a las víctimas. Además, dentro del contexto de la justicia penal internacional, la retribución se entiende como una declaración clara de la comunidad internacional de que se los crímenes serán castigados y de que la impunidad no prevalecerá. El recurso a la gravedad del delito, con consideración del papel del acusado en la comisión del delito y el impacto del crimen en las víctimas, debe ayudar a la Sala de juzgamiento en su determinación de la pena que es necesaria para reflejar la indignación y condena de la comunidad internacional por los crímenes cometidos.

Sobre el particular, la Corte Penal Internacional ha sostenido que, de acuerdo al párrafo 5º del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁷, la retribución y la prevención

²⁶Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones al Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

²⁷El párrafo sostiene: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes y así contribuir a la prevención de tales crímenes,” (*Rome Statute*: 1).

general negativa son los principales objetivos de las decisiones de la Corte. Así mismo, se ha señalado que la retribución

no debe ser entendida como el cumplimiento de un deseo de venganza, sino como una expresión de condena de la comunidad internacional de los crímenes. De esta manera, una pena proporcional también reconoce el daño a las víctimas y promueve la restauración de la paz y la reconciliación. Con respecto a la disuasión, una pena debe ser adecuada para desalentar a una persona condenada de la reincidencia (disuasión específica), así como para garantizar que aquellos que considerarían cometer crímenes similares serán disuadidos de hacerlo (disuasión general) (The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo 2016: 6).

Además, se ha mencionado que la

rehabilitación también es un propósito relevante. Sin embargo, en casos relativos a „los delitos más graves de preocupación para la comunidad internacional en su conjunto“, a la rehabilitación no se le debe dar un peso valor indebido. Los objetivos básicos de la pena se cumplen con „la imposición de una pena justa y adecuada, y nada más“ (The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo 2016: 6 -7).

Igualmente, se afirma que los delitos que son de conocimiento de la justicia penal internacional, en oposición a aquellos de las jurisdicciones nacionales, difieren sobre todo debido en que se trata “violaciones graves del derecho internacional humanitario” y si bien

las jurisdicciones nacionales y ciertos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos sostienen que la rehabilitación debe ser una de las principales preocupaciones para una corte al sentenciar, esto no puede desempeñar un papel predominante en el proceso de toma de decisiones de una Sala de juzgamiento del Tribunal. Por el contrario, la Sala de Apelaciones (y las Salas de juzgamiento tanto del Tribunal para la antigua Yugoslavia y el Tribunal penal internacional para Ruanda) han consistentemente señalado que los dos propósitos principales de la imposición de penas por estos delitos son la disuasión y el castigo (The Prosecutor V. Zejnil Delalic et al. 2001: 288-289).

En tal sentido, el Tribunal penal internacional para Ruanda ha señalado que

las sanciones impuestas a los acusados declarados culpables por el Tribunal deben orientarse, por un lado, a la retribución del acusado, que debe ver sus crímenes castigados, y además, por otro lado, a la disuasión, es decir, disuadir para siempre a quienes intenten en el futuro perpetrar tales atrocidades mostrándoles que la comunidad internacional no estaba dispuesta a tolerar las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos (*The Prosecutor V. Jean Kambanda* 1998: 13)²⁸.

En igual línea, la Corte Penal Internacional ha afirmado:

con respecto, en particular, a la disuasión, la Sala es de la opinión de que la sentencia debe ser adecuada para desalentar al condenado de la reincidencia (prevención especial negativa²⁹), así como para asegurar que aquellos que considerarían cometer delitos similares serán disuadidos de hacerlo (prevención general negativa³⁰) (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.* 2017: 8).

Así, se evidencia que los fines de la pena de retribución, de prevención general negativa y de prevención especial negativa son los que predominan en la justicia penal internacional y que la resocialización, aunque se ha mencionado como uno de ellos (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003), no tiene el carácter de principal sino subsidiario y, además, no es inusual que no se tenga en cuenta con sustento en la gravedad de la conducta cometida (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo* 2016)³¹. Por otra parte, como ya se había indicado, la justicia para las víctimas también hace parte de lo que se plantea como fin de la pena, no solo en el ámbito

²⁸En la misma línea, *The Prosecutor V. Milomir Stakić* (2003: 244): “La disuasión, individual y general, tiene una función primordial y sirve como un objetivo importante del sentenciar. Una meta igualmente importante es la retribución, no para cumplir un deseo de venganza sino para expresar la indignación de la comunidad internacional respecto a delitos aberrantes como aquellos en frente de este Tribunal”. En igual sentido, la Sala de apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia: “La Sala de Apelaciones, señala que la jurisprudencia del Tribunal y el Tribunal siempre señala que los dos propósitos principales de la sentencia son la disuasión y el castigo. Otros factores, como la rehabilitación, se deben considerar, pero no debe dárseles un valor indebido” (*The Prosecutor V. Milomir Stakić* (2006: 130-131).

²⁹*Specific deterrence.*

³⁰*General deterrence.*

³¹Aunque también se ha señalado que, a la hora de determinar la pena, debido a las circunstancias y carácter de una persona, se puede considerar que es “reformable y que se le debe dar una segunda oportunidad para comenzar su vida desde cero cuando sea liberado, mientras es lo suficientemente joven para hacerlo” (*The Prosecutor V. Dražen Erdemović* 1998: 13)

internacional, sino que también se ha trasladado la discusión sobre su inclusión al campo interno (Velandia-Montes 2015b: 94). Sobre tal perspectiva, que afirma la existencia de

derechos de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido y a la justicia”, ya nos hemos ocupado en relación con el derecho interno y consideramos que las conclusiones sobre el particular son extrapolables al espacio internacional, no sin mencionar que pueden resumirse en que “el derecho de la víctima consiste en un derecho a la tutela judicial efectiva”, pero “no tiene derecho a obtener una condena, pero en aquellos casos en donde la haya y su ejecución se haga desconectada de razones preventivas y sustentada exclusivamente por „necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad””, por lo que “tomamos partido por una posición que niega a la presunta víctima cualquier pretensión de disposición sobre la imposición, dosificación y ejecución de la pena. La posición contraria sería admitir un regreso a la privatización de la pena, un regreso a la venganza privada, que era precisamente lo que se buscaba eliminar cuando el Estado tomó para sí con exclusividad la potestad sancionatoria (Velandia-Montes 2015b: 95-99).

También se ha hecho referencia a la protección de la sociedad (*The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* 2003) y a la reconciliación nacional (*The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* 2007; *The Prosecutor V. Biljana Plavšić* 2003) como otros fines de la pena en el campo internacional. De tal suerte, queremos ocuparnos de la reconciliación, elemento central del *Acuerdo final*, al buscar ponerle fin al conflicto armado interno que ha tenido lugar en Colombia durante más de 50 años. Empero, ha generado polémica que a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades respecto a determinadas infracciones muy graves no se les puede imponer penas privativas de la libertad, sino penas con propósitos reparadores y restauradores. En tal sentido, se ha sostenido que el “reconocimiento y revelación completa de los delitos graves son muy importantes cuando se establezca la verdad en relación con esos delitos. Esto, junto con la aceptación de responsabilidad por los delitos cometidos, promoverá la reconciliación” (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić* (2003: 26). En este caso, se tuvo en cuenta “la declaración de culpabilidad de la acusada, así como su expreso remordimiento y el impacto positivo en el proceso de reconciliación, como un factor atenuante” (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić*, 2003:

26) y se le condenó a 11 años de prisión (*The Prosecutor V. Biljana Plavšić*, 2003: 42)³². Entonces, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, la reconciliación nacional es un factor atenuante de la pena, pero no elimina la imposición de una pena privativa de la libertad, que es vista, así como la sanción dominante, lo que confirma nuestra posición sobre que actualmente “existe una concepción respecto del Derecho Penal en la que el binomio delito-prisión es bastante paradigmático de esta área del derecho” (Velandia-Montes, 2015a: 72).

Por lo tanto, consideramos que, según se ha expuesto y en concordancia con lo planteado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, las sanciones no privativas de la libertad establecidas en el *Acuerdo final* no satisfarán a la justicia penal internacional en su configuración actual y, en consecuencia, quienes sean sujetos de decisiones de la JEP en donde no se impongan penas privativas de la libertad no estarán exentos de la intervención de la Corte Penal Internacional. Empero, no pueden pasarse por alto las dinámicas y juegos del poder presentes en la sociedad y que se reflejan en el Derecho, su configuración y su ejercicio (Vold, 1998; Silva, 2013), tal y como ocurre en el Derecho Penal Internacional. De esta manera, se ha criticado la discrecionalidad del poder punitivo por parte de la Corte Penal Internacional, que no se ejerce en los casos que involucran a naciones poderosas o sus aliados, sino solo en los que intervienen países débiles (*The International*, 2013).

Adicionalmente, se advierte que en el Derecho Penal Internacional, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal³³, no se discierne entre fines y funciones y estos vocablos son usados indistintamente, cuando, según se ha expuesto, ello no es correcto. Además, también debe llamarse la atención sobre la diversidad de definiciones de qué se entiende por cada una de las teorías de los fines de la pena. Así, por ejemplo, se ha mencionado que por retribución se entiende “como la expresión de condena e indignación de la comunidad internacional frente a

³²En el caso de *The Prosecutor V. Feidinand Nahimana et al.* (2007: 329), en donde el condenado apeló la sentencia condenatoria, el juez de segunda instancia no tuvo en cuenta el fin de la pena de reconciliación nacional debido a que el apelante no demostró cómo la sentencia impuesta “dañaría la reconciliación nacional”.

³³Verbigracia Ambos (2013: 67 y 68) y Cryer (2010: 28), que al tratar el fundamento de los fines terminan legitimándolo en relación con la función que cumple tal fin en la realidad. Así, verbigracia, Ambos (2013: 70), al ocuparse de la prevención general negativa, sostiene que el “caso de Pinochet, por ejemplo, quizá al menos haya frenado los deseos de viaje de exdictadores latinoamericanos u otros exdictadores”. Así, de lo que se ocupa Ambos en este aparte es realmente de las funciones sociales del castigo impuesto por la justicia penal internacional y no de “disposiciones subjetivas (objetivos, motivos, propósitos)” (Merton 1968: 78), que es de lo que se trata el fin de la pena.

tales graves violaciones y el desprecio de Derechos Humanos fundamentales” (*The Prosecutor V. Momir Nikolić* 2003), que “no debe ser entendida como el cumplimiento de un deseo de venganza, sino como una expresión de condena de la comunidad internacional de los crímenes” (*The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo* 2016: 6)³⁴. Igualmente, en *The Prosecutor V. Momir Nikolić* (2003: 28) se incluye como un elemento de la retribución “el reconocimiento de los daños y sufrimientos causados a las víctimas”, lo cual causa problemas bajo la idea de que la “justicia para las víctimas” es considerado como un fin de la pena independiente (Cryer, 2010: 30).

Empero, en *The Prosecutor V. Stevan Todorovic* (2001: 11), también se sostiene que

el principio de retribución, si va a ser aplicado en todo en el contexto del sentenciar, debe ser entendido como el reflejo de un enfoque justo y equilibrado para la difícil labor de imposición de la pena por el delito. Esto significa que la pena impuesta debe ser proporcional al delito; en otras palabras, que el castigo debe ajustarse al crimen.

Si bien se ha señalado que quizá sea necesario tener fines de la pena en el Derecho Penal Internacional distintos en su contenido a aquellos del Derecho Penal Nacional (Harhoff, 2008: 124) o con un contenido más amplio (Ambos, 2013, lo que se puede compartir, lo cierto es que el camino debe comenzar por una mayor precisión sobre lo que se entiende por cada una de las teorías de fines de la pena en el ámbito internacional.

³⁴También en *The Prosecutor V. Momir Nikolić* (2003: 28).

Referencias bibliográficas

- Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. (2016) .<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.
- Ambos, Kai. (2013). *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press.
- Bases de un acuerdo nacional de paz. (2016). <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/bases-de-un-acuerdo-nacional-de-paz.pdf>
- Bensouda, Fatou. (2017). *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of her visit to Colombia (10-13 September 2017)*. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia>
- Boonin, David. (2008). *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993) Sentencia C-565.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996) Sentencia C-261.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996) Sentencia C-430.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997) Sentencia C-144.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000) Sentencia C-1112.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002) Sentencia C-806.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014) Sentencia C-370.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014) Sentencia C-757.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016) Sentencia C-181.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016) Sentencia C-328.
- Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal. (2016). *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2001). M.P. Carlos E. Mejía Escobar, Proceso Núm. 18285, de 28 de noviembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, Proceso Núm. 46278, de 1 de junio de 2017.

- Costa, Fausto. (1953). *El delito y la pena en historia de la filosofía*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Cryer, Robert, Friman, Håkan, Robinson, Darryl & Wilmshurst, Elizabeth.(2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. (2a ed.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Dearing, Albin. (2017). *Justice for Victims of Crime. Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe*, Cham, Springer.
- Duff, Robert Alexander. (2001). *Punishment, Communication, and Community*, New York, Oxford University Press.
- Fernández de Gurmendi, Silvia. (2017). *Keynote address on the occasion of the Nuremberg Forum 2017 “10 years after the Nuremberg Declaration on Peace and Justice: „The Fight against Impunity at a Crossroad”*”. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/171020-stat-pres.pdf>
- Golash, Deirdre. (2005). *The Case against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, New York University Press.
- Harhoff, Frederik. (2008). “Sense and Sensibility in Sentencing – Taking Stock of International Criminal Punishment”, *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be. Liber Amicorum Ove Bring*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus y Gardner, John. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*.(2a ed.), Oxford, Oxford University Press.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich.(1993). *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias-Prodhufo.
- Honderich, Ted.(2006). *Punishment. The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press.
- Hörnle, Tajtjana. (2015). *Teorías de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Human Rights Watch. (2016). *Colombia: Acuerdo de paz es una oportunidad histórica para reducir abusos*. <https://www.hrw.org/es/news/2016/08/25/colombia-acuerdo-de-paz-es-una-oportunidad-historica-para-reducir-abusos>
- Human Rights Watch. (2017). *Análisis de Human Rights Watch sobre el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*.

- http://images.etn.eltiempo.digital/uploads/files/2017/10/09/2017_10_08%20Carta%20de%20Human%20Rights%20Watch%20sobre%20Ley%20Estatutaria%20JEP.pdf
- Jakobs, Günther. (1996). *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2a ed.), Madrid, Marcial Pons.
- Jakobs, Günther. (2002). Sobre la teoría de la pena (Trad. Manuel Cancio Meliá), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia–Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, No. 16.
- Lesch, Heiko. (1999). *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Los 10 duros dardos de Uribe a la firma de la paz. (26 de septiembre de 2016). *Semana*. <http://www.semana.com/nacion/articulo/declaraciones-de-alvaro-uribe-sobre-la-firma-de-la-paz-entre-el-gobierno-y-las-farc/495653>
- Merton, Robert King. (1968). *Social theory and social structure*, New York, The Free Press.
- Penas alternativas no gustan a todas las víctimas de las Farc. (24 de septiembre de 2015). *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16385331>
- Proyecciones de población 2005-2020. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística*. http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf
- Rome Statute of the International Criminal Court. (1998). *International Criminal Court*. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf
- Ross, Alf. (1975). *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte general*, T. I (Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo & Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas.
- Roxin, Claus. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I (Trad. Manuel A. Abanto Vásquez), Lima, Grijley.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2008). “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la „lucha contra la impunidad“ y del „derecho de la víctima al castigo del autor“”, *Derecho Penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

- Silva García, Germán. (2013). *Criminología. Teoría sociológica del delito*. (2ª ed.), Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- The International Criminal Court and Its 'Small Fry Justice'. (2013). *Economic and Political Weekly*, Vol. 48, No. 34.
- The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08. Decision on Sentence. *International Criminal Court*. 2016.
- The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo *et al.* No.: ICC-01/05-01/13. Decision on Sentence. *International Criminal Court*. 2017.
- The Prosecutor V. Zejnil Delalic *et al.* No.: IT-96-21-A. Appeal judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2001.
- The Prosecutor V. Dražen Erdemović. No.: IT-96-22-Tbis. Sentencing Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 1998.
- The Prosecutor V. Jean Kambanda. No.: ICTR 97-23-S. Judgement and sentence. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 1998.
- The Prosecutor V. Feidinand Nahimana *et al.* No.: ICTR-99-51-T. Judgement and sentence. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 2003.
- The Prosecutor V. Feidinand Nahimana *et al.* No.: ICTR-99-52-A. Judgement. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. 2007.
- The Prosecutor V. Momir Nikolić. No.: IT-02-60/1-S. Sentencing judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2003.
- The Prosecutor V. Biljana Plavšić. No.: IT-00-39&40/1-S. Sentencing Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2003.

- The Prosecutor V. MilomirStakić. No.: IT-97-24-T. Judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2003.
- The Prosecutor V. MilomirStakić. No.: IT-97-24-A. Appeal judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2006.
- The Prosecutor V.StevanTodorovic. No.: IT-95-9/1-S. Sentencing judgement. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991*. 2001.
- Velandia-Montes, Rafael. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, T. I, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia-Montes, Rafael.(2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, T. II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia-Montes, Rafael *et al.* (2018). *Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Vold, George Bryan. (1998). *Theoretical Criminology*.(4a ed.), New York, Oxford University Press.
- Welzel, Hans. (1964).*El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel.
- Welzel, Hans.(1977). *Derecho Penal alemán*. (11a ed., 4a ed. Castellana), Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- Wringe, Bill. (2016). *An Expressive Theory of Punishment*, New York, Palgrave Macmillan.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro. (2000).*Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar.

SEGURIDAD Y NEOLIBERALISMO ¿CÓMO SE CONSTRUYEN LAS SOCIEDADES DE CONTROL?

Juan Pablo Ciudad Pérez¹

ORCID: 0000-0003-1544-2517

Correo electrónico: juanpablo.ciudad@usach.cl

Resumen

El neoliberalismo es una gobernanza que, junto con economizar todas las dimensiones de la vida, configura una *racionalidad excepcional* cada vez más proclive a la construcción de sociedades de control. Este trabajo explica esta situación a la luz de dos fenómenos: la *espectacularización* y la *securización* de nuestras sociedades. La emergencia *sociosanitaria* que ha afectado a todo el mundo ha acelerado este proceso, radicalizando esta racionalidad.

Palabras clave: neoliberalismo, seguridad ciudadana, espectáculo, sociedad de control, emergencia sanitaria.

SECURITY AND NEOLIBERALISM HOW ARE CONTROL SOCIETIES BUILT?

Abstract

Neoliberalism is a governance that, together with economizing all dimensions of life, configures an *exceptional rationality* increasingly prone to building control societies. This work explains this situation in light of two phenomena: the *spectacularization* and the *securitization* of our societies. The *sociohealth* emergency that has affected everyone has accelerated this process, radicalizing this rationality

Keywords: neoliberalism, security, spectacle, control society, health emergency.

¹ Abogado, Universidad de Chile. Doctorando en derecho constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Académico de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Santiago de Chile. Especialista en filosofía política, derecho constitucional y teoría social del derecho. Socio regular de la Sociedad Chilena de Bioética. Director académico del Centro de Estudios Críticos y Sociales (CECS).

SEGURANÇA E NEOLIBERALISMO COMO AS SOCIEDADES DE CONTROLE SÃO CONSTRUÍDAS?

Resumo

O neoliberalismo é uma governança que, ao lado de economizar todas as dimensões da vida, configura uma racionalidade excepcional cada vez mais propensa à construção de sociedades de controle. Este trabalho explica a situação à luz de dois fenômenos: a espetacularização e a securitização de nossas sociedades. A emergência social de saúde que atingiu todo o mundo acelerou esse processo, radicalizando essa racionalidade.

Palavras-chave: neoliberalismo, segurança cidadã, espetáculo, sociedade de controle, emergência sanitária.

Presentación

La neurolingüística ha demostrado que cada vez que enunciamos o articulamos mentalmente una palabra se genera una proyección intelectual de ella en una imagen o mezcla de estas. Sin duda, cuando leemos, escuchamos, pronunciamos o pensamos el concepto *neoliberalismo*, pensamos preferentemente en imágenes que proyectan una o varias actividades relacionadas con la práctica generalizada de “economizar” distintas esferas, derechos y situaciones humanas (Brown, 2015:19).

El neoliberalismo, como todo presente en construcción, tiene dificultades para poder teorizarlo. En efecto, si se intenta deductivamente, cada caso presentará situaciones, fenómenos y particularidades que lo hará distinto del otro. Esto sin duda es común a todos los fenómenos humanos. Sin embargo, es probable que encontremos bastantes elementos comunes que nos permitan construir una caracterización de él.

Desde el punto de vista de la filosofía política y la teoría social – que son los campos de reflexión en los que nos moveremos en este trabajo –, el neoliberalismo ha sido definido como una racionalidad del poder y un modo de producción de subjetividades (Ibíd.). Para

Michel Foucault (2007) el neoliberalismo implica una transformación en el *arte de gobernar*.

Plantear que el neoliberalismo es una racionalidad del poder supone superar la tesis que plantea que el neoliberalismo sea una reducción del Estado o una mera actualización del liberalismo clásico para contradecir los efectos del keynesianismo, los socialismos democráticos y los modelos de gobierno orientados al bienestar social y así reposicionar a los mercados y al emprendimiento individual, para comprender que más bien significa una *reprogramación* de todas las dimensiones del poder en función de la economía.

Por ende, lo neoliberal no sólo significa que el Estado deje sola a la economía. Se trata más bien de que el neoliberalismo activa al Estado en defensa de la economía, no para que juegue un papel adquiriendo funciones económicas, sino para facilitar el crecimiento económico de los más poderosos y economizar todo el campo de lo social (Brown, 2015:78).

Esta *reprogramación* implica un reajuste de toda la “sala de máquinas” del poder; de todos los poderes: públicos y privados². Es decir, el neoliberalismo también es una forma de *hacer* Estado. La tesis de este trabajo es que el segundo ajuste fundamental, después de (y para) la economización de la vida, fue la *securización* del Estado y de la sociedad.

Ya en Chile, que fue el primer laboratorio de políticas neoliberales, desde finales de la década de los 70^o, este fenómeno se verificó. No solo por el cruento contexto de dictadura e imposición violenta del modelo neoliberal, sino también porque la Constitución que el régimen impuso en 1980 ya tenía enquistada una institucionalidad que tutelaba la democracia, impedía la posibilidad de transformaciones y contenía un poderoso bloque

²Este concepto fue acuñado por Roberto Gargarella en su libro denominado precisamente *La sala de máquinas de la Constitución* (Katz, Buenos Aires, 2014). Sin embargo, en este libro y en otros textos donde desarrolla esta idea, Gargarella lo articula siempre circunscribiéndolo al poder público. Aquí lo ocupamos desde el punto de vista de la *gobernanza* que implica el neoliberalismo, que siempre es una articulación de poderes públicos y privados para la satisfacción de los fines e intereses financieros y oligárquicos.

normativo que expresamente ponía a la seguridad como actividad principal del Estado³. También, desde la década de los 80" esto pudo observarse en Estados Unidos y algunos países de Europa, donde neoliberalismo y neoconservadurismo fueron dos doctrinas profundamente entrelazadas.

Este fenómeno no solo subsiste, sino que se ha agudizado en nuestros días, expresándose en casos como Donald Trump en Estados Unidos y Jair Bolsonaro en Brasil. Más precisamente, después del 11 de septiembre de 2001, la racionalidad neoliberal ha agudizado globalmente su dimensión securitaria, poniendo en entredicho el principio democrático y el bienestar social en favor de otras medidas de control que restringen libertades, flexibilizan derechos sociales y promueven y dan ventaja al desenvolvimiento económico y la regular acumulación capitalista de los más poderosos.

El actual contexto de emergencia *sociosanitaria* ha catalizado globalmente esta *dimensión securitaria* de la racionalidad neoliberal y ha transparentado en varios países las consecuencias de este modelo de gobernanza.

Una de las cuestiones que hoy parece más transparente es que la racionalidad neoliberal ha construido sociedades *espectacularizadas* y *securitarias*, y estos dos arquetipos sociales, intrínsecamente relacionados, se han constituido en condiciones de posibilidad para la instalación de lo que Gilles Deleuze (2004) denominaba *sociedades de control*, caracterizadas por la intensificación de la vigilancia y la dominación. Las páginas que siguen desarrollarán estos elementos.

³Integran este bloque las normas que hasta el día de hoy siguen vigentes y prescriben los deberes esenciales del Estado, regulan el Consejo de Seguridad Nacional (cuyas atribuciones esenciales subsisten, a pesar de un conjunto de reformas realizadas el año 2005), regulan la atribución exclusiva del Presidente para decretar estados de excepción constitucional, disponiéndole un amplio rango de discrecionalidad para usar estas herramientas, impiden la participación política de dirigentes sindicales, constriñen la actividad parlamentaria, entre otras. Asimismo, la versión original de la Constitución de 1980 establecía una norma expresa que prohibía la existencia de partidos de orientación marxista. Finalmente, durante el transcurso de su vigencia, se han agregado otras normas de fuerte contenido securitario; por ejemplo, una que constitucionaliza las sanciones de derecho público contra las conductas terroristas.

Sociedades Espectacularizadas

Guy Debord propone en su obra filosófica *La Sociedad del Espectáculo* que “[t]oda la vida de las sociedades en las que dominan las condiciones modernas de producción se presenta como una inmensa acumulación de espectáculos” (2007: 24). La vereda de análisis desde la que Debord piensa es el marxismo; su marxismo. Esto se aprecia claramente cuando, para profundizar en la caracterización conceptual del fenómeno de la *espectacularización* de la sociedad sostiene que “[e]l espectáculo, comprendido en su totalidad, es a la vez el resultado y el proyecto del modo de producción existente. (...) Es el corazón del irrealismo de la sociedad real [y] constituye el modelo presente de la vida socialmente dominante” (Debord, 2007: 25-26).

Debord nos plantea ya en 1967 que la sofisticación de la técnica y la complejidad de las relaciones productivas al interior del capitalismo tardío habían generado un tipo de habitar que hacía confundible la dimensión irreal proyectada por los medios tecnológicos y la producción mediática humana, y la dimensión real donde se suscitaban materialmente los actos de las personas.

Más precisamente aún: la penetración masiva de los aparatos tecnológicos audiovisuales en las relaciones sociales de los seres humanos produciría que la proyección irreal de lo que estos medios construían transfigurara todas las relaciones humanas, volviéndola real. Es decir, la proyección, aparentemente irreal, de las tecnologías informáticas y comunicacionales (TIC) audiovisuales en las relaciones sociales produciría subjetividades concretas, tipos de relaciones intersubjetivas, y configuraría las propias instituciones. Sentencia Debord: “La realidad surge en el espectáculo, y el espectáculo es real. Esta alienación recíproca es la esencia y el sostén de la sociedad existente” (op. cit.: 26).

Por cierto, en la época esto lo piensa analizando los fenómenos que ocurren en Europa y Estados Unidos, sin embargo, sus reflexiones son perfectamente aplicables a la actualidad de nuestras sociedades latinoamericanas.

Uno de los discursos que las sociedades espectacularizadas subvierten es el discurso originariamente liberal del individuo. La masificación del consumo espectacularizado en el capitalismo global, a pasos cada vez mayores, va destruyendo el concepto moderno que lo funda: la agencia volitiva, consciente e individual. El espectáculo genera que los individuos renuncien a su agencia individual para dejarse seducir por el morbo masificado que produce.

Los *massmedias* presentan reiteradamente episodios de comisión delictual que infunden una fuerte sensación de victimización en las personas. Esta sensación muchas veces no se condice con el real porcentaje de la población que efectivamente ha sido víctima de algún delito y mucho menos de uno de alta connotación, como los delitos contra las personas.

Sin embargo, la sensación de ineficacia estatal producto del discurso de la seguridad ciudadana de que la delincuencia va en ascenso, lleva a que proliferen los deseos de consumir experiencias de castigos informales, practicados por sujetos que no conforman el aparato represivo institucional que ha sido investido constitucional y legalmente con la atribución de ejercer el control punitivo, sino por civiles, motivados ideológicamente – en términos althusserianos – que linchan a los presuntos agresores, supuestamente en solidaridad con las víctimas.

Generalizados en Occidente son los programas televisivos o los subidos a la web hechos por casa noticias que muestran constantes episodios y rituales de detenciones policiales, detenciones “ciudadanas” y/o, derechamente, linchamientos.

En Chile, los noticieros han configurado la oferta de tal manera que este tipo de noticias y reportajes ocupan casi la totalidad de su programación. Adicionalmente, la televisión digital durante las 24 horas del día exhibe este tipo de noticias. Por si no bastase, en la última década los canales de televisión nacional han instalado, en horario prime, programas y realitys que abordan espectacularizadamente la persecución delictual hecha

por policías y/o por periodistas, que arbitrariamente se auto invisten y asumen el rol de autoridades de orden y seguridad pública. Entre estos: “133 Atrapados por la realidad” de Mega, “Policías en acción” de Chilevisión y “El cuerpo no miente, PDI descifrando la verdad” de Canal 13.

En Argentina, este fenómeno también se encuentra masificado, y se ha observado en espacios como “Mujeres asesinas”, “Sin Código” y “Policías en acción” de Canal 13 y “Criminal” de Canal 9.

Así mismo, en Estados Unidos se han hecho series dedicadas a este tema que han recorrido el mundo entero, y en especial América Latina, intentando replicarse por las producciones televisivas locales de los distintos países. Es el caso de las series “C.O.P.S.” y “Alerta Aeropuerto”.

Este tipo de series y programas gozan de gran popularidad en la población y se constituyen, muchas veces, en temas de conversación para la mesa y el trabajo. Estos medios, debido a que trabajan sobre situaciones reales, se constituyen en espacios que fácilmente logran diseminar la ideología del miedo, la creencia de aumento delictual, la sensación de victimización y los deseos de consumir ajusticiamiento. Paralelamente, este fenómeno hace que las personas sientan inmediatamente frustración respecto a las aspiraciones de orden, paz y justicia, producto de las sensaciones y convicciones que los contenidos de este tipo de programas y series les inspiran.

En la actualidad, las sociedades espectacularizadas neoliberales de todo occidente han sufrido un *giro punitivo*. Este fenómeno se caracteriza por la mayor susceptibilidad que los poderes legislativos del mundo tienen y, en particular, las fuerzas neoliberales al interior de éstos, hacia los reclamos de grupos sociales que desean mecanismos rápidos de castigo (“más eficaces”), directos, muchas veces desproporcionados y que amenazan las garantías y los derechos fundamentales (Cirulli, 2016).

Así, nuestras las sociedades han ido sintiendo que las instituciones encargadas de la prevención del delito, la regulación penal y la aplicación de las penas no responden satisfactoriamente a los, cada vez más, generalizados deseos de “mano dura” o “tolerancia cero” con la delincuencia, movidos por la violencia simbólica que los medios de comunicación masivos les inculcan, las víctimas, y quienes solidarizan con ellas, muchas veces recurren a la justicia por mano propia o detenciones (anti)ciudadanas, que terminan en verdaderas torturas y linchamientos. Esto debido a que los medios también provocan en las personas efectos conductuales, fenómeno que ha sido largamente estudiado por las ciencias de la comunicación⁴.

El término “linchamiento” surgió en Estados Unidos, poco después de acabadas las batallas por la independencia, como un tipo de control social, racista y sádico usado para reforzar el sistema de castas. Su vocablo se debe a que el juez Charles Lynch decidiera castigar ilegalmente a un grupo de leales al imperio británico aun cuando éstos habían sido declarados absueltos por el jurado. Desde ese episodio los estadounidenses comenzaron a utilizar el término *lynch-law* para designar lo que hacían aquellos grupos civiles organizados en “patrullas” que buscaban la justicia por mano propia, sin esperar o incluso contraviniendo la actividad judicial institucional (op. cit.: 3).

Desde el punto de vista de la psicología social, Edilberto Cifuentes ha dicho que el linchamiento, si bien aparece como proceso aislado y circunstancial, “está estrechamente relacionado con todo el universo estresante provocado por la exacerbación de las formas de apropiación capitalista, que pone en crisis lo social, lo político e ideológico, ya que provoca diversas „neurosis grupales” (2004: 139).

⁴Esta reflexión surgió a partir de la *teoría de la aguja hipodérmica*, que planteaba que la propaganda masiva utilizada durante la Segunda Guerra Mundial permitía lograr adhesión de los ciudadanos a un relato político determinado, sin necesidad de recurrir a la violencia. Posteriormente, se han elaborado otras teorías más complejas, como la *teoría del análisis de cultivo* y la *teoría de agenda setting*. No viene al caso abundar sobre el tema en este trabajo. Si se quiere profundizar sobre estas teorías puede consultarse: José Lozano (2004), ¿Usos o efectos de la comunicación de masas? Convergencias y divergencias entre la economía política, los estudios culturales y los enfoques de los efectos cognitivos”, en: <http://www.compoliticas.org/redes/pdf/redes1/20.pdf>

Hoy, en América Latina los linchamientos se han vuelto cada vez más frecuentes, y no siempre son rituales espontáneos y violentos de “ajusticiamiento”, sin que muchas veces adquieran niveles de planificación u organización. Mediante estos, los sujetos participantes, invisibilizados en la muchedumbre, ejercen la autotutela, buscando saciar sus espectacularizados deseos de “justicia”.

Aquí radica, precisamente, la función de los medios de comunicación de masas o massmedias a este respecto. Se constituyen en medios de violencia simbólica que introducen en el subconsciente colectivo de la población la necesidad de consumir más violencia.

Entendemos por violencia simbólica aquella forma de violencia que se ejerce sobre un agente social con el desconocimiento de ella por parte de éste, que lo lleva a aceptar un conjunto de premisas pre reflexivas que los agentes sociales confirman al considerarlas autoevidentes. Misma descripción que Debord hiciera de las sociedades espectacularizadas respecto a la transformación de lo irreal en real. Foucault también abordó este asunto, señalando que *“el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar”* (2000: 34). Es decir, la violencia simbólica ejercida mediante las TIC se sustenta en la configuración de discursos con efecto de verdad.

Es posible encontrar muchas formas para verificar y confirman este fenómeno. Reproduciré aquí solo una entrevista realizada al expresidente guatemalteco Alfonso Portillo que específicamente consultado respecto de la masificación de linchamientos en su país, señalaba que:

La gente está desesperada porque ellos ven que hay violaciones, robos y asesinatos y que la policía viene, se los lleva al tribunal y en dos semanas o en un mes salen en libertad por falta de pruebas. Entonces, esta desesperación, esta angustia en la gente los lleva a tomar esas medidas (Snodgrass, 2016: 29).

Las sociedades neoliberales, profundamente construidas por el espectáculo, han ido creando en los sujetos que la componen un deseo vacío de lo que coloquialmente podemos denominar justicia. Con ello, la espectacularización social produce en las personas la necesidad de consumir experiencias de ajusticiamiento y castigo.

Sociedades Securitarias

El problema de la seguridad sin duda ha estado presente siempre en las sociedades. Sin embargo, Michel Foucault (2012) señalaba que, en las sociedades post-disciplinarias construidas por la racionalidad neoliberal, la relación de los Estados con la población se sustenta esencialmente bajo la forma de un “pacto de seguridad” debido a que el sentido común de la población se encuentra dominado por la inseguridad y el riesgo.

En efecto, con el fin de la Guerra que no fue tan fría, se dispersó por muchos países de Europa y América la nueva metamorfosis de la doctrina de la seguridad nacional y el orden público que caracterizó al siglo XX: el discurso de la seguridad ciudadana.

Justificados en lo que algunos autores han difundido como una “necesidad vital del ser humano” (Burgos y Tudela, 2002; Soto Ladrille, 2018), los medios de comunicación desde mediados de los años 80^o, y en Chile desde comienzo de la década del 90^o, es decir, desde la vuelta a la democracia neoliberal, comienzan a tener cobertura obligada los temas de seguridad y delincuencia; sirviendo como instancias ideológicas constructoras de las demandas por mayor control y represión.

En América Latina la seguridad ciudadana nace como concepto en el proceso de transición de los gobiernos autoritarios a los gobiernos electos democráticamente (González Litomi, 2013), reemplazando la seguridad pública o seguridad interior de los Estados, que, como decíamos, fue el discurso securitario que caracterizó el período anterior. Este discurso de la seguridad ciudadana traspasó el foco desde la seguridad y estabilidad de los Estados hacía la seguridad de las personas.

Este nuevo discurso demandó que los Estados se concentren casi exclusivamente en la satisfacción del derecho a la seguridad, individualizando la agencia jurídica de este derecho. Vale decir, los relatos sobre seguridad comenzaron ya no a girar en torno al Estado y la cohesión social, sino a los individuos concretos, fragmentándose su tratamiento, preocupación y sensación. Lo importante ya eran las necesidades de los Estados sino las de las personas.

Jurídicamente, el derecho a la seguridad de las personas goza de amplia consagración normativa. Y como no va a ser así si es la pretensión jurídica que funda al Estado moderno, según la teoría contractualista que arranca de Hobbes, quien sostenía que era la obligación preferente del Estado.

También lo ve así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha detallado que el derecho a la seguridad de las personas debe ser provisto por el Estado. Así las cosas, este derecho se encuentra consagrado en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. También se puede hallar similar fórmula en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto obliga a que los Estados que hayan ratificado estas normativas deben resguardar este derecho.

Particularmente, el concepto de seguridad ciudadana ha tenido varias acepciones. La más oficial e importante es la del “Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo”, que la define así:

La Seguridad Ciudadana es una modalidad específica de la seguridad humana, que puede ser definida inicialmente como la protección universal contra el delito violento. Seguridad ciudadana es la protección de ciertas opciones u oportunidades de todas las personas, su vida, integridad y su patrimonio, contra un tipo específico de riesgo (el delito) que altera en forma “súbita y dolorosa” la vida cotidiana de las víctimas.

La seguridad ciudadana es un dispositivo, hijo de la racionalidad neoliberal y la mundialización globalizada del capitalismo⁵, que tiene una labor preventiva respecto al delito, ocupándose de su control, asiéndose de distintas herramientas y dispositivos para este propósito.

Su desarrollo se vincula estrechamente con la difusión en la población de los llamados “delitos de alta connotación pública” o “delitos de mayor connotación social” (DMCS). Vale la pena precisar que estos términos que no fueron contruidos por la ciencia jurídica ni por los operadores del derecho, sino por periodistas y comunicadores de televisión durante los últimos 15 años.

Pareciera ser que este tipo mediático de delitos estuviera conformado por los siguientes: robos con violencia o intimidación, robos por sorpresa, robos de vehículo motorizado, robos de accesorios de vehículo, robos en lugar habitado, robos en lugar no habitado, hurtos, lesiones menos graves, graves o gravísimas, homicidios y violaciones (Soto, 2018). Debiera agregarse a este listado el delito de femicidio, que en buena hora ha pasado a integrar la agenda pública, lo que ha implicado una mayor cobertura mediática de las situaciones que desencadenaron en este terrible hecho y de las mujeres que han sufrido agresiones físicas, psicológicas, sexuales, estéticas y económicas. Esta mayor cobertura ha permitido, por un lado, concientizar a la población respecto a su gravedad y frecuencia, e incentivar a las mujeres víctimas de violencia al interior de sus hogares a denunciar estas agresiones para la intervención policial y judicial; pero su contracara es que, en varios casos, su *espectacularización* ha lesionado el derecho a la privacidad y a la dignidad de estas mujeres que sufren maltrato y de las que han fallecido como resultado de estos delitos, incluso revelando datos sensibles de la vida privada de las mujeres fallecidas, lo que debe entenderse como una vulneración a la intimidad de las personas fallecidas⁶.

⁵Sostengo que es una mundialización globalizada, pues la expansión mundial del capitalismo se ha construido desde el concepto de libertad negativa, según el cual la expansión de la agencia libremercadista debe subvertir y eliminar todas las fronteras y barreras físicas, institucionales, normativa y culturales que impidan su difuminación. Así las cosas, la globalización supone ideológicamente una idea de mundo. Uno menos opaco y menos rugoso; por tanto, uno más transparente, liso, llano y accesible para los fines del capital.

⁶Si bien en Chile no existe avance significativo en lo relativo a la protección de la privacidad de las personas fallecidas, sí ha tenido un aislado desarrollo en tribunales. Este ejercicio intelectual se ha realizado a partir de

La historiadora Azun Candida (2005), ha sostenido que la primera relación en Chile con el concepto de seguridad ciudadana no fue el aumento de la delincuencia común, sino las acciones armadas de grupos radicales de izquierda en los inicios del periodo democrático. Se basa en los hechos cometidos por el grupo “Frente Patriótico Manuel Rodríguez”, en ese tiempo ya autónomo y escindido del Partido Comunista de Chile, y las “Fuerzas Rebeldes y Populares Lautaro”. Algunos de los hechos que marcaron esta siembra mediática de inseguridad fueron, según la autora, el secuestro del hijo del destacado empresario y agente civil del Golpe de Estado de 1973, Agustín Edwards, y el asesinato del Senador, fundador de la UDI y artífice de la Constitución de 1980, el abogado y académico Jaime Guzmán. Ambos hechos se consumaron durante 1991.

Esto quizá puede tener asidero, y constituirse en un momento de tránsito entre el discurso de la seguridad nacional y el discurso de la seguridad ciudadana. Sin embargo, debe reconocerse que poco tiempo después las intervenciones de los personeros de gobierno y las editoriales de la prensa escrita y de los medios de comunicación comenzaron a experimentar un *giro cotidiano*. Es decir, se centraron fundamentalmente en los delitos comunes, buscando interpelar al ciudadano, sensibilizar a la población y hacerle sentido respecto a los discursos que acompañaban la relación de estos hechos. Este fenómeno permitió el aumento de la sensación de inseguridad en la ciudadanía, que muchas encuestas e instrumentos nos lo han corroborado durante estas décadas; disputándose siempre el primer lugar con el tema “desempleos”.

Respecto a esta sensación de inseguridad, la doctora en ciencia política Lucía Dammert (2014) ha propuesto que, sin lugar a duda, el aumento de la inseguridad no puede buscarse en causas exclusivamente criminales. Para ella, más bien, la sensación de inseguridad se relacionaría con la desconfianza en las instituciones que tienen por fin la

un interés no reconocido constitucionalmente, pero vinculado con la garantía constitucional del derecho a la honra y la vida privada: el derecho a la imagen. Se declara que este interés existe y merece reconocimiento, pudiendo ser ejercido por los deudos del muerto. Adicionalmente, se le debe sumar a esto la protección de los “restos digitales” de las personas fallecidas, que también plantea hipótesis de vulneración al derecho a la intimidad (Lara, J.C., Pincheira, C. y Vera, F. 2014, pp. 20 y 21).

seguridad y las que tienen por fin la justicia. Pero, esta desconfianza no se ha construido sola, se ha ido reproduciendo y aumentando en virtud de la cobertura sobredimensionada que los medios de comunicación realizan respecto de los hechos violentos que se verifican en el diario vivir (Soto, 2018).

Con posterioridad al año 2001, en buena parte del mundo, se integra fuertemente al discurso de la seguridad ciudadana el discurso del derecho penal del enemigo contra los hechos que puedan ser tipificados como terroristas. Este discurso implica un notable retroceso en las políticas multi e interculturales, y producto de la instalación de ideologías promotoras de la *islamofobia* y consecuentemente del racismo y la xenofobia generalizada. Esto conlleva a que los ordenamientos jurídicos de buena parte del mundo experimentaran un endurecimiento de sus sistemas penales, crearan nuevos delitos y expandieran extensiva e intensivamente la vigilancia sobre la ciudadanía, generalizando la sospecha terrorista e instalando el temor del enemigo interno que contribuyó al aumento en la sensación de inseguridad de la población.

Este nuevo discurso se tradujo en orientaciones policiales desprovistas de toda racionalidad constitucional y vulneratorias de derechos humanos, que se expresaron en intervenciones policiales *selectivas*. Vale decir, intervenciones realizadas sobre la base de concepciones y prácticas estigmatizantes proclives a construir un delincuente modelo o delitos atendibles, sobre ciertas personas, sectores o estratos sociales específicos (Sain, 2015).

La última manifestación de alcance mundial de esta violencia racial la observamos en la muerte del ciudadano afroamericano estadounidense George Floyd en manos de un efectivo policial en Minneapolis, Minnesota. Este hecho, al momento de escribir este artículo, tiene a buena parte de Estados Unidos sumido en protestas antirracistas que piden justicia, pero también un cese definitivo de este tipo de prácticas generalizadas en la historia de aquel país y agudizadas en los últimos años.

1. Sociedades de control

Nuestras sociedades construidas *espectacularizadamente* han afianzado los discursos, sentidos, convicciones y políticas de *securización*. Sumado a esto, los dispositivos informáticos y comunicacionales hoy son inescindibles de las nuevas formas de comunicación, constituyéndose en el principal mecanismo de mediación y relación entre los seres humanos que habitan ciudades y espacios insertos globalmente. Todos estos fenómenos han reconfigurado la actividad de vigilar.

En este contexto, ya diferencia de lo que Orwell relata en *1984* y Eugene Zamiatin en *Nosotros*, cuyos argumentos centrales eran que el poder de control monodireccional de la información de las personas impide la consecución de la libertad, por más que esta sea enunciada retóricamente en todos lados,⁷ la actual fase global, ayudada por las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), buscadores de internet y redes sociales, se caracteriza por la descentralización de la vigilancia. Esto ha hecho que, además de la vigilancia estatal, se desarrolle una vigilancia social (Whitaker, 1999).

A este nuevo arquetipo de sociedad Gilles Deleuze (2004) lo denominó *sociedad de control*. En este tipo de sociedades, que son las que se abren y construyen en la era global, que socializa el alcance a las tecnologías y genera una dependencia a su uso, el origen de las intervenciones se vuelve indeterminado de localizar y menos identificable. Es más, no sabemos cuándo nuestras propias acciones, supuestamente conducidas libremente, están voluntariamente sometiéndose a la vigilancia de otros.

En 1548, Étienne de la Boétie, con solo 18 años, escribió su *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*. Un poderoso y erudito discurso contra el absolutismo. Étienne se pregunta: “Cómo puede ser que tantos hombres, tantos burgos, tantas ciudades, tantas naciones aguanten a un tirano solo, el cual tiene solo el poder que aquellos le dan” (p. 26).

⁷En ambas distopías totalitarias el poder central (ejercido por el Gran Hermano en la primera y el Bienhechor en la segunda) volvía a la comunicación un mecanismo monodireccional, jerárquico, dominante y regulador, quedando absolutamente oculta esta operación gracias a la monumental fábrica rutinaria e invisible de la vida cotidiana.

Continúa su agónico cuestionamiento, diciendo: “¿De dónde ha sacado tantos ojos [el tirano] con que espiaros, si no se los dais vosotros? ¿Cómo tiene tantas manos para golpearos si no las toma de vosotros?” (2008: 31).

La vida en sociedad, y particularmente la vida en este estadio de composición societal, sociológicamente produce que los individuos que las componen configuren relaciones cada vez más ascendentes de interdependencia (Corcuff, 2013). Esta situación caracteriza a la nueva fase de mundialización del capitalismo. Esta fase, que se presenta como una nueva forma colonialista de control, conjuga dialécticamente libertad y opresión.

Vale decir, Google y las redes sociales en general operan como dispositivos de sofisticación y actualización de la libertad negativa, en tanto permanentemente sus actualizaciones van corriendo fronteras, abriendo barreras y planteando posibilidades. Al mismo tiempo, conectan bancos de datos, que no conocemos y que un puñado de manos domina, controla, manipula y puede llegar a predecir nuestro comportamiento social y nuestras más íntimas características personales.

Esta “revolución en la información”, que viene gestándose desde 60^{os} y 70^{os} apenas acaba de convertirse en realidad (Soto, 2017).

Cada día se generan 2,5 quintillones de bytes de datos, y si bien no es fácil imaginar la acumulación total hasta nuestros días de esa cantidad de datos, Mayer-Schönberger ha proporcionado ejemplos que resultan muy visuales y miméticos: “Si estuvieran impresos en libros, cubrirían la superficie entera de Estados Unidos, formando cincuenta y dos capas y si esta inmensa cantidad de datos estuvieran grabados en CD-ROMs apilados, tocarían la Luna formando cinco pilas separadas” (2013: 3).

La capacidad actual para convertir a un individuo en un objeto permanente de vigilancia es mucho más holgada. De hecho, podríamos decir que la sofisticación tecnocientífica hoy ya no solo se ocupa de la expansión extensiva de las tecnologías de vigilancia, sino que está generando dispositivos mucho más intensivos. Un buen ejemplo

son las cámaras de reconocimiento facial y configuración métrica, que por estos días se están ofertando a grandes y medianas empresas, de distintas naturalezas y giros.

Así las cosas, ya no solo es posible acceder a la información de una persona, sino también a sus relaciones, interacciones y características más cotidianos e inconscientes. Las autoridades señalan: “Habrá menos intimidad, menos respeto a la vida privada, pero más seguridad”. Este régimen de seguridad podemos denominarlo sociedad de control.

En este sentido, escribe Byung Chul Han (2013):

El panóptico digital del siglo XXI carece de perspectiva en el sentido de que no es vigilado desde el único centro por la omnipotencia de la mirada despótica. Desaparece por completo la distinción entre centro y periferia, que era constitutiva para el panóptico de Bentham (...). Esto constituye su eficiencia. La iluminación no perspectivista es más eficaz que la vigilancia perspectivista, porque puede producirse desde todos los lados, desde todas partes; es más, desde cada una de ellas (op. cit.: 87 y 88).

Según él, en las sociedades de control, los moradores del panóptico digital no tienen conciencia de estar siendo vigilados constantemente, y creen que están en libertad (p. 89). En estas sociedades, atravesadas por la hipercomunicación, los moradores se exhiben permanentemente, constituyendo una peligrosa transparencia que puede devenir en vigilancia total. Para Han, esta “vigilancia total degrada la „sociedad transparente“ hasta convertirla en una inhumana sociedad de control. Cada uno controla a cada uno” (op. cit.: 90).

Por lo tanto, extendiendo el cuestionamiento que De la Boetie hiciera hace casi 500 años, y aplicándolo a las condiciones actuales de servidumbre y opresión, la globalización ha constituido en buena parte del mundo hoy una vigilancia voluntaria. En esta situación, los visitantes del panóptico digital acuñado por Han son víctimas y agentes a la vez.

El exceso de comunicación y de información nos ha hecho *someteros* a lo que contrajimos bajo supuestos de libertad. Por ello, y al igual que en la construcción de los

Estados modernos según la explicación contractualista, sostengo que la gobernanza global neoliberal ha constituido esta panóptica digital mediante un pacto, que es una ficción de libertad y equivalencia: *el pacto virtual*. Este nuevo pacto fundamenta la dialéctica entre libertad y control, que está epocalmente motivada y articulada por la *espectacularización* y la *securización* de nuestras sociedades. Para construir configurar la voluntad de los sujetos y que se participan más activamente del panóptico virtual, han sido coadyuvantes los discursos ideológicos de la “libertad de elegir” y de “ser dueño y soberano de sí mismo” (Han, 2010).

Esta vigilancia constante y voluntaria se lleva a cabo con sensores tecnológicos que la gente adquiere libre y voluntariamente: ordenadores, tabletas, teléfonos móviles, Apps para transporte ecológico como bicicletas y scooters, Apps para practicar rutinas de ejercicio o para pedir comida, tarjetas bancarias inteligentes, localizadores GPS, entre otros.

A modo de ejemplo:

Google, cuyo número de usuarios sobrepasa los mil millones, dispone de un impresionante número de sensores para espiar el comportamiento de cada usuario: el motor Google Search le permite saber dónde se encuentra el internauta, qué busca y en qué momento. El navegador Google Chrome envía directamente a Alphabet, la empresa matriz de Google, todo lo que hace el usuario en materia de navegación. Google Analytics elabora estadísticas muy precisas de las consultas de los internautas en la Red. Google Plus recoge información complementaria y la cruza. Gmail analiza la correspondencia intercambiada, lo cual dice mucho sobre el emisor y sus contactos. El servicio DNS (DomainNameSystem) de Google analiza los sitios visitados; YouTube, el servicio de vídeos más visitado del mundo que pertenece también a Google, y por tanto también a Alphabet, registra todo lo que los usuarios hacen en él. Google Maps identifica el lugar en el que se encuentra el internauta, adónde va, cuándo y con qué itinerario. Pero aún hay más: AdWords sabe lo que el empresario quiere vender o promocionar. Y desde el momento en que la gente enciende un Smartphone con Android, Google sabe inmediatamente dónde está el usuario y qué está haciendo.

Obviamente nadie obliga a recurrir a Google, pero cuando se requiere, Google lo sabe todo sobre los usuarios” (Ramonet, 2016).

Estos datos, con una inimaginable rapidez, llegan a corporaciones comerciales, empresas publicitarias, entidades financieras, e incluso autoridades de gobierno, partidos políticos y policías. Lo más importante que tienen estos datos no es captación y mera posesión, sino su valor de uso y, sobre todo, su valor de cambio.

Como lo propusieran Hardt y Negri (2002), el capital financiero necesitaba contar con cierta acumulación de información para consolidar su poder de clase. Este nuevo proceso de acumulación originaria, pero ahora de información, desatado desde la década de los 60” y 70”, permitía constituir un nuevo modelo de control social fundamentado en los datos, que se configuran en mercancía y a la vez en herramientas de control político y social.

Probablemente, el más claro ejemplo de esto sea lo que ocurre en las redes sociales, pues estas graban todo lo que los usuarios “postean” en ellas. Un simple click que hacemos implica la configuración de un dato que dice algo sobre nuestra personalidad y por tanto es útil para la construcción de perfiles para el marketing y la vigilancia respecto de nuestras preferencias futuras.

Así las cosas, las actividades que más libremente hacemos, y a veces sin mucha conciencia de sus implicancias, se unen al conjunto de datos personales disponibles sobre nosotros. Estos datos pueden ser vendidos bancos de datos y a su vez a empresas publicitarias que conocerán con precisión nuestro entorno, estado de ánimo y gusto, y dispondrán publicidad ad hoc para estos perfiles, configurando y creando deseos, intereses y expectativas en nosotros, gracias a la vigilancia voluntaria que unos con otros urdimos cotidiana y transparentemente.

En materia biomédica, además de las redes sociales, se han diseñado un sinnúmero de aplicaciones disponibles para teléfonos móviles que recogen complejamente datos

personales. Todas las aplicaciones móviles o relojes inteligentes que ayudan a la sociedad a crear y desarrollar rutinas de ejercicio, perder peso, tonificar, mejorar la respiración o la posición de la columna, incluso para vigilar la diabetes o monitorear la salud mental constituyen una flagrante vulneración de la privacidad. Pero, como la salud es un aspecto crucial en la población, cuanto más cerca se siente el cuidado científico, más protegidos los usuarios de estos dispositivos creen que están. Estos programas día a día recogen muchos datos sensibles, sin que los usuarios hayan consentido específicamente su captación, ni mucho menos cualquier otra acción.

Emergencia *sociosanitaria* y racionalidad excepcional

Es de público conocimiento que, a partir del mes de diciembre de 2019, hasta la fecha de escritura de este artículo, se ha producido un brote mundial del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19.

Recientemente se publicó un libro dedicado a pensar críticamente esta emergencia *sociosanitaria*, titulado *Sopa de Wuhan*, que incorpora las reflexiones de algunos de los principales pensadores del mundo. En este, Byung-Chul Han ha retratado las diferencias culturales entre asiáticos y occidentales respecto de cómo enfrentar la crisis; poniendo especial énfasis en la disímil manera de comprender el derecho a la privacidad.

Sobre esto, escribe:

(...) para enfrentarse al virus los asiáticos apuestan fuertemente por la vigilancia digital. Sospechan que en el big data podría encerrarse un potencial enorme para defenderse de la pandemia. Se podría decir que en Asia las epidemias no las combaten solo los virólogos y epidemiólogos, sino sobre todo también los informáticos y los especialistas en macrodatos. Un cambio de paradigma del que Europa todavía no se ha enterado (Han, 2020: 99).

Agrega que, en Asia la conciencia crítica ante la vigilancia digital es prácticamente inexistente. Que, en Estados liberales como Japón y Corea del Sur, apeas se habla de

protección de datos personales. “Nadie se enoja por el frenesí de las autoridades para recopilar datos” (Han, 2020: 99).

Concluye su reflexión sosteniendo que:

(...) ojalá que tras la conmoción que ha causado este virus no llegue a Europa un régimen policial digital como el chino. Si llegara a suceder eso, como teme Giorgio Agamben, el estado de excepción pasaría a ser la situación normal. Entonces el virus habría logrado lo que ni siquiera el terrorismo islámico consiguió del todo” (Han, 2020: 110).

Agamben ha expuesto sostenidamente que es posible entender a los estados de excepción como paradigma de gobierno. Para él, el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal (Logiudice, 2007).

En el contexto global de emergencia *sociosanitaria*, los estados de excepción han demostrado su potencial anulador de parte de las conquistas alcanzadas por el constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos; y el acelerado desarrollo de las tecnologías informáticas y comunicacionales (TIC) ha puesto en tensión el pleno ejercicio de las libertades y derechos fundamentales en los espacios virtuales, producto de la lenta transformación de las regulaciones e interpretaciones jurídicas para traducir el desarrollo tecnológico en clave de derechos y garantías.

En este contexto, la pandemia del COVID-19 lo único que hizo fue actualizar el deseo securitario y modularlo en un deseo sanitario.

Como hemos visto, las sociedades post-disciplinarias o de control, como las que se están construyendo más aguda y sofisticadamente ahora aprovechando el contexto de emergencia, el deseo securitario de la población y su demanda a los gobernantes hace que todas las garantías que construyó el derecho público liberal se diluyan o, por lo menos, pierdan socialmente la fuerza que le dio el constitucionalismo. Entonces, hoy el espectacularizado derecho a la seguridad se actualiza en el derecho a la salud, y en nombre

de este se introyecta la *racionalidad excepcional* en el modelo constitucional. Esta *racionalidad excepcional*, como he querido denominarla, no es sino la radicalización de la *dimensión securitaria* de la racionalidad y gobernanza neoliberal.

Referencias bibliográficas

- Agamben, Giorgio. (2020). “La invención de una epidemia”, *Sopa de Wuhan: Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias*, Buenos Aires, Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Brown, Wendy. (2015). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Barcelona, Malpaso.
- Candina Polomer, Azun. (2005). “Seguridad Ciudadana y Sociedad en Chile Contemporáneo. Los delincuentes, las políticas y los sentidos de una sociedad”, *Revista de Estudios Históricos*, Vol. 2, No. 1.
- Cifuentes Medina, Edelberto Ezequiel. (2004). *Violencia, Neoliberalismo y Linchamientos*. [Tesis de Maestría, Universidad de San Carlos de Guatemala]. <https://core.ac.uk/download/pdf/35293403.pdf>.
- Cirulli, Ailén. (2016). *Inseguridad, furia y violencia: Una reflexión sobre la construcción mediática de los linchamientos* [Exposición]. III Jornadas de estudios sobre latinoamérica y el caribe, Universidad de Buenos Aires, Facultad de ciencias sociales. Recuperado de: <https://www.academica.org/ailen.cirulli/3>.
- Corcuff, Philippe. (2013). *Las nuevas sociologías: Principales corrientes y debates, 1980-2010*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Dammert, Lucía. (2014). “La relación entre confianza e inseguridad: el caso de Chile”, *Revista Criminalidad*, Vol. 56, No. 1, pp 189-207.
- Debord, Guy. (2007). *La sociedad del espectáculo*, Argentina, Kolectivo Editorial Último Recurso.
- Deleuze, Gilles. (2004). *Posdata sobre las sociedades de control*, Santiago, Ediciones Fe de erratas.
- Foucault, Michel. (2000). *Defender la Sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976) (trad. Pons, H.), México, Editorial F.C.E.
- Foucault, Michel. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France (1978-1979) (trad. Pons, H.), México, Editorial F.C.E.
- Foucault, Michel. (2012). *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*, (trad. Pons, H.) Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

- González Litomi, Mitsuko Carolina. (2013). *La construcción mediática de la delincuencia en Chile*. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/132911>.
- Han, Byung-Chul. (2012). *La sociedad del cansancio* (trad. Arantzazu Saratzaga Arregi), Barcelona, Herder Editorial S.L.
- Han, Byung-Chul. (2013). *La sociedad de la transparencia* (trad. Raúl Gabás), Barcelona, Herder Editorial S.L.
- Han, Byung-Chul. (2020). “La emergencia viral y el mundo de mañana”, en Agamben, Giorgio y otros, *Sopa de Wohan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, Editorial ASPO.
- Hardt, Michael & Negri, Antonio. (2002). *Imperio*, Buenos Aires, Editorial Paidós.
- La Boétie, Étienne. (2008). *Discurso de la servidumbre voluntaria* (trad. Lomba, P.), Madrid, Trotta.
- Lara, J. Carlos, Pincheira, Carolina, & Vera, Francisco. (2014). *La privacidad en el sistema legal chileno*, Santiago, Derechos Digitales.
- Logiudice, Edgardo. (2007). *Agamben y el estado de excepción: Una mirada marxista*. Buenos Aires, Ediciones Herramienta.
- Lozano Rendón, José Carlos. (2004). “¿Usos o efectos de la comunicación de masas? Convergencias y divergencias entre la economía política, los estudios culturales y los enfoques de los efectos cognitivos”, *Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación*, No. 1, pp. 246-252.
- Mayer-Schönberger, Viktor & Cukier, Kenneth. (2013). *Big data: la revolución de los datos masivos*, Turner.
- Ramonet, Ignacio. (2016). “Google lo sabe todo de ti”, *Le Monde Diplomatique*, año XX, No. 224.
- Sain, Marcelo. (2015). *El Leviatán azul. Policía y política en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Snodgrass, A. (2016). “Cuando la justicia es criminal: linchamientos en América Latina contemporánea”. En: Zysman, Diego (Comp.). (2017). *Castigo y democracia*, Buenos Aires, Didot.

- Soto Latrille, Patricio Antonio. (2018). *Diagnóstico de la delincuencia y factores que influyen en la percepción de inseguridad en Chile*, Universidad de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152737>.
- Soto, Yanina. (2017). “Datos masivos con privacidad y no contra privacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*, No. 40, pp. 101-114. Recuperado de: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19165/21619>.
- Whitaker, Reg. (1999). *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad* (trad. Prat Clarós, Luis.), Barcelona, Editorial Paidós.

INSTRUCCIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se publicarán de manera digital, en una plataforma abierta y gratuita. Pueden ser postulados en cualquier momento.

Los artículos pueden corresponder a trabajos teóricos o contener investigaciones empíricas, sobre cuestiones de sociología jurídica.

Los artículos, en tamaño carta, pueden ser escritos en castellano y portugués, pero también en inglés, francés o italiano.

El título completo no deberá tener más de dieciocho (18) palabras, escrito en castellano, portugués e inglés. El título, centrado, debe escribirse en negrilla, Times New Roman, 12 puntos, con mayúsculas sostenidas, con los signos y acentos que correspondan. El texto tendrá un resumen o *abstract* en castellano, portugués e inglés que no debe exceder las 250 palabras. Incluirá un mínimo de tres (3) y un máximo de cinco (5) palabras claves o *key words*, redactadas en castellano, portugués e inglés. Además de los idiomas anteriores, cuando se publique en francés o italiano, todas las secciones antes citadas (título, resumen, palabras claves) incluirán el idioma usado en el texto.

Después del título, se colocará el nombre del autor o autores, su código de ORCID, su correo electrónico, todo centrado, junto a una nota a pie de página, en la que debe indicarse, únicamente, sus títulos académicos y filiación institucional, ciudad y país si el nombre de la institución no lo hacen evidente.

El texto será elaborado en formato Word, Times New Roman, 12 puntos, a 1.5 de interlineado, justificado, colocando un espacio adicional entre párrafos, con una extensión máxima de 10 mil palabras, incluidos el título, nombre de los autores y sus datos, resumen, palabras claves, texto y referencias bibliográficas. Márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros, márgenes izquierdo y derecho de 3.0 centímetros. Las tablas, cuadros y gráficos deberán adjuntarse en archivo separado con indicación de la autoría.

El texto debe ser original o inédito, esto es, no haber sido publicado en ningún otro formato, de manera parcial o total. Podrá postularse un manuscrito ya publicado, siempre que lo haya sido en otro idioma distinto al usado en su postulación, además de lo cual deberá informarse este hecho. El autor o autores se comprometen a no presentar el texto ninguna otra publicación, después de haberlo sometido a esta revista y mientras se decide o efectúa su publicación.

Las notas serán siempre a pie de página, deberán elaborarse en Times New Roman, 10 puntos, justificadas, y su propósito será informativo. No deben incluirse citas de fuentes bibliográficas en las notas.

Las citas textuales de apartados de una obra deberán ir en el texto, entre comillas, de corrido, cuando sean menores o iguales a 40 palabras. Si son mayores de 40 palabras deberán ir en párrafo separado, centrado, con sangría de 0.3 centímetros en el margen izquierdo, todos los renglones.

En la citación será utilizado un sistema de normas APA, en el que, en el texto, entre paréntesis, se colocará el apellido o apellidos del autor, seguido del signo coma y a continuación el año de edición. Por ejemplo: (Treves, 1981).

Si en el cuerpo del texto se incluye una cita literal de un trabajo, entre comillas, la cita, además de los datos anteriores, incorporará después del año el signo dos puntos, luego de lo cual se colocará la página. Por ejemplo: (Treves, 1981: 79). Si son varias las fuentes referidas en una misma cita, los autores serán registrados del mismo modo separados entre puntos y comas. Por ejemplo: (Bergalli, 1983; Rodríguez Manzanera, 1982; Drago, 1930). Si son varios los autores referidos pertenecientes a la misma fuente, serán citados separándolos con comas, y el último separado por la conjunción “y”, o el signo “&”, siempre que no excedan de tres. Por ejemplo: (Bergoglio, Lista y Fucito, 2010). Si son más de tres autores, sólo se cita el primero, junto a la abreviatura de la expresión latina “et alii”, que significa “y otros” en latín. Por ejemplo: (Fix Zamudio et al, 2002). En las referencias bibliográficas se colocan todos los autores. Si en una misma cita son incluidas varias

fuentes del mismo autor, debe colocarse sólo la primera vez su (s) apellido (s), luego de lo cual se ubican todos los años en orden cronológico. Por ejemplo: (Pérez Perdomo, 2001, 2003 y 2007).

Cuando un autor citado en múltiples oportunidades ha publicado varios de los textos referidos el mismo año, el primero de ellos en ser citado será identificado con la letra “a” en minúscula, colocada sin espacios después del año, y los siguientes seguirán el orden del abecedario. Por ejemplo: (Cotterrell, 1994a) y (Cotterrel, 1994b). En las referencias bibliográficas las letras que identifican los textos serán colocadas después del año, tal como aparecen en la cita y siguiendo el orden de citación. Si hay varios autores con el mismo apellido y año de publicación debe agregarse en la cita la inicial de su nombre. Por ejemplo: (Becker H., 1963).

En un trabajo no publicado aún, puede colocarse una aclaración que sustituya el año. Por ejemplo: (Carbonier, en prensa) y en la referencia sería Carbonier, Jean. (En prensa). Si el texto no tiene fecha, en los mismos términos se usará la abreviatura n.d. Si la autoría corresponde a una entidad que tiene una sigla, en las citas puede usarse la sigla y en las referencias bibliográficas ponerse la sigla después del nombre completo de la institución.

Las referencias bibliográficas deben ser ubicadas al final en orden alfabético. Para colocarlas deben ser omitidas las partículas que anteceden a algunos apellidos como de, del, de la, della, da, di, von, van, que seguirán al primer nombre. Por ejemplo: Olmo, Rosa del. (1984). América Latina y su criminología, 2ª ed., México D.F., Siglo XXI. Cuando sean varios los autores la referencia iniciará con el apellido o apellidos de quien figure en el texto como primer autor, pero luego no será necesario fijar a los coautores por su apellido. Por ejemplo: Bandura, Albert y Richard H. Walters. (1980). Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad, 5ª ed., Madrid, Alianza.

Los libros se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). Título del libro y subtítulo si lo tiene, Ciudad de edición, Editorial. Por ejemplo: Weber, Max. (1986). Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica.

Los capítulos de libro se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del capítulo”, Título del libro, Ciudad, Editorial. Por ejemplo: Silva García, Germán. (1996). “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.

Los artículos de revista se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del artículo”, Nombre de la Revista, volumen, si lo tiene, con las iniciales Vol. seguida del número arábigo o romano, número de ejemplar indicado con las abreviaturas No., y el número, finalizando con el número de páginas de inicio y final del texto. Por ejemplo: Calvo García, Manuel & Teresa Picontó Novales. (2013). “La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica”, Revista Pensamiento Penal, No. 3, pp. 5-48.

Los autores en lengua portuguesa se registrarán como aparecen en los textos. Por ejemplo: Boaventura de Sousa Santos, será siempre: (Sousa Santos, 2016) y en las referencias bibliográficas Sousa Santos, Boaventura de.

En la cita de los textos en inglés, excepto los artículos, pronombres y preposiciones, la primera inicial de los títulos se escribe siempre en mayúscula.

Si el nombre de un autor que será citado aparece en el texto como parte de éste, sólo será necesario colocar el año. Por ejemplo: La eficacia de las normas ambientales es explicada por Becerra (2019) en su obra.

Cuando excede la primera, el número de la edición, con el número seguido de la letra “a” y la abreviatura ed. Cuando corresponde a un volumen o un tomo, las abreviaturas Vol. o T.

con el número arábigo o romano que corresponda, todos colocados después del título del libro.

En la cita de jurisprudencia se coloca el nombre de la institución, se agrega el país si hay de distintos países. El año, agregando al año una letra en minúscula y sin espacios, si hay varias jurisprudencias citadas del mismo año. Por ejemplo: (Corte Constitucional, 2019c). En las referencias bibliográficas se sitúa el Nombre de la Institución. Año entre paréntesis. Nombre del magistrado ponente identificado con las iniciales M.P., número del fallo y fecha. Por ejemplo: Corte Constitucional. (2019c). M.P. Alberto Rojas Ríos, T-130.

En la citación o referencia de documentos de internet debe aparecer la dirección URL y la fecha de consulta.

Los artículos serán evaluados por el sistema doble par ciego. Los informes de los pares serán comunicados a los autores, antes o después de lo cual, la revista cursará las instrucciones sobre adiciones, modificaciones o correcciones que deban hacerse, si son procedentes.

Aceptada la publicación el autor o autores harán la cesión de los derechos de publicación y reproducción del artículo, pero conservarán su propiedad intelectual. Al efecto, deberá diligenciarse un formato.

Los artículos deberán ser remitidos a la dirección relasocju@usi.edu.ar .



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO



140148 0000052637-+



Nº 00052637

ACTA CONSTITUTIVA

1 En la ciudad de Córdoba, a los 16 días del mes de septiembre de 2005,
2 siendo las diez horas, se reúnen en la Universidad Nacional de Córdoba,
3 calle Independencia N° 258, primer piso los Señores OLGA LUISA
4 SALANUEVA, DNI 4.467.243, con domicilio en calle 166 N° 2265 de la
5 ciudad de La Plata; LAURA NOEMI LORA, DNI 18.122.751, con domicilio en
6 Manuel Belzú 2460 de la ciudad de Buenos Aires; GLADYS AMELIA
7 RUSSELL, L.E. 3.594.748, con domicilio en Cervantes 133 de la ciudad de
8 Santa Rosa, Provincia de La Pampa; MANUEL ANGEL URRIZA, DNI
9 5.165.450, con domicilio en calle 12 N° 468 de la ciudad de La Plata;
10 ENRIQUE MIGUEL DEL PERCIO, DNI 14.802.033, con domicilio en French
11 2630 de Capital Federal; LILIANA AMANDA RIVAS, DNI 4.787.940, con
12 domicilio en Venezuela 4356 8° "B" de la Ciudad de Buenos Aires ; JUAN
13 MARCO VAGGIONE, DNI 17.159.390, con domicilio en Arturo M. Bas 352
14 de la ciudad de Córdoba; PATRICIA E. SCARPONETTI, DNI 11.971.825,
15 con domicilio en Urquiza 1258 de la ciudad de Córdoba; MARIA DOLORES
16 SUAREZ LARRABURE, DNI 16.132.472, con domicilio en Mitre N° 290 de la
17 ciudad de San Miguel Tucumán, Provincia de Tucumán; ALEJANDRA
18 CIUFFOLINI, DNI 18.455.709 con domicilio en Av. Colon N° 732 11 "A", de la
19 ciudad de Córdoba; ADRIANA HAYDEE MACK, DNI 13.834.210, con
20 domicilio en J.M. de Rosas 1092 6 "C"; SILVANA MARIA SAGUES, DNI
21 17.270.005, con domicilio en Santiago 598 2 "A" de la ciudad de San Miguel
22 de Tucumán, Provincia de Tucumán; MIRTA ANGELICA CAPRANO, DNI
23 28.193.835, con domicilio en 9 de julio 409 2 "E", de la ciudad de Córdoba;
24 RUBEN HECTOR DONZIS, DNI 17.453.426, con domicilio en Agüero 2053
25



10 "A" de la ciudad de Buenos Aires; SOLANGE MARIA MARTA DELANNOY, 26
 DNI 6.378.999, con domicilio en Iriondo 951 de la ciudad de Rosario; 27
 CARLOS ALBERTO LISTA, DNI 5.073.864 con domicilio en Av. Patria 560 28
 Dpto. 15 de la ciudad de Córdoba; MARIO SILVIO GERLERO, DNI 29
 17.249.048 con domicilio en Julián Álvarez 2666 8º 25 de la ciudad de 30
 Buenos Aires; MARIANA NOEMÍ SANCHEZ, DNI 20.346.862 con domicilio 31
 en Edison 99 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARIA 32
 MERCEDES SAVALL, DNI 5.245.483 con domicilio en Daniel Conci 8256 de 33
 la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARTHA DIAZ DE 34
 LANDA, DNI 5.597.731 con domicilio en los Espinillos 250 de la localidad de 35
 Biale Massé de la provincia de Córdoba; SILVANA GABRIELA BEGALA, 36
 DNI 17.646.225 con domicilio en Pje. Hilario Fernandez 73 2º D de la ciudad 37
 de Córdoba; MARIA VERÓNICA SCARO, DNI 17.080.413 con domicilio en 38
 casa 167 Barrio Gral. Deheza de la ciudad de Córdoba, MARIA EUGENIA 39
 GOMEZ DEL RIO, DNI 13.536.852 con domicilio en Independencia 909 de la 40
 ciudad de Córdoba; MARIA INES BERGOGLIO, DNI 6.398.249 con domicilio 41
 en Echenique Altamira 3038 de la ciudad de Córdoba; PAULA GISELE PELAEZ, 42
 DNI 17.372.624 con domicilio en 4 de enero 33 Costa Azul de la localidad de 43
 Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba; con el objeto de constituir una 44
 asociación civil de acuerdo a las normas legales vigentes. Consideran en 45
 detalle la iniciativa, proponiendo como presidente de la Asamblea Constitutiva, 46
 al Sr. Carlos Alberto Lista y como Secretaria a la Sra. María Inés Bergoglio. 47
 Después de un intercambio de opiniones, se resuelve en forma unánime: 48
 1. *Constitución:* la creación de una Asociación Civil y la solicitud de la 49
 autorización para funcionar como persona jurídica. 50



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS



140148 0000052638-%



Nº 00052638

1 *2. Denominación:* el nombre de la Asociación, que será "Sociedad Argentina

2 de Sociología Jurídica, Asociación Civil –SASJu–"

3 *3. Domicilio legal:* la constitución del domicilio legal en la ciudad de Córdoba

4 en la provincia del mismo nombre.

5 *4. Sede Social:* el establecimiento de la Sede Social en Avenida Vélez

6 Sarsfield 153, Barrio Centro, de la Ciudad de Córdoba en la Provincia de

7 Córdoba, Republica Argentina.

8 *5. Objeto:* la Asociación tendrá por objeto:

9 a) Contribuir a la difusión y desarrollo de la Sociología Jurídica en el

10 campo científico, académico y profesional, con el fin de mejorar sus

11 métodos, técnicas y resultados.

12 b) Promover la consolidación institucional de la disciplina en los diversos

13 ámbitos y la participación de sociólogos del derecho en equipos de

14 investigación multidisciplinares.

15 c) Agrupar a los profesionales que desarrollan o hallan desarrollado

16 tareas de investigación y docencia a nivel universitario, en la especialidad

17 de Sociología Jurídica y otras disciplinas afines.

18 d) Generar y promover la continuidad y difusión de programas y/o

19 proyectos de investigación y extensión sobre temas y problemas socio-

20 jurídicos.

21 e) Promover la formación y continuidad de grupos de trabajo para la

22 discusión de problemas vinculados a la enseñanza de la disciplina y la

23 investigación en dicha área de conocimiento.

24 f) Formular y recomendar propuestas sobre problemas socio-jurídicos en

25 ámbitos públicos y/o privados, nacionales y/o extranjeros.



g) Colaborar, a título gratuito, con otras instituciones de carácter nacional, regional y/o internacional; públicas o privadas y con organizaciones con objetivos afines, en actividades vinculadas a problemas socio-jurídicos, para el logro de las finalidades que fundamentan la creación de esta sociedad, y por tanto:

1. Organizar congresos, seminarios, cursos, conferencias y todo evento que tenga por finalidad la divulgación, enseñanza, de tipo no formal, e investigación en el campo de la Sociología Jurídica.
 2. Organizar concursos e instituir premios para la promoción e incentivo de la investigación en temas y problemas de Sociología Jurídica.
 3. Conceder becas de estudios y auspiciar viajes de estudios o giras de personas destinadas a difundir los objetivos de la Asociación.
 4. Editar libros, revistas, diarios, folletos, semanarios u otras publicaciones que divulguen los resultados de las actividades y realizaciones de la Asociación, por todo medio o canal de comunicación, empleando cualquier tecnología disponible.
 5. Promover la creación de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e institutos de estudio e investigación.
 6. Establecer vínculos y relaciones con instituciones afines, nacionales o extranjeras, con el fin de desarrollar intercambios, que contribuyan al cumplimiento del objeto social.
6. *Estatuto*: la aprobación del Estatuto de la asociación, el que se adjunta por separado, debiéndose considerar como parte integrante de la presente acta.



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO



140148 0000052639-0



Nº 00052639

1 7. *Elección de autoridades:* la Comisión Directiva queda integrada de la
2 siguiente manera **Presidente:** Carlos Alberto Lista, DNI 5.073.864
3 Domicilio: Av. Patria 560 Dpto 15 5000 Córdoba; Estado Civil: Soltero,
4 Profesión: Docente Universitario; **Vicepresidente:** Manuel Angel
5 Urriza, DNI 5.165.450, Domicilio: Calle 12 Nº 468 1900 La Plata,
6 Estado Civil: Divorciado, Profesión: Docente Universitario; **Secretaria**
7 María Inés Bergoglio, DNI 6.398.249, Domicilio: Echenique Altamira
8 3038 5000 Córdoba; Estado Civil: Casada, Profesión: Docente-
9 Investigadora; **Tesorero:** Mario Silvio Gerlero, DNI 17.249.048, de
10 Domicilio: Julián Alvarez 2666 8º 25 1425 Ciudad de Buenos Aires,
11 Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado Docente **Vocales titulares:**
12 **1** María Dolores Suárez Larrabure, Documento: DNI 16.132.472,
13 Domicilio: Av. Mitre 290 Tucumán, Estado Civil: Divorciada, Profesión:
14 Abogada, **2.** Solange María Marta Delannoy, Documento: DNI
15 6.378.999, Domicilio: Iriondo 951 2000 Rosario, Estado Civil: Casada,
16 Profesión: Docente Universitaria, **3.** Gladys Amelia Russell,
17 Documento: LC 3.594.748, Domicilio: Cervantes 133 6300 Santa
18 Rosa, La Pampa, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente
19 Universitaria; **4.** Rubén Héctor Donzis, Documento: DNI 17.453.426,
20 Domicilio: Agüero 2053 10º A 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado
21 Civil: Casado, Profesión: Abogado; **5.** Martha Díaz de Landa,
22 Documento: DNI 5.597.731, Domicilio: Los Espinillos 250 5158 Biale
23 Massé Córdoba, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente
24 Universitario. **Vocales Suplentes:** **1.** Silvana María Sagués,
25 Documento: DNI 17.270.005, Domicilio: Santiago 598 2º A 4000

Tucumán, Estado Civil: Casada, Profesión: Abogada-Docente
 Universitaria; **2.** Adriana Haydeé Mack, Documento: DNI 13.834.210,
 Domicilio: J.M. de Rosas 1092 6° C 2000 Rosario, Estado Civil: Soltera,
 Profesión: Abogada-Docente Universitaria; **3.** Daniela Zaikoski,
 Documento: DNI 21.429.596, Domicilio: Alvear 572 6300 La Pampa,
 Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada Docente Universitaria; **4.**
 Laura Noemí Lora, Documento: DNI 18.122.751, Domicilio: Manuel Belzú
 2460 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Divorciada; Profesión:
 Abogada-Docente Universitaria; **5.** Juan Marco Vaggione, Documento:
 DNI 17.159.390, Domicilio: Arturo M. Bas 352 5000 Córdoba, Estado
 Civil: Soltero, Profesión: Investigador CONICET-Docente Universitario. El
 Organo de Fiscalización queda integrado de la siguiente manera: Titular:
 Manuela Graciela González, Documento: DNI 10.131.443, Domicilio:
 Calle 46 N° 1689 1900 La Plata, Estado Civil: Casada, Profesión:
 Docente Universitaria –Investigadora; **Suplente** Nancy Cardinaux,
 Documento: DNI 16.602.903, Domicilio: Araoz 2008 4° Dpto. 12 1425
 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Soltera, Profesión: Docente
 Universitaria

8. Declaración jurada: los Señores miembros de la Comisión Directiva
 presentes: **Presidente:** Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente:** Manuel
 Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero:** Mario Silvio
 Gerlero, **Vocales titulares:** **1** María Dolores Suárez Larrabure, **2.**
 Solange María Marta Delannoy, **3.** Gladys Amelia Russell, **4.** Rubén
 Héctor Donzis, **5.** Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes:** **1.**
 Silvana María Sagués, **2.** Adriana Haydeé Mack, **4.** Laura Noemí Lora;

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS



Nº 00052640

1 5. Juan Marco Vaggione; manifiestan bajo DECLARACIÓN JURADA que
2 no se hayan afectados por inhabilidades o incompatibilidades legales o
3 reglamentarias para revestir la calidad de tales. Se acuerda que los
4 siguientes miembros ausentes: vocal suplente 3. Daniela Zaikoski; y los
5 miembros del Organo de Fiscalización, **Titular:** Manuela Graciela
6 Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por
7 acta separada, la que se acompañará a la presente.

8 9. *Aceptación de Cargos:* los Señores miembros de la Comisión
9 Directiva presentes: **Presidente:** Carlos Alberto Lista,
10 **Vicepresidente:** Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés
11 Bergoglio; **Tesorero:** Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares:** 1 María
12 Dolores Suárez Larrabure, 2. Solange María Marta Delannoy, 3.
13 Gladys Amelia Russell, 4. Rubén Hector Donzis, 5. Martha Díaz de
14 Landa, **Vocales Suplentes:** 1. Silvana María Sagués, 2. Adriana
15 Haydeé Mack, 4. Laura Noemí Lora; 5. Juan Marco Vaggione,
16 manifiestan la aceptación de los cargos asignados en este acto. Se
17 acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente 3.
18 Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, **Titular:**
19 Manuela Graciela Gonzalez y **Suplente** Nancy Cardinaux cumplirán
20 con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la
21 presente.

22 10. *Autorización:* La designación de Carlos A. Lista y María Inés Bergoglio
23 para que inicien el trámite y para aceptar observaciones de la
24 Dirección de Inspección de Personas Jurídicas.

25 No habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión siendo las

dieciocho y treinta horas.

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

COLEGIO ESCUELA
ESCRIBANO
Fecha: _____
Nº de Inscripción: _____

Carlos A. Lista

M. I. Bergoglio

Explosión

Martha Diaz de Landa

Juan Marco Vaggione

SOLANGE K. BELANNOY

Achiana Mack

Rosario Donais

Manuel A. Vazquez

MANUELA G. GONZALEZ
necondimane
Nancy Cicchiava

Juan Carlos Laruzabore

LAURA N. LORA

Daniela Zaitoski

En la fecha, ratifican sus firmas Carlos Alberto LISTA, Ma-
ría Inés Bergoglio y Mario Silvio Gerlero. La Plata, 9 de -
noviembre de 2006.-

(1) (2) (3)

REGISTRACION EN FOLIO CAA03475755
LA PLATA, 9-11-2006

SECRETARÍA DE JUSTICIA