

# Estudios Sociales sobre Derecho y Pena

---

DOSSIER SOBRE HERMENÉUTICA JURÍDICA (VOL. 1)

## Cuestiones para la ampliación de los horizontes de comprensión en la Hermenéutica jurídica

compilado por  
Gonzalo Nogueira

*Ana Messuti, in memoriam*

En *Derecho y Pena* homenajeamos, con admiración y cariño, la vida de nuestra gran Maestra que, con su habitual generosidad, nos honró al formar parte de nuestro Consejo Académico Asesor desde el primer número de la Revista. Ana Messuti falleció en Madrid el pasado 26 de octubre. Infatigable luchadora por los derechos humanos, la justicia y la memoria de las víctimas del franquismo. Nos deja sus enseñanzas, su coherencia, su gentil humildad y generosidad. Y nos deja una obra que nos marca un camino a seguir, que nos interpela a no claudicar en la lucha por los derechos humanos y por un Estado democrático de derecho más efectivo. Y no porque lo ordene la ley. Sino porque es la mejor forma que, como comunidad organizada, supimos construir para garantizar y perseguir el mayor bienestar posible de todo ser humano, con el fin último de proteger no solo la vida, sino la dignidad, último rasgo que distingue nuestro sentido de humanidad.

## **Universidad Nacional de San Martín**

Rector: Carlos Greco

Vicerrector: Alberto Carlos Frasca

## **Unidad Ejecutora Doble Dependencia, Laboratorio de Investigación en Ciencias Humanas**

Decana Escuela de Humanidades: Silvia Bernatené

Directora del LICH: Silvia Grinberg

## **Centro de Estudios de Historia de la Ciencia y de la Técnica “José Babini” (CEJB)**

Director: Diego Hurtado de Mendoza

## **Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (EIDAES)**

Coordinación: Leticia Barrera López, Andrea L. Lombraña y Natalia S. Ojeda

## **Estudios Sociales sobre Derecho y Pena**

Dirección: Andrea L. Lombraña, Natalia S. Ojeda y Gonzalo Nogueira

Consejo de Redacción: Francesca Constantini, Carolina Di Próspero, Larisa Zerbino y Pablo Souza

ISSN 2953-481X (en línea)

Redacción: 25 de mayo y Francia. Campus Miguelete, UNSAM. San Martín, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Domicilio legal: Yapeyú 2068, San Martín (B1650BHJ), Argentina.

revistaesdp@unsam.edu.ar

<https://revistasacademicas.unsam.edu.ar/index.php/dyp>

## **CONSEJO ACADÉMICO ASESOR**

Alejandro Alagia, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Andrés Antillano, Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Antonio Rafael Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Leticia Barrera López, CONICET y Universidad Nacional de San Martín, Argentina

Nilo Batista, Universidade do Estado de Rio de Janeiro, Brasil

Karina Biondi, Universidade de São Paulo, Brasil

Vilma Bisceglia, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Lucía Bracco Bruce, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

María Fabiana Carlis, Universidad Nacional de Luján, Argentina

Morita Carrasco, Universidad de Buenos Aires, Argentina

José Daniel Cesano, Universidad de Córdoba, Argentina

Diego Conte, Universidad Nacional de Luján, Argentina

Lucía Dammert, Universidad de Santiago de Chile, Chile

Sergio Delgado, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Diego Galeano, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Santiago Garaño, CONICET y Universidad de Buenos Aires, Argentina

José Antonio Garriga Zucal, CONICET y Universidad Nacional de San Martín, Argentina

María Laura Garrigós, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Corina Giacomello, Universidad Autónoma de Chiapas, México

Diego Hurtado de Mendoza, Universidad Nacional de San Martín, Argentina

Ernesto Isunza Vera, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México

Beatriz Kalinsky, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ezequiel Kostenwein, CONICET y Universidad Nacional de La Plata, Argentina

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

Mauricio Manchado, Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Adrián Martín, Universidad Nacional de Avellaneda, Argentina

Daniel Míguez, CONICET y Universidad Nacional del Centro de la Pcia. de Buenos Aires, Argentina

Michel Misse, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Giuseppe Mosconi, Università degli Studi di Padova, Italia

Gino Ríos Patio, Universidad de San Martín de Porres, Perú

Iñaki Rivera Beiras, Universitat de Barcelona, España

Máximo Sozzo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

Ana María Vara, Universidad Nacional de San Martín, Argentina

Francesca Vianello, Università degli Studi di Padova, Italia

Ana Vigna, Universidad de la República, Uruguay

Melina S. Yangilevich, CONICET y Universidad Nacional del Centro de la Pcia. de Buenos Aires, Argentina

# ÍNDICE

## Presentación del dossier

Gonzalo Nogueira

5

## Perfiles históricos y teóricos de la hermenéutica jurídica nomofactual

Gaetano Carlizzi

15

## Justicia reproductiva y debates abiertos: repensar e interpelar la autonomía en clave feminista

Marisa Herrera

31

## El detrás de escena del Sistema Interamericano de derechos humanos

Morita Carrasco

52

## La criminología es en tu alma. Spinetta, la ciudad y los vestigios del castigo

Ezequiel Kostenwein

76

## Por un derecho posfundacional

Nora Wolfzun

98

## El derrame punitivo por sobre la expansión educativa

Mauricio Manchado

113

## Saber, discurso e interpretaciones validables. Anotaciones hermenéuticas elementales

Eduardo Rojas

129

## RESEÑAS

### Comentario del libro *Borges y el derecho. Interpretar la ley, narrar la justicia*, de Leonardo Pitlevnik.

Siglo XXI Editores, 2024.

José María Gil

157

### Comentario del libro *Ne bis in idem y juicio de reenvío*, de Nicolas O. Vargas.

Editorial Didot, 2024.  
Melisa Brito Aller y  
Olivia R. Irala González

161

# Presentación del dossier

Gonzalo Nogueira<sup>1</sup>

Universidad Nacional de General San Martín, Argentina.

## Introducción

Comparto la satisfacción de anunciar que a partir de este número se suman a la dirección de *Estudios Sociales sobre Derecho y Pena* mis colegas y compañeras de largo recorrido, Andrea Lombraña y Natalia Ojeda, coordinadoras del Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI/EIDAES/UNSAM), junto con Leticia Barrera. De este modo, el NESDI se integra al equipo de trabajo de la *Revista*.

En estas líneas quiero esbozar los motivos que llevaron a proponer la compilación, en principio, de un volumen con artículos producidos por colegas provenientes del campo del derecho y de otras ciencias sociales, que se ocuparan de distintas cuestiones relacionadas al mundo jurídico. De aquella convocatoria resultó el armado –no de uno, sino– de dos volúmenes, de los que aquí se presenta el primero, conformados por veinte trabajos. Agradecemos a las y los colegas que, con atenta predisposición y generosidad, respondieron a la invitación y contribuyeron a producir una obra colectiva que ofrece miradas, reflexiones y análisis que se distinguen por su profundidad y rigurosidad con el propósito de repensar la hermenéutica jurídica

## A modo de memorias de un recorrido

En 2019 el Centro de Estudios de Hermenéutica me invitó a organizar unas primeras jornadas sobre hermenéutica jurídica, con la particularidad de que la UNSAM carece en su oferta académica de la carrera de abogacía. Ello planteaba el desafío de generar un nuevo interés en la comunidad de nuestra Universidad, pero también el de abrir puertas y ventanas para invitar a colegas de otras instituciones académicas –y no académicas– para pensar diversas cuestiones vinculadas al derecho. Y, en particular, a compartir preguntas sobre “problemas” puntuales que nos permitiesen cuestionar un tipo de saber jurídico, poco habituado a dialogar y debatir con otros saberes que también se interesan por cuestiones que parecerían propias –solo– del mundo del derecho.

---

1. Codirector de *Estudios Sociales sobre Derecho y Pena* y coordinador del Seminario de Hermenéutica Jurídica del Centro de Estudios de Hermenéutica (UNSAM).

Porque generar algo de incomodidad, sin perder la amabilidad, puede permitirnos “saber si se puede pensar de modo diferente a como se piensa y percibir de otro modo a como se ve”, con objetivo de “continuar contemplando o reflexionando” (Foucault, 2008a, p, 14).

En aquellas primeras jornadas de hermenéutica jurídica se proponía un diálogo conjunto sobre cuestiones específicas, a partir de discusiones teóricas y análisis de prácticas para interpelar pretendidas diferenciaciones tecnificantes, entre *lo social* y *lo político*, y proponer un giro hermenéutico hacia la comprensión de la *experiencia humana* como objeto principal de nuestras indagaciones. Ello, frente a la preeminencia de técnicas normativistas que, con sus derivaciones argumentativas, se presentan en términos de “dogmática jurídica”.

Cabe recordar la reflexión de Gadamer (2005, p. 402) que en “la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción”.

En esa dirección, se realizaron tres encuentros con especialistas en temas específicos: para abordar “el juicio por jurado” se invitó a Andrés Harfuch; en el análisis de “la naturaleza jurídica del embrión no implantado”, expuso Natalia de la Torre; y para actualizar los “debates sobre la interpretación del alcance e implementación de las decisiones de los órganos supranacionales”, aportó su saber y experiencia Verónica Gómez.

En 2022 el Centro organizó el seminario “Perspectivas contemporáneas acerca del debate entre Emilio Betti y Hans–Georg Gadamer”, bajo la coordinación de Emilia Mataix (Universidad del País Vasco), en el que también participaron Tonino Grifferò (Università di Roma “Tor Vergata”), Carla Danani (Università di Macerata), Tomasso Beggio (Università di Trento) y Filippo Bonin (Università degli studi di Bari). Este seminario proponía profundizar la reflexión sobre la hermenéutica jurídica, al recuperar el debate entre Gadamer y Betti sobre los alcances y las limitaciones de conceptos tales como verdad y método, interpretación y comprensión. Allí fui invitado a presentar el seminario.<sup>2</sup> Y a finales del mismo año, el Centro organizó el “Seminario de Hermenéutica Jurídica: Formas y tipos de hermenéutica en el derecho. Hermenéutica jurídica nomofactual”, con la conferencia del jurista italiano Gaetano Carlizzi,<sup>3</sup> que participa del dossier.

En este 2024, ya en el Seminario de Hermenéutica Jurídica se propuso sostener ese curso de acciones y búsquedas desplegadas en el Centro sobre la hermenéutica jurídica en particular. Así fue como se presentaron una serie de libros que dialogan con la iniciativa propuesta. En abril se presentó el libro de Leonardo Pitlevnik *Borges y el derecho*

---

2. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=l8RB5kWEMwo>

3. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=k2ZNJ5dk8dQ>

(2024);<sup>4</sup> en mayo, el libro de Nicolás Vargas *Ne bis in idem y juicio de reenvío* (2024);<sup>5</sup> al terminar mayo, José Daniel Cesano dictó la conferencia “La traducción como vehículo cultural. Conrado Finzi: un traductor para una cultura jurídica”, que luego se convirtió en libro;<sup>6</sup> en junio, Marisa Tarantino expuso sobre su libro *Ni víctimas ni criminales: trabajadoras sexuales. Una crítica feminista a las políticas contra la trata de personas y la prostitución* (2021);<sup>7</sup> entre junio y julio se llevaron a cabo dos encuentros con el fotógrafo y documentalista Daniel Muchiut, para hablar sobre “La negación de los derechos: una mirada desde el ensayo fotográfico y el documental”;<sup>8</sup> en septiembre María Gabriela Scataglino expuso sobre su libro *Seguimiento de reglas: el «aguijón pragmático» en la teoría del derecho* (2021);<sup>9</sup> y en noviembre se presenta el libro colectivo, que compilamos con Iván Dalmau, *Pensar el presente en clave interdisciplinaria. Interpretaciones en torno a la crítica del neoliberalismo como racionalidad de gobierno* (2024); y Ezequiel Kostenwein presentará su libro *Cómo se construye un judicial. Trayectorias, compromisos y controversias en el mundo del derecho* (2024).

Estas memorias no sirven solo como repaso de las actividades desarrolladas. Este recorrido explica la construcción del dossier que aquí se presenta. En los dos volúmenes se comentan la mayoría de los libros que se presentaron durante el año, y se publican artículos de colegas que también participaron de las actividades del Seminario, como Gaetano Carlizzi, Nicolás Vargas, Gabriela Scataglino y Ezequiel Kostenwein. Y también se suman relevantes colegas para pensar y repensar la hermenéutica jurídica desde el abordaje de las distintas problemáticas investigadas, a quienes les expresamos, desde el Centro, nuestra profunda gratitud por sus contribuciones.

### Primeras distinciones epistemológicas

Partimos de una primera diferenciación conceptual, que guía nuestros pasos hacia una hermenéutica jurídica preocupada por la experiencia humana en el campo del derecho. Entonces, se aborda al derecho en términos de “campo” (Bourdieu, 2000), más que como un “sistema” (Luhmann, 2005; Teubner, 2000 y 2017). Ello, porque se intuye que el “campo” resulta más apropiado para expandir ese horizonte de comprensión, que el mundo del

4. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=rAkbl-G6Z-M>

5. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=158CTSZHrFQ&feature=youtu.be>

6. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=QOAYetsteOo>. El libro se titula *Un traductor para una cultura (Conrado Finzi, Córdoba, 1956-1986). Notas para una Historia de la Traducción y de la Cultura Jurídica*. (Brujas, 2024).

7. Se puede ver en <https://www.youtube.com/watch?v=j6xHWUJjVU8>

8. Ver en [https://www.youtube.com/watch?v=doW9MpO\\_LUY](https://www.youtube.com/watch?v=doW9MpO_LUY) y [https://www.youtube.com/watch?v=OTkliHO2\\_0E&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=OTkliHO2_0E&feature=youtu.be)

9. Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=wYCQG1TrvIE>

derecho suele estrechar o bien marginar. Horizonte al que, por otro lado, el derecho también puede nutrir con nuevas perspectivas y ofrecer ideas y preguntas para contribuir a una mayor y más honda inteligibilidad de una –cada vez más– compleja trama social.

Se propone, entonces, ahondar en la noción de comprensión del campo hermenéutico, porque la “tarea de comprender e interpretar solo se da allí donde algo está impuesto de forma que, como tal, es no abolible y vinculante. La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación” (Gadamer, 2005, p. 401). Para ello, se necesita de un campo que actúe como “una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones” de interés (Bourdieu y Wacquant, 2012, p. 134). De este modo, el campo se piensa en términos relacionales; y el campo jurídico, en particular, expresa sus propias dinámicas sociales, sus propias “reglas y regularidades” (ibid., p. 142). Desde una definición operacional –y por lo tanto también técnica– del concepto, se hace referencia al “espacio de actividad social determinado por las actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo” (Bourdieu, 2000, p. 155, nota del traductor); que, a su vez, están mediadas por el capital de poder estatal, comprendido por todo un conjunto de campos donde se manifiestan disputas por el monopolio de la violencia simbólica legítima (Bourdieu y Wacquant, 2012, p. 151) y “del derecho a decir el derecho” (Bourdieu, 2000, p. 160).

No puedo extenderme en esta presentación sobre demás distinciones sociológicas al respecto, como tampoco sobre discusiones del campo de las distintas teorías o perspectivas del derecho. Solo propongo algunas líneas de pensamiento que puedan servir para interpelar la hermenéutica jurídica más allá de los límites normativistas. Un objetivo a largo alcance, sería poner en crisis las pretensiones históricas –y opuestas– que presentan a la “ciencia jurídica” como un “sistema cerrado y autónomo”, o bien como mero “aparato” de dominación.

Se propone aquí abrirnos a la posibilidad de analizar lo jurídico desde cuestiones puestas en juego en su propio campo. Así, habrá que distinguir las distintas relaciones estructurales, estructuradas y estructurantes que producen acuerdos, desacuerdos, vinculaciones y conceptualizaciones que operan en la vida social; y que problematizan la pretensión normativista de reconstruir una coherencia y autonomía interna del derecho, liberado totalmente “del peso de lo social”, de los fundamentos sociales e históricos del derecho.

Por lo tanto, este espacio ofrece construir diálogos a partir del saber de la experiencia o, con mayor precisión, del acontecer de la comprensión de los hechos, los discursos, las significaciones y las prácticas de los sujetos, que no solo hacen valer su condición de “persona jurídica”, sino que también ponen a jugar los límites y alcances de una norma con sus fundamentos, argumentaciones, interpretaciones y efectos en su aplicación. No se descartarán perspectivas analíticas que contribuyan al debate y a la (re)construcción permanente de un saber específico. Por lo que, podría pensarse de este modo, una “hermenéutica normativa” puede también enriquecerse con “una hermenéutica de la existencia”, y viceversa.



### Algunas breves ideas sobre el decir del *derecho*

Excede esta presentación describir el recorrido de las distintas teorías del derecho y de las diversas perspectivas que nutren el pensamiento jurídico. Pero no quiero dejar de expresar cuál es el punto de partida de nuestro trabajo, aunque no se tengan mayores certezas que nuestras inquietudes.

La propuesta hermenéutica aquí expresada, se condice con una mirada sobre el concepto de derecho que desborda la perspectiva positivista, con sus diversos matices, pero sin llegar al extremo de negarla. En el intento de definir el derecho, se lo abordará en nuestro Seminario desde diferentes dimensiones: la normativa, la subjetiva, la cultural/antropológica, la disciplinar y la histórica, entre otras que podrían distinguirse con mayor profundidad y espacio. Si se parte de la dimensión histórica y política del derecho, cabe remitirse a Rudolph von Ihering cuando, en *La lucha por el derecho* publicado en 1872, señalaba: “la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”, y esa lucha del derecho es “contra la injusticia” (1998, p. 51).

Así, puede decirse que la historia del derecho da cuenta de la historia de las luchas por su reconocimiento. En este sentido, cabe destacar a Honneth que cuando aborda las nociones de libertad, justicia y reconocimiento, lo hace en la búsqueda de la “justicia social” como el mejor camino para garantizar la autorrealización del sujeto en comunidad (Honneth, 1997 y 2014). Como plantea Ihering (1998), si en el campo del derecho no se lucha, si no se resiste contra las injusticias, pues el derecho se negará a sí mismo, porque “Esta lucha durará tanto como el mundo [...]. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea” (pp. 51-52).

Así, en Ihering y Hegel puede rastrearse una continuidad en la búsqueda del reconocimiento del individuo como *persona jurídica*, cabeza de derechos que deben ser reconocidos, garantizados, promovidos y protegidos en el marco de un orden social justo en una comunidad jurídica dada. Por ello es que Hegel proponía en 1821: “sé una persona y respeta a los demás como personas” (1975, p. 58). Entonces, la lucha por el reconocimiento de la condición de sujeto derecho, es la que nos termina por definir como *personas* y como *ciudadanos*. Solo puedo remitirme al concepto de ciudadanía propuesto por Arendt, como ese “derecho a tener derechos [...] y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada” (2007, p. 420). Y esa comunidad se organiza en torno al derecho y al respeto de los derechos humanos garantizados por un Estado, que: “es el ancla indispensable de los derechos de la ciudadanía. Sin este anclaje, un régimen democrático simplemente no existe” (O’Donnell, 2008, p. 13).

Y sobre el *decir* del derecho, cabe mencionar su caracterización como práctica social instituida, pero a la vez instituyente de nuevas prácticas, discursos y normas sociales y legales. Con Enrique Marí, Carlos M. Cárcova y Alicia Ruiz, entre otros/as, se puede decir que el derecho es una práctica social *discursiva* que da cuenta de la historia de los conflictos, las demandas, los acuerdos y desacuerdos; y de aquellos sentidos, que son constructo social, compartidos que entretejen una *gramática* del derecho, de sus luchas, sus conquistas y

sus derrotas, como también de las que todavía esperan por quienes se dispongan a darlas. Por ello Cárcova (2009) distingue la “función paradójica del derecho”. Porque una primera y directa lectura marxista sobre el derecho denuncia su funcionalidad dominante, como dispositivo-aparato superestructural, para la reproducción y fijación de relaciones de poder y dominación social jerarquizado-jerarquizante. Pero también es posible señalar la potencia transformadora del derecho, capaz de lograr conquistas de derechos y transformaciones sociales para sectores o colectivos sociales vulnerados y vulnerables; capaz de *instituir* nuevas prácticas sociales. Como destaca Alicia Ruiz (1986, p. 164):

El derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, y el sentido con que define estas prácticas está determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas sociales en pugna en un tiempo y en un lugar determinados. De ahí que Foucault ubique junto a toda forma de poder alguna forma de resistencia.

Entonces, el papel del derecho depende de “una relación de fuerzas en el marco del conflicto social” (Cárcova, 2009, pp. 33-35), en la que “grupos dominantes” pretenden, por un lado, preservar y reconducir sus intereses y objetivos; frente a “grupos dominados” que resisten con sus mecanismos de defensas y contestación política, en busca de cambio social (pp. 33-35.). Y de acuerdo con Marí, desde una teoría de las discontinuidades (paradojales y ambivalentes) del discurso de Foucault –sobre la que aquí no puedo avanzar–, el análisis crítico del discurso y las prácticas en el derecho puede servir para: “identificar la forma en que los respectivos discursos que producen, transportan y alimentan un valor o una finalidad dada (sus efectos de poder), al ser insertos en otra estrategia, los socavan, los minan, los atenúan o los hacen lábiles” (1983, p. 94).

El discurso, el saber-poder, pretende definir el destino de “vidas saturadas de poder” –de un poder juridificante– (Butler y Spivak, 2009, pp. 65-66) y de cuerpos dóciles y disciplinados (Foucault, 2008b), pero que guardan y manifiestan su potencia para resistir dentro de los márgenes y condiciones de acción que la estructura o la organización social presenta (Crozier y Friedberg, 1990).<sup>10</sup> De allí que Nils Christie (2013) logre la síntesis: “el poder es el poder de definir”. Pero cabe advertir que no solo *define* a partir de las decisiones de quienes logran *ejercer* poder sobre otros, sino que el derecho también puede habilitar nuevas definiciones:

10. Aquí resuena el eco de Spinoza, cuando proponía que “nadie sabe lo que puede un cuerpo”. Y en sintonía con la definición “relacional” de poder, en el libro de Crozier y Friedberg –de 1977– (aquí, 1990), ver también Foucault en su artículo “El sujeto y el poder” publicado en 1982 (aquí, 2017).

No hay definiciones correctas, pero pudieran existir condiciones sociales en las que pudieran establecerse con mayor facilidad algunas definiciones útiles. ¿Útiles para quién? En mi consideración, una respuesta tentativa podría ser: útil para el más débil, o útil para aquellas partes con la menor cantidad de poder. Esto, sin embargo, no nos ayuda mucho porque, ¿qué clase de condiciones que conduzcan a qué clase de definiciones de violencia pudieran resultar más útil para el más débil? Obviamente, hay que hacer especificaciones más profundas. Permítanme sugerir una posible formulación: *las condiciones deben ser de aquella clase en la que las partes con menor cantidad de poder tengan la oportunidad de ser oídas*. (Christie, 2013, p. 145)

La importancia del saber crítico, no solo se destaca como vía para la defensa y promoción de los derechos humanos, sino también como mapa y brújula (aun él, con sus límites desdibujados y ella, con sus agujas un poco desorientadas) para la acción y la reconstrucción de un saber transformador de realidades marcadas por injusticias (un *saber-acción*); que son una verdad *triste*, pero que sí tiene *remedio*. Porque esos “Derechos Humanos son, en la actualidad, y por acogida internacional, una guía estratégica y legitimada para la construcción de una contención justa dentro de una sociedad justa para todos” (Aniyar de Castro *et al.*, 2013, p. 30).

En definitiva, no se renuncia a la insistencia –y al trabajo– en la idea de que: “los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social. La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre” (Christie, 2001, p. 15).

### **En busca de las huellas hermenéuticas**

La potencia reflexiva del derecho es una marca de nacimiento del saber jurídico, como saber específico y especializado, que se expresa en la preocupación por la tradición, la historia y la cultura de la ciudad; y que se edifica desde “la fuerza de una ciencia disciplinante, constitutiva del orden social”, capaz de preservar su autonomía de saber respecto del “sistema político” como también de crear una nueva episteme del derecho en diálogo con sus tradiciones (Schiavone, 2012, pp. 366-367). Aunque se pueda cuestionar dicha autonomía, lo cierto es que el derecho tiene la potencia configuradora de marcos de regulación, contención y guías de conducción política para la vida social, sobre los que hay que avanzar en sus definiciones y aplicaciones en pos de la defensa del Estado democrático de derecho.<sup>11</sup>

De este modo, en la reflexión hermenéutica se despliega el juego de la interpretación de la norma y la ponderación de la jurisprudencia; y se vincula el peso histórico de la praxis

---

11. Carlizzi presenta en este dossier una excelente descripción sobre el recorrido histórico de la hermenéutica jurídica. Ver también Gómez Adanero y Gómez García *et al.* (2006).

jurídica y el humanismo, que precede las ciencias del espíritu del siglo XIX (Ferraris, 2005). Desde allí, se propicia un diálogo entre el derecho y otras disciplinas sociales y humanas. De este modo, el debate hermenéutico será capaz de perseguir una reflexividad jurídica sobre la problemática relación entre derecho, política, historia y sociedad; a fin de dar cuenta de la especificidad y complejidad del mundo social en el que se manifiesta la praxis jurídica, como práctica social discursiva e instituyente, pero también fundante de un orden social –que debería procurarse– justo.

## Bibliografía

- Aniyar de Castro, L. y Codino, R. (2013). *Manual de criminología sociopolítica*. EDIAR.
- Arendt, H. (2007). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu, P. y Teubner, G.: *La fuerza del derecho*, 153-220. Siglo del Hombre Editores.
- Bourdieu, P. y Wacquant, L. (2012). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Siglo XXI.
- Butler, J. y Spivak, G. Ch. (2009). *¿Quién le canta al estado-nación? Lenguaje, política, pertenencia*. Paidós.
- Cárcova, C. M. (2009). *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad. Escritos selectos*. Ediciones Olejnik.
- Christie, N. (2001). *Los límites del dolor*. FONDECULTURA Económica.
- Christie, N. (2013). La definición del comportamiento violento. *Delito y Sociedad*; 2(36), 137-146. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoY Sociedad/article/view/5533>
- Crozier, M. y Friedberg, E. (1990). *El actor y el sistema: las restricciones de la acción colectiva*. Alianza Editorial Mexicana.
- Ferraris, M. (2005). *Historia de la hermenéutica*. Siglo XXI.
- Foucault, M. (2008a). *Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres*. Siglo XXI.
- Foucault, M. (2008b). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2017). El sujeto y el poder. En Dreyfus, H. y Rabinow, P.: *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Monte Hermoso ediciones.
- Gadamer, H-G. (2005). *Verdad y método*. Sígueme.
- Gómez Adanero, M., Gómez García, J. A.; y Muínelo Cobo, J. C. y Muñoz de Baena Simón, J. L. (Coords). (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. UNED.
- Hegel, G. W. F. (1975). *Principios de la filosofía del derecho*. Editorial Sudamericana.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Crítica.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Capital Intelectual.
- Ihering, R. v. (1998). *La lucha por el derecho*. Fabián Di Placido Editor.
- Marí, E. (1983). *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Hachette.
- Luhmann, N. (2005). *EL derecho de la sociedad*. Herder.

- O'Donnell, G. (2008). Algunas reflexiones acerca de la democracia, el Estado y sus múltiples caras. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 42, 5-30. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533673001>
- Ruiz, A. (1986). La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Crítica Jurídica Nueva Época*, 4, 161-168. [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/94](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/94)
- Schiavone, A. (2012). *IUS. La invención del derecho en Occidente*. Adriana Hidalgo editora.
- Teubner, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En Bourdieu, P. y Teubner, G.: *La fuerza del derecho*, 81-152. Siglo del Hombre Editores.
- Teubner, G. (2017). *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Ediciones Olejnik.

---

## ARTÍCULOS

# Perfiles históricos y teóricos de la hermenéutica jurídica nomofactual<sup>1</sup>

## Profili storici e teorici dell'ermeneutica giuridica nomofattuale

Gaetano Carlizzi<sup>2</sup>

Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italia.

RECIBIDO: 2 de abril de 2024

ACEPTADO: 30 de mayo de 2024

### Resumen

Se ha hablado de “hermenéutica jurídica” durante mucho tiempo en muchos, quizás demasiados, sentidos, que comparten la idea general del esfuerzo de comprensión de los textos normativos. Esta proliferación ha contribuido ciertamente a la popularidad del concepto, pero también a su inflación y, en última instancia, al debilitamiento de su capacidad informativa. Para remediar este estado de cosas, es necesario realizar un paciente trabajo de reconstrucción histórica, que revise las principales maneras en que el pensamiento jurídico ha abordado el problema de la comprensión a lo largo de los siglos. En este artículo, después de exponer en el §2 las tres primeras maneras (hermenéutica como mera práctica, como metodología y como teoría), nos enfocaremos en la cuarta (hermenéutica como filosofía), que ha tomado forma en un movimiento aquí denominado “hermenéutica

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye la versión resumida del ensayo de G. Carlizzi, “Para una historia de la hermenéutica jurídica” (Per una storia dell'ermeneutica giuridica), en *Diacronia*, 1, 2022, 15-82 (<https://diacronia.jus.unipi.it/2022-1-carlizzi-2/>). En forma reducida, también fue publicado en una traducción al portugués a cargo de los profesores Natalina Stamile y Nestor Castilho Gomez, en el vol. 19, n. 103, pp. 21-40 de la revista brasileña *Direito Público* (<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/266>). Agradezco al Editor de la revista *Diacronia*, a Pisa University Press y a su Director, el profesor Tommaso Greco por haber autorizado la publicación también aquí.

La traducción del italiano al español estuvo a cargo de Francesca Costantini, Licenciada en Sociología (Università degli Studi de Padova) y Magíster en Crímenes Internacionales y Criminología (VU University of Amsterdam, NL).

<sup>2</sup> Gaetano Carlizzi es Juez del Tribunal Militar de Nápoles y docente de Teoría de la argumentación jurídica e Historia del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo en la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles. Habilitado como profesor titular en Filosofía del Derecho, se enfoca principalmente en la historia y teoría de la interpretación y la prueba jurídica. Sobre estos temas ha publicado cuatro monografías: *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, 2010, con V. Omaggio; *Contributi alla Storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, 2012; *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, 2018; *La valutazione della prova scientifica nel processo penale*, 2019, así como numerosas traducciones del alemán (en particular, la antología *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, 2016, con V. Omaggio).

nomofactual”. Más precisamente, el propósito de las siguientes reflexiones es esbozar la génesis y el desarrollo de la hermenéutica nomofactual en Alemania entre los años 20 y 80 del siglo pasado (§3), para luego proporcionar una *summa* a través del análisis de las que pueden considerarse sus 11 tesis fundamentales (§4).

PALABRAS CLAVE: Historia de la interpretación jurídica; metodología hermenéutica; filosofía del derecho; dialéctica norma/hecho.

**Abstract: “Historical and theoretical profiles of nomofactual legal hermeneutics”**

“Legal hermeneutics” has been discussed for a long time in many, perhaps too many, senses, all of which share the general idea of the effort to understand the legal texts. This production has certainly contributed to the popularity of the concept but also to its inflation and, ultimately, to the weakening of its informative capacity. To remedy this situation a patient historical reconstruction is necessary, studying the main ways in which legal thought has approached to the problem of understanding over the centuries. In this article, after presenting in §2 the first three ways (hermeneutics as mere practice, as methodology, and as theory) we will focus on the fourth (hermeneutics as philosophy) which has taken shape in a movement here referred to as “nomofactual hermeneutics”. More precisely the purpose of the following considerations is to outline the genesis and development of nomofactual hermeneutics in Germany between the 1920s and the 1980s (§3), and then provide a summary through the analysis of what can be considered its 11 fundamental theses (§4).

KEYWORDS: History of legal interpretation; hermeneutic methodology; philosophy of law; norm/fact dialectic.

## 1. Premisa

El de la hermenéutica jurídica es un continente sin límites, donde es fácil perder la orientación. Prueba de ello es que los juristas utilizan frecuentemente esta locución dándose apenas cuenta de que no están hablando de lo mismo. Antes de explorarlo, sería por lo tanto oportuno dotarse de un *mapa*,<sup>3</sup> para establecer en cuáles de sus regiones nos encontremos a medida que avanzamos en el camino.

Por razones de espacio, aquí no puedo dibujar en su totalidad este mapa, sino que me limitaré a trazar los confines de las principales regiones del citado continente, para luego concentrarme en una de ellas. Así, destacaré la existencia de una multiplicidad de formas de hermenéutica, surgidas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, y me concentraré en la forma culminante, que aquí propongo llamar “hermenéutica jurídica nomofactual” y se distingue de las otras formas de hermenéutica jurídica porque constituye una

---

3 Intenté hacerlo en el ensayo mencionado en la nota de introducción del presente trabajo.



verdadera forma de filosofía del derecho (§2). En particular, luego de trazar una breve genealogía, e indicar los principales autores y trabajos que le han dado forma (§3), intentaré proporcionar un cuadro conciso pero –espero– suficientemente claro y completo, a partir de la elaboración de una lista de sus principales tesis teóricas (§4).

## 2. Formas de hermenéutica jurídica

Al asumir la expresión “hermenéutica jurídica” en la extensión más amplia posible, inclusiva de todo esfuerzo dirigido a la comprensión de los textos normativos, el origen de la hermenéutica jurídica puede remontarse a la antigüedad romana. Lo que cambia a lo largo de la historia es el progreso realizado por el pensamiento en llevar a cabo este esfuerzo. En síntesis extrema, desde la experiencia jurídica romana, en la que la hermenéutica jurídica se presenta como *mera práctica*, se pasa a la época medieval y a la primera modernidad en la que *también* asume la forma de una *metodología*, hasta llegar al siglo XIX, desde el cual, gracias al decisivo aporte de Savigny, la hermenéutica jurídica se configura *hasta* como *teoría de la interpretación*.

Sin embargo, esta última configuración no constituye el punto culminante de la historia de la hermenéutica jurídica. Este se alcanza más bien entre el final del primer cuarto y el inicio de los años 80 del siglo pasado, cuando siempre en concurso con las otras formas, acaba presentándose como una verdadera *filosofía del derecho*, que aquí propongo llamar “hermenéutica jurídica nomofactual” (en adelante: “hermenéutica nomofactual”). Hablo de verdadera filosofía porque es solo entonces que la comprensión, además de ser practicada, disciplinada y analizada, se eleva incluso a fuerza motriz de toda la dinámica del derecho. Y hablo de hermenéutica nomofactual porque la necesidad de la comprensión ya no se considera como una simple consecuencia de la eventual imperfección de la ley, ni de la posible divergencia entre su significado inmediato y el pensamiento de su autor; esta necesidad se considera más bien como el reflejo que brilla en cada momento de la producción jurídica, de la coesencialidad para esta última de dos elementos de naturaleza diferente, el elemento normativo y el elemento factual.

Ambas precisiones son fundamentales para el estudio de nuestro tema en general. La primera, porque muestra que la filosofía hermenéutica del derecho no es incompatible con las demás formas de hermenéutica, en particular con la metodología y con la teoría, solo considera la comprensión desde una perspectiva diferente y en cierta medida complementaria a las de estas últimas.<sup>4</sup> La segunda, porque resalta la diferencia existente entre la her-

---

4 Al respecto tiene razón Donini (2011, espec. pp. 115-117), al subrayar la exigencia, sobre todo en el derecho penal, de una atención mayor a la dimensión metodológica de la hermenéutica. A pesar de ello, este problema, desde el punto de vista de la hermenéutica nomofactual, solo se puede abordar en segunda instancia luego de haber comprendido las dinámicas típicas de la producción jurídica, que condicionan la posibilidad de regularla. De manera explícita, en el sentido de que la hermenéutica jurídica (nomofactual) no constituye e igual presupone una teoría de la

menéutica jurídica en cuestión, precisamente la "nomofactual", y las otras concepciones hermenéuticas del derecho (preteóricas, teóricas o filosóficas), todas más o menos nomocéntricas (pero no necesariamente positivistas o, incluso, legalistas), porque todas más o menos desatentas al papel codeterminante del hecho en la producción jurídica.<sup>5</sup>

Antes de ilustrar las causas, los contenidos y resultados de la hermenéutica nomofactual, debe destacarse su peculiar problemática historiográfica. La misma es una concepción compartida por varios autores que, sin embargo, no se han pensado ni presentado unánimemente como partícipes de un movimiento unitario. Por lo tanto, surge la pregunta: ¿por dónde empezar para constituir la como tema de investigación histórica? ¿Con base en qué proceder a la delimitación de su patrimonio de ideas y del número de sus cultores? Mi respuesta, que ya propuse en otros lugares,<sup>6</sup> parte del hecho de que la hermenéutica nomofactual es una formación espiritual, un producto cultural y como tal, dotada de un sentido que debe ser seguido para su propia comprensión.<sup>7</sup> Por lo tanto, su identidad no puede ser captada inmediatamente, al principio de la investigación histórica sobre ella, sino solo al final de esta última, si y cuando la hipótesis reconstructiva formulada al inicio, que habrá guiado la misma investigación, resulte confirmada por los elementos recogidos durante su curso.

### 3. Nacimiento y desarrollo de la hermenéutica jurídica nomofactual

Es precisamente esta peculiar problemática historiográfica la que explica la diversidad entre las varias presentaciones del movimiento en cuestión que se encuentran en la literatura, las cuales usualmente lo consideran como el producto de la recepción en el ámbito jurídico de la hermenéutica filosófica gadameriana.<sup>8</sup> También sobre este punto he expresado varias veces mi opinión divergente, y he sostenido que la hermenéutica nomofactual,

---

argumentación, véase uno de sus protagonistas, Kaufmann (1997, p. 45).

<sup>5</sup> En este sentido, la hermenéutica nomofactual se debe mantener distinguida tanto de las concepciones hermenéuticas preteóricas anteriores a Savigny, como de la teoría hermenéutica savignyana y de las filosofías hermenéuticas contemporáneas, en particular la desarrollada por Dworkin (1989, espec. pp. 48-85), sobre la cual véanse las instructivas reconstrucciones de Schiavello (1998, espec. pp. 117-147), y Blando (2022, §2).

<sup>6</sup> Carlizzi, 2011 (pp. 85-87) y, en forma levemente reducida, Carlizzi, 2012 (pp. 11-57).

<sup>7</sup> Sobre las características de las esferas culturales (ciencia, moral, arte y derecho) ver Radbruch (2022, p. 8).

<sup>8</sup> En la literatura alemana, en este sentido, con diversas precisiones: Hilgendorf (2005, pp. 36-39), que la inserta en el marco general de la hermenéutica jurídica fundada por Savigny; Frommel (1981, pp. 1-16); Seelman (2004, pp. 127-129); Stelmach (1991, esp. pp. 67-84), que la distingue de la hermenéutica jurídica continuadora de la tradición que se remonta a Schleiermacher, Savigny y Dilthey, así como de una supuesta hermenéutica jurídica analítica; Vesting (2007, pp. 112-116). Para una perspectiva diferente, que se aproxima a la seguida en esta obra, véase Hassemmer (2022, pp. 241-268).

más bien, nació bajo la influencia del pensamiento de Gustav Radbruch (1878-1949);<sup>9</sup> que se desarrolló a través de las contribuciones de este autor y de Karl Engisch (1899-1990);<sup>10</sup> que alcanzó su punto culminante gracias a algunas obras de Karl Larenz (1903-1993),<sup>11</sup> Josef Esser (1910-1992),<sup>12</sup> Arthur Kaufmann (1923-2001),<sup>13</sup> Martin Kriele (1931-2020),<sup>14</sup> Joachim Hruschka (1935-2017),<sup>15</sup> Friedrich Müller (1938)<sup>16</sup> y Winfried Hassemer (1940-2014);<sup>17</sup> quienes solo desde cierto momento y en general de manera complementaria, han nutrido sus posiciones hermenéuticas refiriéndose a tesis específicas formuladas por Gadamer en *Verdad y método* (*Verità e metodo*) (relativas, sobre todo, a la precomprensión y al círculo hermenéutico).<sup>18</sup>

Me propongo entonces reconstruir sumariamente el nacimiento, la ascensión y el declive de la hermenéutica nomofactual en Alemania entre 1924 y los primeros años 80, y proporciono un marco que resume su patrimonio de ideas y de sus resultados. Común a los tres momentos fue la reacción a la ideología *nomocéntrica*, que había alcanzado su apogeo precisamente con la codificación. Aunque una aversión similar ya se había manifestado en la fase anterior, que dio lugar al cambio de Jhering (1818-1892) “hacia una jurisprudencia pragmática”<sup>19</sup> y a la consiguiente apertura jusliberista<sup>20</sup> de las normas a la vida, solo a partir

<sup>9</sup> La literatura sobre el pensamiento de Radbruch es vastísima. Aquí, como en el caso de los autores posteriores, me limitaré a señalar los estudios de interés hermenéutico: Carlizzi (2011); Carlizzi (2022, pp. XX-XXVIII).

<sup>10</sup> Maschke, 1993, pp. 126-212.

<sup>11</sup> Frommel, 1981, pp. 53-236.

<sup>12</sup> Zaccaria, 1984.

<sup>13</sup> Hassemer (1984, pp. 1-13); Carlizzi (2003, pp. XVII-LXIII), luego incluido en Carlizzi, 2012 (pp. 59-120); Grote (2008, pp. 42-52).

<sup>14</sup> Omaggio, 2006, pp. 163-182.

<sup>15</sup> Zaccaria, 2009, pp. 7-14.

<sup>16</sup> Andresani and Stamile, 2021, pp. 29-38.

<sup>17</sup> Carlizzi, 2007, pp. 10-38 (luego incluido en Carlizzi, 2012, pp. 121-160).

<sup>18</sup> A lo sumo, se puede afirmar que la hermenéutica filosófica de Gadamer ejerció una influencia decisiva sobre Esser y muy fuerte en el segundo Larenz, de manera similar a lo que señala Frommel (1981, p. 1 y nota 1). En cuanto a la tesis sobre el origen de la hermenéutica nomofactual en la obra de Radbruch, me permito remitir a Carlizzi (2012, pp. 87-89), así como a la presentación en Carlizzi e Omaggio (2016, pp. 15-18). Más bien, se puede decir que esta antología, luego publicada también en lengua alemana (S. Meder, V. Omaggio, G. Carlizzi, C. Sorge (hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2018), fue concebida junto con Enzo Omaggio precisamente para validar la hipótesis historiográfica aquí reiterada.

<sup>19</sup> Larenz, 1966, pp. 58-65. Sobre la centralidad de Jhering para el pensamiento jurídico ocho y novecientista, v. Radbruch (2022, pp. 29-31).

<sup>20</sup> Sobre este movimiento, véase la rica investigación de Lombardi Vallauri (1975, pp. 201-370, espec. 229 s.), la cual individua tres generaciones -precursores, primera y segunda generación- e incluye corrientes más específicas, en particular aquella del derecho libre y la jurisprudencia de los intereses.

del final del primer cuarto del siglo XX se vio la relación entre estas dos esferas como un movimiento de determinación recíproca.

El origen puede remontarse a un artículo publicado en 1923/24 por Radbruch,<sup>21</sup> desde hace tiempo cercano a la orientación del derecho libre pero sobre todo inspirado por la filosofía neokantiana del suroeste (Windelband, Rickert, Max Weber y Lask).<sup>22</sup> Se parte del doble supuesto típico de esta última, de que toda realidad cultural está caracterizada por la tensión hacia una idea y que el derecho es una realidad cultural, Radbruch se detiene en los dos términos de la idea del derecho (solo desde 1924 identificada en la justicia,<sup>23</sup> entendida como igualdad de trato de los hechos iguales);<sup>24</sup> la forma y la materia. Como aclara la maravillosa metáfora inicial de la creación artística, que también gira en torno a una idea, a un proyecto, la relación entre los dos términos no es unilateral sino dialéctica. Por un lado, la forma de la idea del derecho es la pretensión de que la convivencia humana tenga una disciplina de cierto tipo. Pero, por otro lado, esta pretensión no se puede realizar de manera arbitraria, sino que debe enfrentarse a su materia, expresamente identificada por Radbruch en los “datos preformados mediante conceptos sociales” (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 36), que se presentan así ya dotados de una naturaleza propia, la “naturaleza de las cosas” (p. 37).

Esta “oscilación [*Hin und Her*]”, este movimiento doble, denominado “idealización de lo real” y, respectivamente, “determinación material de la idea” (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 32, 31),<sup>25</sup> hace que el derecho opere a través de aquellas normas que influyen de algunas formas en los hechos que regulan,<sup>26</sup> pero también que estos hechos condicionen esas normas, ya que están cubiertos por sentidos por parte de los consociados que son sus autores o protagonistas.<sup>27</sup> Coherente con la idea de la igual esencialidad del elemento fáctico y del normativo para la realización del derecho, es la definición de este último que Radbruch

---

21 Radbruch, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo* (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 31-37).

22 Sobre estos dos, y también para referencias a las obras de Radbruch, ver Carlizzi (2011, pp. 106 nt. 80, 90 nt. 17).

23 Como ya se reconoció al principio del artículo de Radbruch (1993, p. 460). Sobre este asunto, *Ibid.*, p. 92 ann. post. 127.

24 Sobre el tema, fundamental Radbruch, 2022, pp. 37-41.

25 Cursivas añadidas. En términos casi idénticos, Radbruch (2022, p. 14 s.).

26 Radbruch hablará luego de la “transformación teleológica”: por ejemplo, del concepto biológico al concepto penal de “feto” (2022, p. 133). Es interesante notar que una idea similar (la relevancia en general, incluso más allá de los términos técnicos, del “uso lingüístico jurídico”, en lugar del “sentido del lenguaje hablado”) ya había sido sostenida eficazmente por Binding (1885, p. 463 s.). Sobre este punto, véase también, *Tipo normativo e divieto di analogia penale* (en Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 213 y nt. 24).

27 Por ejemplo, ya antes de la intervención tipificadora del legislador, una injuria no es simplemente una sucesión de los procesos físicos, sino la expresión de un significado difamatorio. Radbruch, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo* (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 35).

establece en la parte de su *opus magnum* dedicada a la “lógica de la ciencia jurídica”, y que puede servir como lema de toda la hermenéutica nomofactual: “la ley existe justamente en función de la decisión de los casos singulares y, en este sentido teleológico, de hecho, el derecho no es la totalidad de las normas, sino la totalidad de las decisiones”.<sup>28</sup>

Reconstruir la historia de la hermenéutica nomofactual significa, por lo tanto, mostrar que los autores citados han seguido una de –y/o– ambas direcciones indicadas, las cuales comparten la idea fundamental original de la dialéctica norma/hecho como fuerza motriz de toda experiencia jurídica, y eventualmente la enriquecen con las sugerencias que vienen de la hermenéutica gadameriana, incapaz en sí de (y tampoco intencionada a) fundar una filosofía del derecho, ni siquiera una teoría de la interpretación jurídica. Para los fines presentes, en cambio, no importa tanto que esta compartición haya ocurrido, lo que reconoce de manera más o menos explícita la influencia de Radbruch,<sup>29</sup> ni mucho menos comparte todos los corolarios de dicha idea fundamental. Más bien, al retomar una propuesta hecha por uno de los protagonistas del movimiento, es necesario destacar que mientras algunos de sus representantes mostraron mayor sensibilidad hacia las cuestiones jusfilosóficas (comenzando con Radbruch), otros se enfocaron principalmente en los problemas (*latu sensu*) metodológicos (comenzando con Engisch).<sup>30</sup>

#### 4. Las principales tesis de la hermenéutica nomofactual

No dispongo aquí del espacio necesario para examinar en detalle el pensamiento de los autores citados. Por lo tanto, me limitaré a proporcionar un cuadro impresionista de las principales tesis de la hermenéutica nomofactual, que cuantifico convencionalmente en

---

<sup>28</sup> Radbruch, 2022, p. 134 s.

<sup>29</sup> Sin perjuicio de que dicho reconocimiento se puede encontrar más o menos explícitamente en diversos protagonistas del movimiento: desde el sucesor de Radbruch en la cátedra de Heidelberg (Engisch, 1965, p. 9), hasta su alumno más devoto y editor de su *opera omnia*, Arthur Kaufmann (considerando los numerosísimos pasajes de *Analogia e “natura della cosa”*, cit., que se pueden encontrar a través del índice de nombres y que son cruciales, en los cuales Kaufmann adhiere a las tesis de Radbruch: centralidad de la idea del derecho, distinción entre ser y deber ser, consecuente necesidad de pasar de uno a otro, naturaleza de la cosa, relación de mera semejanza entre los hechos de la realidad, etc.), hasta el alumno de este último, filosóficamente más dotado, Hassemer (2007), donde se encuentran referencias similares a las de Kaufmann, también accesibles a través del índice de nombres).

<sup>30</sup> Hassemer (2022, §4), que incluye entre los primeros, interesados sobre todo en la relación entre ser y deber ser, a Kaufmann (a la luz de Radbruch), y entre los segundos, interesados sobre todo en la relación entre hecho y norma, a Esser, Larenz, Kriele y F. Müller. Sin embargo, la separación entre ser y hecho, por un lado, y deber ser y norma, por otro, no resulta convincente. La distinción entre perspectiva jusfilosófica y perspectiva metodológica (*rectius*: epistemológico-transcendental: sobre esta matriz trascendental, fundamental para Kaufmann (1997, p. 44 ss.) parece reflejar, más bien, una diferencia en las preguntas privilegiadas (nunca exclusivas, dado su condicionamiento recíproco): en el primer caso, “qué es el derecho?”, mientras que en el segundo “cómo es posible conocer el derecho?” (ambas a su vez distintas de la verdadera pregunta metodológica: “cómo se debe conocer el derecho?”).

once;<sup>31</sup> y que podrían constituir la base para el relanzamiento del movimiento, siempre que este vuelva a prestar atención a la praxis jurídica y, en general, al derecho positivo que ha determinado su originalidad:<sup>32</sup>

A) Tesis de la *procedimentalidad de la realización del derecho*. El derecho nace de la aplicación a los hechos de la vida asociada de normas establecidas prefigurando estos últimos con ciertos fines, así como caracterizadas originalmente por una naturaleza distinta a la suya. Las normas son deónticas y generales; los hechos, en cambio, son ónticos y singulares. Por lo tanto, como mostró principalmente Arthur Kaufmann, el derecho nunca puede realizarse *uno actu*, sino únicamente a través de las fases de la producción y de la aplicación normativa, fases a su vez igualmente complejas, en las cuales la mencionada distancia debe reducirse gradualmente, en vista de su anulación sustancial.<sup>33</sup> Así como el legislador debe representarse los hechos a regularse desde el punto de vista de los ideales jurídicos que pretende realizar, y derivar normas más determinadas, de la misma manera el juez debe considerar los hechos a decidir desde la perspectiva de estas normas y extraer decisiones que afirmen o nieguen su correspondencia recíproca.<sup>34</sup>

B) Tesis de la *mediación entre norma y hecho*. La distancia morfológica originaria entre estos dos términos implica que su superación solo puede ocurrir recurriendo a un medio que, participando de ambos, sea capaz de poner en relación el uno con el otro. Este *tertium* ha sido entendido principalmente como “naturaleza de la cosa”, es decir, como el sentido que los hechos regulados por las normas ya reciben de los consociados y debe presumirse asumido por estas; las cuales, de lo contrario, no podrían influir en la vida. La naturaleza de la cosa es, por lo tanto, indisponible para cualquiera. En primer lugar, para el legislador, que solo puede tratarla teleológicamente en la medida en que esta misma se lo permita, es

---

31 Luego de una larga reflexión, he preferido no incluir la tesis adicional del necesario fundamento dogmático-tópico de la interpretación, que también ha sido aceptada por algunos exponentes de la hermenéutica nomofactual. Según esta tesis, en la versión de Esser, la interpretación debe ser racional, y para ser racional debe identificar significados no solo coherentes con las disposiciones vigentes, sino también congruentes con las expectativas de justicia cultivadas por los consociados en el caso concreto. Cabe destacar: su exclusión no significa que esta tesis no haya desempeñado ningún papel en la historia de la hermenéutica jurídica (más bien, el tema está tratado en toda la cuarta parte de la antología Carlizzi e Omaggio (2016, pp. 221-266); para más detalles al respecto, véase Omaggio (2020, pp. 30, 41). Tampoco significa que no pueda contribuir a la renovación del movimiento. Simplemente significa que sus exponentes parecen haber adoptado posturas no siempre compatibles entre sí en cuanto al rol de la razón práctica en el derecho (compárese el relativismo de Radbruch, entre otras cosas, con el teoreticismo de Engisch, el ontologismo de Kaufmann y el optimismo práctico-racional de Esser y Kriele).

32 Para una lista análoga, véase ya Carlizzi (2007, pp. 14-16). En estas notas al pie de página, salvo que falten todos o algunos pasajes de interés, no citaré de las ediciones completas de las obras de la hermenéutica nomofactual, sino de la antología Carlizzi e Omaggio (2016).

33 Kaufmann, Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 53-56).

34 Para la procedimentalidad de la aplicación normativa: Hassemmer, Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie (Carlizzi e Omaggio 2016, p. 66); Larenz (1991, pp. 211-214).

decir, desviar el sentido social de los hechos humanos hacia los fines que se propone. Además, la misma es indisponible para el intérprete, que debe esforzarse para captar la forma en que las disposiciones interpretadas han reelaborado la naturaleza de la cosa.<sup>35</sup>

C) Tesis de la *tipologización de los supuestos normativos*. La figura normativa es la imagen genérica de los hechos regulados por una cierta norma y a la cual el hecho a decidir debe corresponder para poder ser sometido a esta última. Esta imagen puede entenderse de diversas maneras. En la hermenéutica nomofactual se ha entendido de manera que conserve su esencial apertura a la realidad, es decir, como tipo, figura situada a medio camino entre lo abstracto y lo concreto. De hecho, es cierto que el tipo consiste en un conjunto de características definitorias, porque de lo contrario sería inservible para la decisión jurídica, que debe verificar su presencia en el hecho a decidir. Pero también es cierto que las mismas características no son conceptuales-abstractas, es decir, aisladas, rígidas y destinadas a concretarse siempre de la misma manera, sino funcionales, en el sentido de que se correlacionan para formar una propiedad graduable y en cualquier caso susceptible de manifestarse en formas infinitas, correspondientes a los igualmente infinitos hechos singulares que realizan la figura normativa.<sup>36</sup>

D) Tesis de la *distinción entre fenomenología y lógica del juicio jurídico*. Esta y las tesis sucesivas, a diferencia de las anteriores, no se refieren a la actividad de realización del derecho en general, sino a esa parte culminante que es la actividad (*lato sensu*) interpretativa. Esta se remonta a Karl Engisch, el más genial teórico alemán del juicio jurídico del siglo pasado. Aunque no recurre expresamente a la distinción entre “fenomenología” y “lógica”,<sup>37</sup> tiene claramente en mente algo similar. Así, el juicio jurídico es ciertamente concebible como el resultado de un silogismo (dimensión lógica); pero su momento problemático no es este, sino la preparación de las premisas del mismo silogismo (dimensión fenomenológica), que

---

35 Sobre el tema, véase, además del escrito de Radbruch citado *supra*, nt. 19: Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico* (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 162); Radbruch, 1941, pp. 145-156; y 1948, pp. 157-176, reelaboración y ampliación del artículo de 1941); Kaufmann (2003, pp. 61-64), a lo cual se remite también para referencias bibliográficas externas al movimiento; Hassemer (2007, pp. 182 ss.; 188-190); Müller, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica* (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 102); Engisch (1991, p. 232); Larenz (1991, p. 137), en parcial desacuerdo con Kaufmann y Müller. Para una posición intermedia, que no niega la validez de la naturaleza de la cosa, pero señala la vaguedad del concepto correspondiente, véase Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto* (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 91 s.).

36 Hasta la introducción de esta figura en la hermenéutica nomofactual se le debe a Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico* (Carlizzi e Omaggio, 2016). Sin embargo, el análisis más claro y completo de la misma se encuentra en Engisch, *La concretizzazione come riferimento al “tipo” nel diritto e nella scienza giuridica* (Carlizzi e Omaggio, 2016). V. además: Larenz, *Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto* (Carlizzi e Omaggio, 2016); Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione* (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 201-204); Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale* (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 208-214).

37 Propuse esta distinción en Carlizzi (2016, p. 68 s.), justamente a fin de captar el núcleo de la investigación de Engisch.

por lo tanto merece la atención preeminente del estudioso. En el plano de la teoría de la interpretación, esta es ciertamente la tesis central de la hermenéutica nomofactual, a la que se vinculan, por lo tanto, todas las otras.<sup>38</sup>

E) Tesis de la *interpretación en concreto*. Es la primera tesis emergente gracias al análisis, promovida por Engisch, de la dimensión fenomenológica del juicio. En contraste con toda la tradición, que concibe la interpretación como la comprensión de un texto normativo con vistas a su posterior aplicación a un hecho concreto, la hermenéutica nomofactual destaca que los dos momentos no están separados, sino dialécticamente conectados. Desde esta última perspectiva, los críticos del movimiento malinterpretan cuando creen que este superpone la interpretación a la aplicación. Conexión dialéctica no significa confusión. Significa, más bien, que cada intérprete consulta la disposición de turno siempre refiriéndose a un hecho bien determinado, y en este sentido concreto, que puede ser real (como siempre es para el juez) o imaginario (como para el dogmático). El intérprete, por lo tanto, no se pregunta qué puede significar tal disposición, sino si tiene un significado válido para el hecho concreto, y, según las respuestas que obtiene, corrige o establece los resultados de su actividad, realizando, si es necesario, la verdadera aplicación.<sup>39</sup>

F) Tesis del *fundamento precomprensivo de la interpretación normativa*. Esta es la única tesis claramente gadameriana, aunque los usos peculiares y heterogéneos que hizo de la misma la hermenéutica nomofactual muestran que la contribución de la hermenéutica filosófica al respecto consistió en proporcionar una imagen para fenómenos típicos del derecho. Sobre todo gracias a Josef Esser, la precomprensión jurídica ha adoptado dos formas, dogmática y judicial, que tienen en común el hecho de consistir en anticipaciones de sentido, en hipótesis interpretativas de una cierta disposición modeladas sobre el caso a decidir. La diferencia entre ellas radica en la base de la hipótesis. La precomprensión dogmática se basa en los conocimientos jurídicos y en las experiencias aplicativas relativas a casos similares a aquel que se mencionó. La precomprensión judicial, en cambio, se basa en la aspiración a elegir para el caso concreto el marco normativo considerado más justo.

---

<sup>38</sup> Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 40), “La inferencia en sí misma constituye el esfuerzo menor; la dificultad principal radica en encontrar las premisas”. Entre los autores posteriores, véase: Kaufmann, Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 59); Kriele, Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell’ambito della produzione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 83 s.); Esser (1983, p. 24 s.).

<sup>39</sup> Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 41): “En la premisa mayor solo se insertan aquellos elementos considerados bajo la influencia del caso concreto de la vida (...). En resumen: para la premisa mayor es esencial lo que se refiere al caso concreto” (p. 46); Esser (1954pp. 373, 377); Kaufmann, Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 58 s., 61); Hassemer, Il dispiegamento reciproco del fatto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 66); Kriele, Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell’ambito della produzione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 87); Larenz, La costruzione e la valutazione giuridica del fatto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 140 s.).



La consideración de ambas formas pone de manifiesto que los resultados interpretativos no resultan únicamente de la aplicación ocasional de ciertos métodos formales, sino también de puntos de vista materiales enraizados.<sup>40</sup>

G) Tesis de la *construcción factual*. Para poder ser encuadrados en las figuras normativas, los hechos humanos deben poseer características que corresponden a las que definen tales figuras. Esto significa que deben tener una configuración constituida por todas y solo estas características. Sin embargo, cuando ocurren, los hechos humanos nunca se presentan en esta forma tan refinada y ordenada. Ellos forman parte del flujo de la vida, en el *continuum* de la realidad, caracterizado por una infinidad de datos (una variedad de características de sus protagonistas y espectadores, así como de sus lugares de comisión). Entonces, como mostró sobre todo Joachim Hruschka, aunque siempre desarrollando una intuición de Engisch, para poder aplicar una norma a un hecho es necesario construirlo previamente en el sentido mencionado, es decir, seleccionar solamente aquellas características de potencial relevancia según la norma.<sup>41</sup>

H) Tesis de la *circularidad sustancial*. Deriva de la combinación entre la tesis de la interpretación en concreto y la de la construcción factual. Si el proceso hermenéutico requiere que el intérprete identifique la norma a aplicar a la luz del hecho a decidirse y construya este a la luz de aquella, entonces el mismo tiene carácter circular (no vicioso). A menudo se ha afirmado que esta tesis surgió en la hermenéutica jurídica a raíz de la gadameriana. En realidad, el círculo del que estamos hablando, ya que involucra la norma y el hecho, en lugar del intérprete y el texto o este último como un todo y sus partes, es bien distinto del círculo gadameriano (y, antes aún, schleiermacheriano). El verdadero creador del círculo hermenéutico-jurídico es más bien Engisch, cuya imagen del “vaivén de la mirada entre premisa mayor y hecho de vida” constituyó una referencia constante para los autores siguientes y ha sido perfeccionada por Winfried Hassemer en la imagen de la “espiral”.<sup>42</sup>

40 Esser, Precomprensione e scelta del metodo (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 135-137); Kriele, Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 88, 90 s.); Hruschka, Comprensione e interpretazione (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 93-95); Müller, Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 100-103); Larenz, La giurisprudenza come scienza comprendente (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 121-123 (en parcial desacuerdo con Esser); Hassemer (2007, pp. 191, 232).

41 Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 41): “hace falta evaluar ese caso únicamente según las premisas jurídicas, distinguiendo lo esencial de lo intrascendente dentro de él. [...] En resumen: [...] en el caso concreto, es esencial aquello que se refiere a la premisa mayor”) y 46; Hruschka, La costituzione del caso giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 125-135); Hassemer, Il dispiegamento reciproco del fatto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 65 s.); Kriele, Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 90); Larenz, La costruzione e la valutazione giuridica del fatto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 139 s., 142); Esser (1954, p. 373).

42 La idea de una circularidad no viciosa ya se encuentra en Radbruch, Idea e materia del diritto (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 37), pero tuvo su formulación más influyente en Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 41), “¿No se trata acaso de un círculo? [...] al observarlo,

I) Tesis de la *subsunción como equiparación*. La subsunción es la operación lógica consistente en reconocer que un hecho concreto se encuentra dentro de la extensión de una figura normativa, porque presenta las características distintivas de la última. Según el pensamiento tradicional, todos los hechos subsumibles en una figura son iguales entre sí. Para la hermenéutica nomofactual, también aquí comenzando con Radbruch y Engisch, las cosas no son así: los hechos nacen y permanecen singulares, y por lo tanto diferentes uno del otro, incluso cuando resultan corresponder a la misma figura normativa. En particular, entre tales hechos, algunos son más importantes, ya que realizan cuanto más posible las características definitorias graduables de la figura, y valen como paradigmas. Por lo tanto, es natural que, cuando deba establecerse si el hecho a decidir corresponde a una figura normativa, el intérprete lo compare con el hecho paradigmático correspondiente y concluya positivamente en caso de encontrar una similitud significativa. Es esencialmente en este sentido, que la hermenéutica nomofactual habló del “carácter analógico” de la aplicación normativa (aunque tal vez sería mejor usar la expresión, de origen engischiano “carácter equiparativo” ya que la primera puede tener un sonido inquietante, y por lo tanto repulsiva, especialmente entre los penalistas).<sup>43</sup>

J) Tesis de la *innovatividad de la interpretación*. Junto con la siguiente tesis, es la más controvertida entre las que se examinan. Su mención autónoma se justifica a pesar de su aparente falta de originalidad. De hecho, en línea con el perfil trazado en la primera parte de

---

se trata simplemente de una continua interacción, de un vaivén de la mirada entre la premisa mayor y el episodio de la vida, y ciertamente no de un círculo falaz”, quien, además, se refiere a Bierling (1979, p. 46 ss.). Entre los autores posteriores, véase: Kaufmann, Fatto e norma nel processo di realizzazione (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 62 s.), donde, además, aparece la imagen radbruchiana del “pasar gradualmente a tientas del ámbito del ser al ámbito del deber ser y viceversa”; Kaufmann (1984, pp. 65-77); Larenz, La giurisprudenza come scienza comprendente (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 119-121); Hassemer, Il dispiegamento reciproco del fatto (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 66-70, esp. 69 -“espira”-). Para algunas reservas, véase Kriele (1976, p. 205 nt. 41).

Por otro lado, la hermenéutica nomofactual, al menos en Alemania, ha descuidado el tema de la *circularidad procesal*, que podría constituir su duodécima tesis y se compone de dos movimientos, y por lo tanto de dos influencias: desde la prueba fáctica a la calificación jurídica, lo que genera el fenómeno de la *procesualización de las categorías sustanciales*, es decir, la definición de los conceptos de figuras normativas también en función de las exigencias probatorias de los hechos que pueden subsumirse en los mismos; desde la calificación jurídica a la prueba factual, lo que produce el fenómeno de la *sustancialización de la actividad probatoria*, es decir, la selección del material probatorio en función de las características jurídicamente relevantes del hecho que se debe probar. El tema solo fue rozado por Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 45-52), quien abordó el problema colateral de la discernibilidad entre el juicio de subsunción y el juicio probatorio. Para un primer intento de profundización, véase Omaggio e Carlizzi (2010, pp. 191-197), así como Carlizzi (2016, pp. 68-76). Sobre las interacciones entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, véase Pastore (2006, pp. 114-123).

**43** Radbruch, Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 167); Engisch, Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 48 s., 52; y Engisch (1963, p. 25 s.); Kaufmann, Fatto e norma nel processo di realizzazione (Carlizzi e Omaggio, 2016, 58-60); Hassemer, Tipo normativo e divieto di analogia penale (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 212, 214, 218). Por algunas reservas Larenz (1991, p. 275).

este trabajo, la idea según la cual la interpretación produciría algo nuevo, no enteramente contenido en la disposición que es su objeto, ha sido sostenida varias veces en la historia de la hermenéutica jurídica. Excepto que, los argumentos aportados al respecto, hasta en su diversidad, siempre han tenido una impronta nomocéntrica: la innovatividad de la interpretación siempre se ha considerado una consecuencia inevitable de la imperfección de la ley (*sub specie* de oscuridad, ambigüedad, insuficiencia). El movimiento que se examina, en cambio, siendo antinomocéntrico, concibe y explica la innovatividad de manera inversa: no desde una perspectiva ontológico-normativa, sino epistemológico-factual. Así, aunque todas las figuras normativas estuvieran fijadas de manera perfecta, la singularidad de los hechos que deben calificarse según ellas no permitiría saber si corresponden antes de su manifestación y de la reflexión hermenéutica que de ella deriva.<sup>44</sup>

K) Tesis de la *Controlabilidad solo a posteriori del cumplimiento de la prohibición de la analogía*. Constituye un corolario de la tesis anterior en el ámbito de las normas penales y excepcionales. Enfocándonos en las primeras, si la pertenencia de un hecho al ámbito de aplicación de una figura delictiva no puede reconocerse de inmediato (menos que se trate de conceptos lógico-matemáticos), entonces, incluso considerando, como parece justo, que el límite entre interpretación (extensiva) y aplicación analógica está marcado por el significado literal, la afirmación o negación de que dicho límite ha sido superado solo podrá realizarse al final del proceso hermenéutico. En otras palabras, como ya reconoció con extrema lucidez el joven Hassemer, incluso considerando el conjunto de los “posibles significados literales” de la disposición delictiva como el límite de su interpretación, solo después de haber reflexionado sobre cada uno de estos significados en relación con las singularidades del caso a decidirse, se podrá determinar si la prohibición de la analogía penal fue respetada. Nada excluye, de hecho, que ese caso, en su originalidad, saque a la luz aspectos del contenido normativo previamente ignorados, solo porque eran marginales para la decisión de los hechos anteriores.<sup>45</sup>

---

44 Para todos véase: Hassemer (2007, p. 167), “Si la figura normativa ‘contiene’ una determinada decisión, esto se revela sólo *luego* del procedimiento interpretativo y no *se sabe* de antemano» – las dos primeras cursivas en el original, las dos últimas cursivas añadidas” (p. 182).

45 Hassemer, Tipo normativo e divieto di analogia penale (Carlizzi e Omaggio, 2016, pp. 214-218, esp. 218: “afuera del proceso interpretativo mismo no hay garantías positivas de exactitud de la interpretación”); Hruschka (1972, p. 98). En términos sustancialmente similares, Engisch (1970, p. 238): el «posible sentido literal» como límite cuyo reconocimiento en concreto puede ser problemático, tanto que, salvo el habitual caso de los conceptos lógico-matemáticos, «la frontera entre la interpretación por un lado (especialmente la interpretación extensiva) y la analogía por otro es fluida». Más radical, Kaufmann, L’analogia giuridica tra similitudine, assimilazione e tipo ontologico (Carlizzi e Omaggio, 2016, p. 204 s.), quien sin embargo se acerca a los autores mencionados en el epílogo añadido en 1982, en Id., *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 87. Sobre el problema de los límites entre interpretación y aplicación analógica, hoy en día el más delicado, véanse en la reciente doctrina penal italiana las diferentes posiciones de: Bartoli (2015, pp. 1778-1782); Cupelli (2021, pp. 1807-1815); Di Giovine (2018, pp. 55-67); Giunta, Nota introduttiva al dibattito “Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale”, in «Criminalia», 2016, pp.

## Bibliografía

- Andresani, G. and Stamile, N. (2021). Mulling Over Hermeneutics. In Stamile, N., Castilho Gomes, N., Almanza Torres, D. (ed. by): *Friedrich Müller's Theory of Law. Proceedings of the Special Workshop held at the 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019*. Steiner.
- Bartoli, R. (2015). Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 58(4), 1769-1800. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5449864>
- Bierling, E. R. (1979). *Juristische Prinzipienlehre*. Band 4. Scientia-Verlag.
- Binding, K. (1985). *Lehrbuch des Strafrechts*. Erster Band, Duncker & Humblot.
- Blando, G. (2022). Ronald Dworkin. *APhEx*, 26, 40. <https://www.aphex.it/ronald-dworkin/>
- Carlizzi, G. (2003). Analogia e "natura della cosa". La prima tappa della ricerca "ontologica" di Arthur Kaufmann. In Kaufmann, A.: *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, XVII-LXIII. Trad. it. de G. Carlizzi. Vivarium.
- Carlizzi, G. (2007). Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer. In Hassemer, W.: *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*. Trad. it. de G. Carlizzi. ESI.
- Carlizzi, G. (2011). Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 64, 83-119. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/issue/view/162>
- Carlizzi, G. (2012). *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*. La Scuola di Pitagora.
- Carlizzi, G. (2016). Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico. *Archivio penale*, 57-76. <https://archiviopenale.it/il-problematico-rapporto-tra-prova-e-sussunzione-un-approccio-ermeneutico-giuridico/articoli/2011>
- Carlizzi, G. (2022). Un sistema filosofico deve somigliare a un Duomo gotico. Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch. In Radbruch, G.: *Filosofia del diritto*, VIII. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Carlizzi, G. e Omaggio, V. (A cura di) (2016). *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*. Edizioni ETS.
- Cupelli, C. (2021). Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021. *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1807-1816. <https://hdl.handle.net/2108/290971>
- Di Giovine, O. (2018). "Salti mentali" (analogia e interpretazione nel diritto penale). *Questione Giustizia*, 4. [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/551/qg\\_2018-4\\_07.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/551/qg_2018-4_07.pdf)
- Donini, M. (2011). *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla*

---

157-160; Donini (2016, pp. 21-26); Fiandaca (2017, pp. 126-144); Maiello (2020, pp. 21-28); Manes (2018, pp. 6-15); Micheletti (2017, pp. 164-178, 182-188); Palazzo (2006, pp. 529-535); Viganò (2021, pp. 2-7).

*giurisprudenza-fonte*. Giuffrè.

- Donini, M. (2016). Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo. *Diritto Penale Contemporaneo*. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/aree/2-justizia-penale-in-discussione?page=14>
- Dworkin, R. (1989). *L'impero del diritto*. Trad. it. de L. Caracciolo di San Vito. Il Saggiatore.
- Engisch, K. (1963). *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Winter.
- Engisch, K. (1965). *Vom Weltbild des Juristen*. C. Winter.
- Engisch, K. (1970). *Introduzione al pensiero giuridico*. Trad. it. de A. Baratta. Giuffrè.
- Engisch, K. (1991). *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*. Piper.
- Esser, J. (1954). Die Interpretation im Recht. *Studium generale: Zeitschrift für interdisziplinäre Studien*, 7(6), 372-379.
- Esser, J. (1983). *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Trad. it. de S. Patti, G. Zaccaria. ESI.
- Fiandaca, G. (2017). *Prima lezione di diritto penale*. Editori Laterza.
- Frommel, M. (1981). *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*. Gremer, Ebel-sbach.
- Giunta, F. (2016). Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale". *Criminalia*.
- Grote, S. (2008). *Auf der Suche nach einem "dritten Weg". Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Nomos.
- Hassemer, W. (1984). Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns. In Kaufmann, A., Hassemer, W. & Baratta, A. (eds.): *Dimensionen der Hermeneutik: Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*. Heidelberg: R. v. Decker & C.F. Müller.
- Hassemer, W. (2007). *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*. A cura e con un saggio introduttivo de Gaetano C. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Hassemer, W. (2022). Ermeneutica giuridica. Trad. it. de G. Carlizzi. *Diacronia*, 1, 241-268. <https://diacronia.jus.unipi.it/rivista/numeri/2022/numero-1-2022/>.
- Hilgendorf, E. (2005). *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*. Ergon, Würzburg.
- Hruschka, J. (1972). *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*. C. H. Beck.
- Kaufmann, A. (1984). Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung. In *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 65-77. Heymanns.
- Kaufmann, A. (1997). *Rechtsphilosophie*. C. H. Beck.
- Kaufmann, A. (2003). *Analogia e «natura della cosa»*. Un contributo alla dottrina del tipo. Trad. it. de G. Carlizzi. Vivarium.
- Kriele, M. (1976). *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Duncker & Humblot.

- Larenz, K. (1966). *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Trad. it. parcial de S. Ventura. Giuffrè.
- Larenz, L. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer-Verlag.
- Lombardi Vallauri, L. (1975). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè.
- Maiello, V. (2020). Legge e interpretazione nel “sistema” di Dei delitti e delle pene. *disCrimen*. <https://discrimen.it/legge-e-interpretazione-nel-sistema-di-dei-delitti-e-delle-pene/>
- Manes, V. (2018). Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”. *Diritto Penale Contemporaneo*. <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5817-dalla-fattispecie-al-precedente-appunti-di-deontologia-ermeneutica>
- Maschke, A. (1993). *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*. Winter, Heidelberg.
- Micheletti, D. (2017). Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice per la legalità. *Criminalia*, 161-192. <https://usiena-air.unisi.it/handle/11365/1033062>
- Omaggio, V. (2006). Postfazione. In Kriele, M.: *Diritto e ragione pratica*. Trad. it. de V. Omaggio. Editoriale Scientifica.
- Omaggio, V. (2020). Ermeneutica giuridica e filosofia pratica. *Ars interpretandi*, 2, 27-44.
- Omaggio, V. e Carlizzi, G. (2010). *Ermeneutica e interpretazione giuridica*. Giappichelli.
- Palazzo, F. (2006). Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica. In Dolcini, E. e Paliero, C. E. (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*. Giuffrè.
- Pastore, B. (2006). *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Giuffrè.
- Radbruch, G. (1941). La natura della cosa come forma giuridica di pensiero. *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, XXI, 145-156.
- Radbruch, G. (1948). Die Natur der Sache als juristische Denkform. En Hernmarck, G. C. (ed.): *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, 157-176. Toth.
- Radbruch, G. (1993). Die Problematik der Rechtsidee. In Gesamtausgabe, hrsg. von A. Kaufmann, Band 2, Rechtsphilosophie 2, bearb. von A. Kaufmann, C.F. Müller.
- Radbruch, G. (2022). *Filosofia del diritto*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Schiavello, A. (1998). *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*. Giappichelli.
- Seelman, K. (2004). *Rechtsphilosophie*. C. H. Beck.
- Stelmach, J. (1991). *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*. Gremer, Ebelsbach.
- Vesting, T. (2007). *Rechtstheorie*. C. H. Beck.
- Viganò, F. (2021). Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale. *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/vigano-diritto-giurisprudenziale-corte-costituzionale#:~:text=Il%20diritto%20giurisprudenziale%20nella%20prospettiva%20della%20Corte%20costituzionale,-Francesco%20Vigan%C3%B2&text=Abstract.,soggetto%20%E2%80%9Csolo%E2%80%9D%20alla%20legge.>
- Zaccaria, G. (1984). *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Giuffrè.
- Zaccaria, G. (2009). Introduzione. In Hruschka, J.: *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*. Trad. it. de G. Carlizzi. Il Mulino.

# Justicia reproductiva y debates abiertos: repensar e interpelar la autonomía en clave feminista

Marisa Herrera<sup>1</sup>

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Universidad de Buenos Aires, Argentina.

RECIBIDO: 3 de junio de 2024

ACEPTADO: 15 de julio de 2024

## Resumen

El artículo tiene por objeto revisar de manera crítica la compleja interacción protagonizada por la tríada autonomía, libertad y consentimiento aplicadas al campo de la justicia reproductiva a la luz del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia –en especial, de las técnicas de reproducción humana asistida– tal como lo expone un caso emblemático de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como lo es “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, de fecha 28 noviembre de 2012, en donde se actualizan los estándares regionales desde el obligado enfoque interseccional y la perspectiva feminista. ¿Las TRHA han logrado quebrar o reafirmar los hilos no tan transparentes entre cuerpos gestantes, maternidades y autonomía/libertad? ¿El acceso a la filiación en plural gracias a la reproducción asistida ha logrado desarmar el clásico binomio mujer- madre? ¿Cuáles son las tensiones actuales en el campo de la justicia reproductiva sobre las cuales los feminismos jurídicos tendrían aportes pendientes en clave de una profunda interpelación? Se trata de actualizar el debate sobre las TRHA desde otro lugar de clara –y bienvenida– incomodidad como lo hacen los feminismos, para animarse a poner en crisis una mirada civilista clásica que se concentra en la reproducción asistida como una cuestión filial. Esta revisión crítica conlleva la necesidad de apelar a la noción de “Justicia reproductiva” en contraposición con la de técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora Titular Regular de Derecho de Familia y Sucesiones, Departamento de Abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda y Profesora Adjunta Regular de Derecho de Familia, Facultad de Derecho de la UBA. marisaherrera12@gmail.com

PALABRAS CLAVES: reproducción asistida; reformas legislativas, estudios de género.

**Abstract: “Reproductive justice and open debates: rethinking and challenging the autonomy from a feminist perspective”**

The article aims to critically review the complex interaction between autonomy, freedom, and consent within the field of reproductive justice in light of the right to enjoy the benefits of science -especially assisted reproductive technologies- as stated in an emblematic case of the Inter-American Court of Human Rights such as “Artavia Murillo and others (“In vitro fertilization”) v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs” dated November 28, 2012, updating the regional standards from the necessary intersectional approach and feminist perspective. Have ART managed to break or reaffirm the not so transparent threads between pregnant bodies, motherhood and autonomy/freedom? Has access to plural filiation thanks to assisted reproduction managed to dismantle the classic woman-mother dichotomy? What are the current tensions in the field of reproductive justice on which legal feminisms would have pending contributions in the form of a profound evaluation? It is about updating the debate on ART from another place of clear - and welcome - discomfort as feminisms do, daring to put in crisis a classic civilist perspective that focuses on assisted reproduction as a filial issue. This critical review entails the need to appeal to the notion of “reproductive justice” as opposed to the concept of assisted reproduction technologies.

KEYWORDS: assisted reproduction; legislative reforms; gender studies.

## 1. Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han generado un cimbronazo en varias dimensiones. Una de ellas compromete el acceso al derecho a formar familias en plural, a tal punto de haber sido una pieza fundamental para modificar la denominación de un área tradicional del derecho como lo es el derecho de familia en singular a referirse al derecho de las familias, con todo lo que encierra la adición de esta “s”.

El impacto del avance de la ciencia en el campo de la reproducción humana nos lleva a considerar más adecuada la idea de “justicia reproductiva” para focalizar sobre otro campo muy diferente –aunque puedan compartir algunos debates en común como lo relativo a la naturaleza del embrión no implantado– como lo es el relativo a la no reproducción, en particular, el aborto. Justamente, Bergallo (2011) se ha referido a la noción de “Justicia reproductiva” para profundizar sobre el aborto cuando, precisamente, lo que ahí está en debate es la autonomía en la no reproducción. Por el contrario, las técnicas de reproducción asistida se vinculan, con la reproducción, es decir, el acceso a la maternidad/paternidad gracias al uso, desarrollo y perfeccionamiento de la biotecnología, más allá de que ambos campos puedan compartir ciertos debates como lo es lo relativo al embrión no implantado. Además, el término “Justicia” implica que el tema en estudio compromete o va más allá de



una técnica médica, lo cual encierra dilemas y conflictos no solo legales, sino también de índole doctrinario y jurisprudencial. Todo ello si nos concentramos en el ámbito jurídico, el cual es una de las tantas facetas que encierra un campo extenso y dinámico como el que encierra la bioética.

Para retomar la noción de familias en plural, hoy es posible decidir ser madre por elección sin la necesidad de estar en pareja y que el/la niño/a nazca sin una figura paterna. Esto implica la conformación de familias “monomarentales” de manera originaria.<sup>2</sup> Con la misma intensidad, la decisión conjunta de llevar adelante un proyecto parental con total independencia de su orientación sexual, identidad o expresión de género. A este cúmulo de diversas configuraciones parentales las denominaremos aquí proyectos parentales plurales; no solo con referencia a las diferentes identidades hegemónicas y no hegemónicas que titularizan las personas (aspecto cualitativo), sino también vinculado a la cantidad de personas que deciden acceder a una parentalidad binaria o plural (aspecto cuantitativo), en donde se advierte el aumento de familias pluriparentales que observa el derecho filial moderno.<sup>3</sup>

Si bien en una primera etapa tal pasaje del derecho de familia en singular al plural estuvo signado por el reconocimiento de derechos a parejas “del mismo sexo” a través de figuras como las uniones convivenciales, uniones de hecho, uniones civiles –o el término similar que se haya receptado– para reconocer determinados efectos jurídicos a las relaciones socioafectivas sostenidas por proyectos de parejas no “heterosexuales” y, un paso más en el tiempo, el “matrimonio igualitario”; lo cierto es que todas estas verdaderas conquistas legislativas se concentraban en una idea tradicional focalizada en la noción de “sexo”. Por el contrario, aquí se sigue una lógica contraria y confrontativa como la que propone Ciccía (2022) al sostener que:

desde su etimología, la palabra sexo remite a una separación, un corte. Establecer como punto de corte para definir nuestra biología la posible producción de ovocitos y esperma supone un sesgo que obstaculiza el acceso a una mejor comprensión respecto de las prevalencias, el desarrollo, el tratamiento de enfermedades. Esto

---

<sup>2</sup> Como es sabido, el lenguaje no es neutro, de allí que hace tiempo se alude al término monoparentalidad en vez de monoparentalidad en atención que la gran mayoría de las familias a cargo de un solo progenitor son mujeres o identidades feminizadas.

<sup>3</sup> Nos referimos a los casos de pluri o multiparentalidad en el que se coloca en crisis en binarismo filial con el impacto que ello genera en términos de roles “maternos” y/o “paternos”. ¿Cómo se distribuyen las tareas de cuidado en un hogar motorizado por dos madres y un padre o dos padres y una madre? Interrogantes contemporáneos que también interpelan de manera profunda a los feminismos en general, y los feminismos jurídicos en particular. Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar entre tantos otros Herrera y de la Torre (2022) y Herrera y Gil Domínguez (2020).

significa que se trata de un punto de corte más asociado con las normativas de género cisheterosexuales, que con verdades biológicas fundamentales para entender las formas de enfermar. (p. 17)

Esta mirada crítica para “habitar incertidumbres”, como invita Ciccía en su investigación sobre “La invención de los sexos”, debe estar presente no solo en el derecho filial en cuanto constituye uno de los ámbitos temáticos más rupturistas y claves del derecho de las familias de hoy, sino también en su incorporación como elemento central de los feminismos jurídicos. ¿Cuál es la razón por la que la noción de sexo o el aspecto biologicista que encierra sigue calando hondo en la mirada actual? Una respuesta plausible descansa en la fuerza o “poder de fuego” que aún mantienen ciertas voces autorales “TERF” (*trans-exclusionary radical feminist*, cuya traducción al español significa feminista “radical trans-excluyente”). Esta revisión es clave para repensar el derecho filial en clave feminista, objetivo final del presente ensayo, en donde se toma como buena excusa el desarrollo doctrinario y los consecuentes debates que acontecen en el derecho argentino.

Por lo tanto, aquí se divisa una primera interacción básica para ampliar los márgenes de la dupla inescindible entre autonomía y libertad que son estructural y estructurantes de los feminismos jurídicos,<sup>4</sup> cuando se trata no solo de justicia no reproductiva, sino también de justicia reproductiva, como se aprecia en el gráfico 1.

En este marco, es interesante destacar diferentes conceptos que entran tímidamente en el “mundo jurídico” –que suele ir por detrás de las ciencias sociales e incluso de las ciencias políticas– y que tan bien se sintetizan en una caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en 2024,<sup>5</sup> en el marco de un debate sobre la constitucionalidad de varias normas del Estado de Puebla en un caso de poliamor entre tres personas.<sup>6</sup>

Más allá de cómo se propone resolver la cuestión en estudio, aquí se diferencia “las orientaciones sexuales, las identidades y expresiones de género y las características sexuales o de diversidad corporal (OSIEGCS)”, y se siguen las definiciones que adopta la Corte IDH en su Opinión Consultiva nro. 24/2017 (párrafo 47). A su vez, se destaca la diferencia

---

4 Si bien excede el objetivo del presente ensayo profundizar sobre los diferentes y principales aportes de los “feminismos jurídicos nacionales” en los debates sociojurídicos más actuales, lo cierto es que varios de ellos constituyen nuestro marco teórico. Básicamente algunas ideas expuestas en la obra de Costa Wegman (2016), la compilación de Lerussi y Costa Wegman (2020), Heim (2016); varios de los artículos compilados por Cavallo y Ramón Michel (2022); y de manera más actual, el estudio que lleva adelante Custet Llambí (2023).

5 La definición de las figuras del matrimonio y concubinato no genera discriminación ante las relaciones poliamorosas. Comunicado de prensa: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7777>.

6 Al momento de redactar el presente ensayo aún no se encontraba publicada la sentencia, como sí lo estaba el proyecto de resolución en el marco del amparo en revisión 695/2023 que es un estadio anterior. Se trata del caso Gobernador del Estado de Puebla por conducto de la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado de Puebla, ponente Ministro Jorge Pardo Rebolledo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2023).

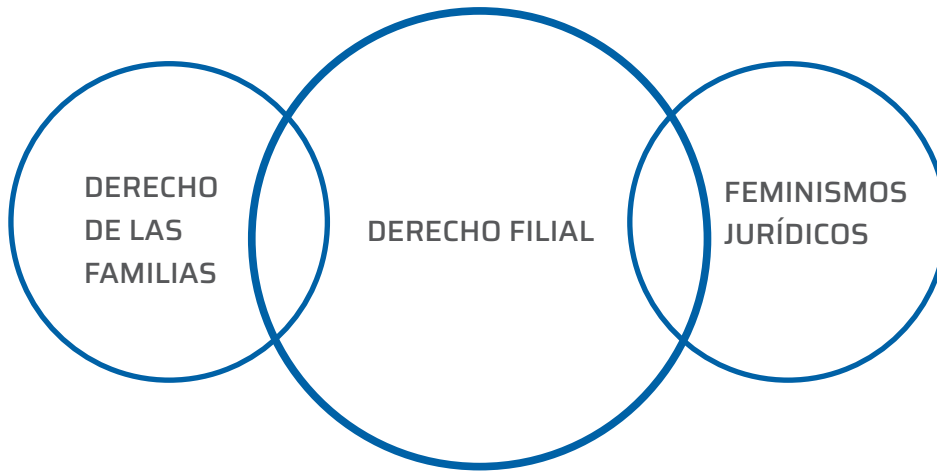


GRÁFICO 1.

entre preferencia sexual y orientación sexual “incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva a determinados géneros” (párrafo 48) y, desde una mirada sistémica y como paso más adelante, se alude a la distinción entre “Preferencia relacional y orientación relacional”, al entenderse que “en cuanto al ejercicio de la sexualidad ya se hizo referencia a la forma en que uno percibe internamente el género (identidad de género), cómo la expone hacia terceros (expresión de género) y el tipo de atracción afectiva y sexual que se puede tener o la ausencia de la misma (orientación sexual). No podemos negar que estas condiciones, influyen en la forma en que las personas estructuran sus relaciones”, y se agrega que “Los modelos de relaciones pueden ser sumamente diversos, varían significativamente de una cultura a otra, así como a lo largo de la historia” (párrafos 56 y 57). Por lo tanto, el reconocimiento de identidades en plural conlleva, de manera ineludible, a relaciones afectivas en esa misma lógica: amplia y diversa. ¿Cuál es la manera más adecuada para denominar todo este cúmulo de interacciones afectivas? Sin lugar a duda, no lo es referirse a parejas de “diverso sexo” u “homosexuales” en tanto conceptos receptados por el ámbito jurídico cuando se empezó a reconocer la orientación sexual, pero que en la actualidad habrían quedado vetustos o “vintage” a la luz del avance de otras categorías desarrolladas bajo el amparo de las nociones de identidad y expresión de género, por lo que se amplía el principio de igualdad y no discriminación.

Así, se trata de concientizar sobre el dinamismo del desarrollo teórico en torno a las nociones de sexo/géneros/diversidades con la consecuente riqueza que encierra y, a la vez, entender que es una deuda pendiente que se observa en el campo jurídico y que atraviesa todas sus áreas. Esto principalmente sucede en el campo de las relaciones de familia, en donde es básico para acortar la brecha entre derecho y realidad cuya revolución permanente es auspiciada, en gran parte, por los estudios feministas en general y los feminismos jurídicos en particular. En este marco, se advierte el entrecruzamiento que se sintetiza en

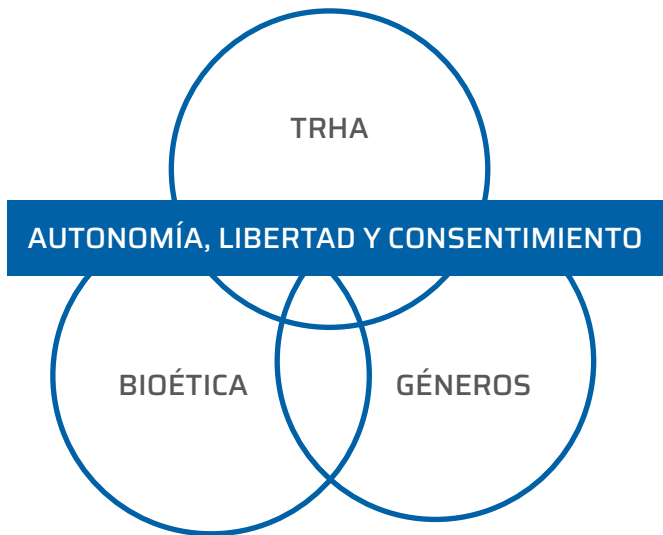


GRÁFICO 2

el gráfico 2, el cual incentiva una profunda relectura desde el obligado enfoque de géneros y los principios básicos bioéticos de beneficencia –y no maleficencia según algunos/as autores/as– justicia y autonomía.

Con el objetivo de ampliar el campo de estudio que invita la epistemología feminista crítica,<sup>7</sup> se pretende avanzar en un terreno aún en construcción en atención a la mayor novedad y consecuente menor desarrollo que presenta el ámbito de la justicia reproductiva en comparación con el bagaje teórico y práctico –tanto de tinte legislativo como jurisprudencial– que ha generado el vinculado a la justicia no reproductiva.

Aquí es clave esgrimir el siguiente interrogante: ¿Cuáles serían las principales tensiones que encierran las TRHA y que interpelan de manera directa a los feminismos? Se trata de repensar y confrontar cuáles serían las bases para una necesaria revisión crítica sobre la justicia reproductiva en el que el enfoque feminista debería ser una piedra basal. A la par, brindar herramientas de análisis hábiles para detectar estándares regionales en la materia, para lo cual no solo es pertinente ahondar –y exponer una mirada crítica– sobre ciertos argumentos que expone la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el resonado caso “Artavia Murillo” complementado con fundamentos provenientes de otros casos contenciosos con el fin de ampliar y profundizar la mirada regional.

<sup>7</sup> A partir de lo planteado por Suárez Tomé (2022), la epistemología feminista surge dentro del marco de la epistemología crítica, relevando la importancia de las variables de sexo y género en la producción del conocimiento y la actividad científica. De este modo, se considera que toda forma de conocimiento es conocimiento situado, es decir, refleja la posición del productor de conocimiento en un determinado momento histórico y en un contexto material y cultural dado. En este marco, la epistemología crítica tiene por objeto explicitar cuáles son las condiciones de posibilidad de los saberes que están relacionadas con hegemonías de poder, por ende, las prácticas sexistas de la comunidad de producción de conocimiento afectan el significado de aquello que producen.

## 2. Entramado normativo básico

### 2.1. Una aclaración

Como punto de partida, constituye un paso ineludible concientizar sobre la perspectiva interseccional en los términos que propone la Corte IDH en el resonado caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (2015); básico para entender la complejidad que gira en torno al acceso a las maternidades/paternidades gracias al avance de la ciencia y, a la par, herramienta de sometimiento en términos de presión social o, en el opuesto, como vía emancipatoria para profundizar sobre elecciones familiares alejadas del acto sexual heterosexual como principal causa fuente filial.

Desde esta óptica, los feminismos jurídicos<sup>8</sup> se deben ver complementados con otras perspectivas, como la de infancia o de niñez, la de discapacidad, entre otras; y entenderse que no se trata de un *versus* entre enfoques sino, todo lo contrario, de una obligada complementariedad. ¿Acaso, el abuso intrafamiliar o el incumplimiento alimentario u otras violencias de género no repercuten de manera directa en las identidades feminizadas adultas como también en las personas menores de edad, en particular, en las hijas mujeres? No se trata de “disputar saberes” –así es el patriarcado, que pretende someter unos a otros– sino de “complementar y enriquecer” áreas de estudio que, muchas veces, se entrelazan y repotencian. Un ejemplo claro de esta interacción se lo observa en el caso resuelto por la Corte IDH “María y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas” del 22 de agosto de 2023, que compromete la presión (carencia absoluta de autonomía y libertad) a una adolescente embarazada de “entregar” a un hijo en adopción con la consecuente violencia institucional de género<sup>9</sup> a la cual fue

---

<sup>8</sup> Al tomar las diferentes categorías que ensaya Costa (2010), aquí nos interesa destacar el denominado “feminismo deconstructivista o postfeminismo” que “concibe al derecho como un discurso social instituyente y legitimador de ciertas relaciones que, a través de múltiples interpelaciones, se articula como un orden constitutivo y regulador de subjetividad”. Se agrega que este enfoque “concibe la elaboración de ciertas categorías universales, tales como la citada expresión ente, la idea de opresión, la concepción de perspectiva de género o la noción de patriarcado, en su función metafórica. Dichas categorías se alteran deconstructivamente, y resultan artefactos discursivos míticos capaces de albergar bajo su rúbrica experiencias diversas. El postfeminismo jurídico se propone entonces ‘deconstruir la idea del género en el derecho, tanto en su teoría como en su práctica, y analizar el derecho como un proceso de producción de identidades fijas, en lugar de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género’. Esta postura postfeminista atiende a la crítica de la supuesta neutralidad del lenguaje del derecho y de su pretendida coherencia interna, y advierte que en cambio se trata de un campo semántico resultado de ‘un proceso de producción caracterizado por un incesante tráfico de discursos disciplinares de diferente origen, forma y función’, que al mismo tiempo sustenta y se fortalece, refuerza y se consolida en mitos absolutizantes, tales como el significante mujer y demás categorías mencionadas” (p. 247).

<sup>9</sup> “María fue objeto de violencia institucional por el trato que recibió en la Maternidad. En efecto, tal como lo explica la perita Marisa Herrera en su declaración: “Impedir que una adolescente pueda parir acompañada de su madre, que la hayan encerrado en el cuarto de la maternidad sin que pueda ver a su hijo [...] que se le haya presionado para firmar un papel que dice “decido libre y voluntariamente conforme al derecho que me asiste y deseo firmemente que la guarda y adopción de este bebé, la ordene el juez en turno, con autorización del RUAGA, y sin intervención y/u obstáculo de

sometida por el doble sistema estatal opresor: la maternidad (establecimiento de salud público) y la justicia.

Para profundizar sobre el entramado normativo que encierran las TRHA, no solo es necesario indagar en normas que focalicen en la violencia de género, sino también en lo relativo a otros colectivos sociales como las personas menores de edad o todas aquellas atravesadas por carencias socioeconómicas y su impacto –¿determinante?– en la falta de autonomía/libertad, cuestión que se agrava al estar comprometidos procedimientos médicos costosos cuya accesibilidad no está disponible –tanto en términos reales como simbólicos– “para todos los hombres (sic) del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” como expone el Preámbulo de la Constitución argentina. Las paradojas de pensar, desde un punto de vista clásico/patriarcal, que el acceso a las TRHA involucra, principalmente, a las mujeres cis, de allí que se toma como síntesis el preámbulo del texto constitucional argentino como muestra y excusa para recordar desde donde se parte. ¿Algo de esta mirada tradicional se cuele en el caso Artavia Murillo? Este interrogante está presente en el apartado 3.

Interactuar con otras perspectivas forma parte de la interseccionalidad que exige la propia Corte IDH. Ello no les quita relevancia a los estudios de géneros, todo lo contrario, lo revitaliza en su confrontación constante con una realidad social cada vez más compleja. Otro claro ejemplo de esta afirmación se puede encontrar en el caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Cherrier vs. Francia* del 30 de enero de 2024. Aquí, una vez más, se analiza la figura del “parto anónimo” que recepta el derecho francés, como así también Luxemburgo, Austria y Eslovaquia con el consecuente resguardo de la identidad de la madre de niños/as que después ingresan al sistema de adopción en contraposición con el derecho del niño/a a conocer sus orígenes. Si bien esta tensión se dirime en el campo de la filiación biológica, también se extiende –con otros ribetes– al ámbito de las TRHA y lo relativo el anonimato en la donación de gametos y embriones.

¿Es posible compatibilizar los derechos en juego? Esta disputa se agrava en otros casos planteados en el derecho argentino que comprometen la abierta violación de derechos humanos. Por ejemplo, con el retraso a la interrupción del embarazo por parte del sistema de salud, y que dio lugar al nacimiento de bebés prematuros con severos problemas de salud, se discute si estos niños deben ser inscriptos como hijos de estas mujeres –en algunos supuestos, adolescentes o niñas– o si, por el contrario, la filiación materna debería quedar en blanco, es decir, sin consignar los datos de quien dio a luz en el marco de un sistema legal que no recepta tal figura del parto anónimo. Este tipo

---

ningún familiar y/o interesado [...] sin ningún tipo de apoyatura y acompañamiento psico-social y tampoco jurídico, constituyen claros actos de violencia institucional” (párrafo 158).

de conflicto podría actualizar el debate en torno a la necesidad de separar la información sobre la identidad (consignar el nombre de quien dio a luz) de la determinación de la filiación “materna” entendida más como rol social.<sup>10</sup> Separar gestación de filiación (materna/paterna) involucra una de las principales rupturas que encierran las TRHA y que aún los feminismos jurídicos no habrían terminado de dimensionar. Lo mismo sucede con otras tensiones latentes en el campo de la justicia reproductiva y que siguen esta lógica comprometiendo también un elemento o denominador común: la noción de autonomía/libertad como ser:

- 1) Accesibilidad: cobertura médica
- 2) ¿Los óvulos como materialpreciado?
- 3) La diferencia entre gestar y x/maternar

## 2.2. Bases del entramado normativo regional

Como puntapié inicial, el art. 16 de la CEDAW expresa que los Estados Partes deben adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”. En él se destacan el inciso e) “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Como se puede observar, la libertad reproductiva desde una perspectiva clásica ha estado concentrada en la decisión libre –valga la

---

**10** Para profundizar sobre este debate es interesante traer a colación las palabras de Natalia de la Torre en un trabajo que, si bien analiza como eje principal los casos de mujeres que deciden dar en adopción y solicitar que no se indague en la familia de origen para que el/a niño/a no quede en su propia familia, se desoye –y por decisión autónoma de la mujer– el principio de preservación de los vínculos familiares de origen o ampliada. Lo cierto es que algo adelanta en torno al conflicto que aquí se menciona al sostener: “En línea con lo sostenido hace tiempo atrás por la maestra argentina, Aida Kemelmajer (2004), el parto anónimo, ‘termina generando una desigualdad intolerable entre hombre y mujer: la acción de paternidad siempre es viable; también es posible conocer, saber quién ha sido el padre de cualquier persona; por el contrario, tratándose de la madre, la mujer tiene el privilegio no solo de impedir el establecimiento de un vínculo jurídico, sino de poner una barrera infranqueable a la posibilidad de ser conocida por la persona que ella misma engendró y trajo al mundo’. Frente a este última argumentación podrían contraargumentarnos que justamente el problema es que en estos casos –ILE obstaculizada, con antecedente de abuso sexual– la mujer ni engendró ni trajo al mundo a ese niño/a por propia decisión, primero porque fue violentada por un hombre –relaciones sexuales no consentidas–, segundo, porque hubo una obstaculización de acceso a la ILE –la mayoría de las veces asociado a las resistencias al aborto de distintos efectores/as de salud, en otros casos, debido a las deficiencias en la educación sexual integral y el conocimiento tardío de mujeres, generalmente jóvenes, sobre la condición de embarazo, y en otros casos mujeres que están atravesando situaciones de violencia–. Ahora bien, incluso considerando estas situaciones, ¿la mejor respuesta que tiene un Estado para brindar frente a estos conflictos es conculcar el derecho a la identidad del niño/a nacido/a, receptando el parto anónimo? La respuesta negativa se impone; por el contrario, la más acorde con la obligada perspectiva de género y de derecho de las niñas es que el Estado, como lo sostuvimos en la lucha por la legalización del aborto en argentina, garantice: ‘Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal –y expedito– para no morir’” (de la Torre, 2023, en prensa).

redundancia— sobre la cantidad de hijos/as en el marco de la filiación biológica, es decir, por la decisión de parejas heterosexuales mediante el acto sexual. Desde la obligada perspectiva contemporánea, tal libertad reproductiva se habría ampliado por varias razones, entre ellas, el desarrollo biotecnológico y el consecuente perfeccionamiento de las TRHA. Más allá de esto, desde a génesis de la CEDAW y hasta la actualidad, un debate clave que persiste y persistirá gira en torno a cuándo y a qué implica ser “libre” para tomar decisiones sobre aspectos importantes de la vida cotidiana, como lo es tener hijos/as con la consecuente responsabilidad y también la dependencia que se deriva de ello.

Aquí, nos concentramos en lo que acontece en el ámbito regional a la luz del desarrollo doctrinario —principalmente contencioso— de la Corte IDH, con el conocimiento de que la protección de la familia ocupa su lugar en la CADH, con precisión en el art. 17, y en el que el principio de igualdad en razón o por motivos de género está presente al expresar que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

¿Cuáles son los estándares regionales que se pueden observar en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en lo relativo a la justicia reproductiva? Para poder responder con mayor precisión, es necesario advertir que si bien el caso Artavia Murillo ostenta un lugar central y por ello se le dedica el siguiente apartado autónomo este debe ser analizado en alianza con otros casos vinculados a cinco ejes que se sintetizan en el gráfico 3, donde se demuestra la complejidad que encierra repensar las TRHA desde el enfoque de géneros e interseccional:

- 1) Estereotipos de género
- 2) Principio de igualdad y no discriminación: familias en plural
- 3) Principio de igualdad y no discriminación: identidades en plural
- 4) Consentimiento informado y ámbito de salud
- 5) Violencia obstétrica

Cada uno de estos ejes se encuentran representados por varios precedentes, aquí solo se mencionan algunos representativos y que habilitan a problematizar la justicia reproductiva en clave de desigualdades y violencias de géneros.

Con relación a los estereotipos de género —cuestión que profundiza en particular en materia de TRHA en el caso Artavia Murillo— la Corte IDH ha desarrollado ciertos estándares al entrecruzarlo con los arts. 8 y 25 de la CADH, es decir, en lo relativo a la garantía judicial y, en especial, el principio de imparcialidad. Justamente, en el caso “Manuela y otros Vs El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 2 de noviembre



de 2021, se le dedica un apartado a “La utilización de estereotipos de género y las garantías judiciales”.<sup>11</sup>

Desde esta óptica y a la luz de lo que acontece en el derecho argentino que observa una fuerte práctica de las TRHA desde mediados de los años 80, sin nada que envidiarles a los países más desarrollados del globo,<sup>12</sup> es de destacar que del total de sentencias de gestación por sustitución que se han publicado en revistas jurídicas hasta el momento de elaborar el presente ensayo, la mayoría compromete a parejas heterosexuales casadas. Sucede que ante la falta de regulación de esta figura especial de TRHA que permite separar gestar de materner/paternar –y más allá de la especial situación jurídica/judicial que acontece en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que a raíz de una cautelar se permite la inscripción “provisoria” de niños/as nacidas de gestación por sustitución sin el deber de judicializar previamente para sortear el principio romano “madre cierta es”– se suele apelar al reconocimiento judicial, en donde se observa que la mayoría de los planteos que se esgrimen involucran a parejas heterosexuales.

¿Será debido al temor de que la justicia deniegue un pedido de autorización previa de gestación por sustitución solicitada por una pareja de varones o de un varón solo, para así salirse así de los cánones familiares clásicos? No por casualidad algunos proyectos de ley, que pretenden regular esta figura que cada vez se la observa con mayor asiduidad en la práctica cotidiana, proyectan una norma que admita de manera precisa que cualquier persona pueda acceder a la gestación por sustitución, sea “por imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual”.<sup>13</sup> Por lo tanto, se puede advertir que los estereotipos de género se suelen colar no solo en las autorizaciones judiciales, sino en los propios presuntos justiciables que prefieren no exponerse a la discriminación y solo se animan a petitionar a la justicia quienes cumplen con modelos familiares tradicionales.

---

**11** Al respecto, se ha expuesto: “este Tribunal ha señalado que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. La Corte ha señalado que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales. En efecto, si bien la utilización de cualquier clase de estereotipos es común, estos se vuelven nocivos cuando suponen un obstáculo para que las personas puedan desarrollar sus competencias personales, o cuando se traducen en una violación o violaciones de los derechos humanos. La Corte resalta además que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad” (párrafo 133).

**12** Para tener dimensión sobre las prácticas de las TRHA en la región se recomienda compulsar el cuadro disponible en <https://redlara.com.br/images/arquivo/2743-RLA.pdf> del cual surge que Brasil, México y Argentina –en este orden– están en el vértice de países con mayor cantidad de prácticas y también de niños/as nacidos por estas técnicas.

**13** Conf. art. 4 inc. c) del proyecto 4109-D-2022.

En esta lógica tendiente a revisar los conflictos/interrogantes que generan las TRHA desde el enfoque de géneros y, en particular, concentrada en los estereotipos, también es dable indagar sobre la pertinencia o no de aquellos proyectos de ley presentados en el derecho argentino, incluso su antecedente más directo y sólido como lo ha sido el entonces art. 562 del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial,<sup>14</sup> que regulaba, precisamente, un proceso judicial previo de autorización a la gestación por sustitución, y se consignaba el cumplimiento de varios requisitos, entre ellos, que la gestante hubiera tenido previamente un hijo propio. ¿Exigir que la persona gestante haya pasado por un embarazo y haya tenido un/a hijo/a previamente constituye un requisito que pasa el test de constitucionalidad/convencionalidad feminista? ¿Se trata de una condición que pretende que el consentimiento que se preste sea lo más informado posible o, por el contrario, reafirma la supuesta virtud de ser madre como antecedente vital para poder gestar para otro/a?

Esta consideración relativa a la importancia del consentimiento informado en el campo de la salud y, como tal, presente tanto en lo atinente a la justicia reproductiva como no reproductiva, es analizada por la Corte IDH en el caso “I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, de fecha 30 de noviembre de 2016, en el que se concluye que todo consentimiento informado en el ámbito médico –como lo son los procedimientos de reproducción asistida– deben ser “previo, libre, pleno e informado luego de un proceso de decisión informada” (párrafo 201). ¿Las TRHA constituyen un proceso médico más o cómo juega y en qué medida impacta en ellas la presión social por alcanzar la maternidad y realizarse como persona en esta idea de “completitud” o “incompletitud” a través del binomio mujer-madre?

Al respecto, es interesante traer a colación otro dato que nos depara la realidad judicial argentina y que atañe también a la figura de la gestación por sustitución y compromete a las personas gestantes. Precisamente, aquí se retoma el requisito de que la gestante tenga un/a hijo/a previo tal como lo receptaba el mencionado Anteproyecto de reforma y que durante el trámite parlamentario fue quitado el articulado sobre

---

**14** El texto que se proponía expresaba: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.”

gestación por sustitución debido al acalorado debate doctrinario que generó, tanto por parte de las miradas conservadoras que se oponían a esta figura como causa fuente de modelos familias no hegemónicas, como ciertas voces feministas –por lo general, abolicionistas– que entienden que esta institución encierra una nueva forma de explotación moderna del cuerpo de las mujeres. ¿Es posible que una persona sea autónoma/libre para decidir gestar para otro/a? ¿Si se gestara en favor de un familiar tal autonomía debería estar presumida? ¿Y si una persona decide ser gestante mediante un proceso de información previa sin haber tenido un/a hijo/a anteriormente? ¿Debería hacerse lugar a la autorización judicial?

Este conflicto ha estado presente en cinco oportunidades del total de 82 casos jurisprudenciales. En ellos, la justicia se ha inclinado en favor de la autonomía de la gestante a pesar del desconocimiento sobre la vivencia concreta de haber transitado un embarazo que, en definitiva, también colabora para que el consentimiento sea tildado de informado. Como se puede advertir, la noción de consentimiento informado en las TRHA es clave y observa ciertas particularidades que deben ser revisadas y repensadas desde la óptica feminista, so pena de incurrirse en un análisis superficial que, en definitiva, le haga el juego a la libertad del mercado que se deriva de la falta de regulación.

En materia de igualdad y no discriminación en razón del género –orientación sexual e identidad y expresión de género– (art. 1, CADH), el desarrollo jurisprudencial que observa la Corte IDH es muy robusto. Comienza por un estándar consolidado por el cual se sostiene que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma [...] el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (párrafo 42). Por lo tanto, la protección de las familias en plural es una máxima, sabiendo que las TRHA constituyen una herramienta central para habilitar tan amplitud.

De este modo, la accesibilidad a estas prácticas médicas debe ser revisada a la luz del mandato convencional regional, lo que en la región impone un piso mínimo alto en cuanto al rol del Estado como garante último de los derechos humanos de las personas y, en todo caso, el debate giraría en torno a cuáles serían las limitaciones a este acceso en lo relativo a cantidad de tratamientos a ser cubiertos por el sistema de salud. Se trata de procedimientos especializados que están sujetos y condicionados a la vez por el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (tal como lo recepta la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*) en donde se respeta la noción de consentimiento informado como proceso –tal como se ha adelantado en el caso *I.V.*– y así evitar incurrir en conductas o acciones que pudieran encerrar violencia obstétrica, otro de los ejes temáticos en los cuales la Corte

IDH ostenta un fuerte desarrollo, tanto en el ámbito del sistema de salud público<sup>15</sup> como, en especial, en el privado.<sup>16</sup>

Al respecto, es dable destacar que las TRHA muestran un gran desarrollo en esta esfera signada por una “visión empresarial” de la salud –costo/beneficio–, por lo tanto, la relación médico- paciente (o fuerte y débil) se agudiza aún más, cuestión que también debe ser tenida en cuenta al regular lo relativo al acceso y el proceso. En esta línea de pensamiento, sería dable sostener que, a mayor desigualdad en la correlación de fuerzas socioeconómicas, mayor cuidado y atención debería observar todo procedimiento para que el consentimiento sea informado, es decir, para arribar a decisiones reproductivas autónomas y libres. Esta afirmación es clave para analizar en términos feministas dos conflictivas centrales en materia de justicia reproductiva: donación de óvulos y gestación por sustitución.

En suma, ahondar sobre el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH es fundamental para profundizar el estudio en materia de autonomía reproductiva vinculado y en interacción con otros derechos como el mencionado derecho a gozar del avance de la ciencia, el derecho a la privacidad, al desarrollo de la personalidad, la identidad, la protección de la familia, entre otros atravesados por el principio de igualdad y no discriminación y la noción de imparcialidad en lo relativo a los estereotipos de género. Este es el entramado en materia de derechos humanos desde el cual se debería edificar la regulación y resolver los planteos sociojurídicos que generan las TRHA en su doble faceta: en cuanto técnica médica y en cuanto determinación filial. Todo ello a partir de la consecuente conformación familiar en términos plurales en el que los cuerpos gestantes tienen un papel protagónico, por lo cual, el enfoque feminista debe ocupar un lugar de relevancia para revisar e interpe- lar el modo en que se ha construido el debate hasta la actualidad en la materia, en donde prime una perspectiva clásica: heterosexual, individual y se focalice en la faceta médica.

### 3. Una vuelta de tuerca feminista al caso Artavia Murillo

El *primer caso* en la materia es el mencionado caso Artavia Murillo. Desde la obligada perspectiva feminista, este precedente habría sido central en lo relativo a la justicia no reproductiva, básicamente, en la importancia de entender que el embrión no implantado no le cabe la protección del derecho a la vida prevista en el art. 4.1 de la CADH. Como argumento básico para seguir entendiendo que la locución “en general”, encierra la posibilidad de que haya excepciones y de allí que el aborto es compatible con dicho instrumento de derechos humanos internacional-regional, profundizado y reafirmado por la noción de gradualidad que tan bien se analiza en este caso. Ahora bien, el interrogante que cabe deslizar es si este

---

<sup>15</sup> Además de los citados casos I.V. y Manuela, es dable agregar el caso Corte IDH, Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina (16 noviembre del 2022).

<sup>16</sup> Conf. caso Corte IDH, Rodríguez Pacheco y otras vs Venezuela (1 septiembre del 2023).

fallo ha sido fecundo para sentar bases/estándares feministas en el campo de la justicia reproductiva o si, por el contrario, en esta faceta se habría adoptado una mirada tradicional. ¿Es posible seguir una postura emancipadora cuando la Corte IDH entrelaza la discriminación en razón del género, la discapacidad y la situación económica en torno a la idea de “infertilidad” como columna vertebral?

Como punto de partida, vale recordar que este caso compromete un planteo que esgrimen varias parejas heterosexuales costarricenses ante la supuesta violación de varios derechos humanos protegidos por la CADH al prohibírsele en su país las técnicas de reproducción *in vitro*, es decir, aquella que involucra la criopreservación de embriones y la posterior implantación en varios o diferentes momentos. Esta cuestión temporal no es un tema menor, es central en términos de autonomía y consentimiento informado en atención a los cambios de situación que pueden presentarse producto de la ruptura de la relación o el fallecimiento de uno o ambos integrantes del proyecto parental. ¿Es posible implantar los embriones en contra de la voluntad de alguno de los miembros de la pareja? La respuesta negativa se impone, y prima la autonomía/libertad de la persona por ante cualquier otro “interés” –no derecho– que se le podría otorgar a los embriones en cuanto a estos no les cabe la protección del derecho a la vida tal como bien se deriva del caso en análisis. Como se puede observar, los cuerpos gestantes están sometidos –de manera actual o latente– de una manera más comprometida y compleja que lo que acontece en los casos de filiación “biológica” o derivada del acto sexual.

En lo que aquí interesa, la Corte IDH profundiza sobre la noción de “discriminación indirecta” en general, y recuerda que al seguirse las enseñanzas del TEDH que se configura “cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo” (párrafo 286). Concentrados en la discriminación indirecta en razón o por motivos de género “la Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad” (párrafo 294); y es aquí donde es necesario recordar la tensión que trae Fraser y su debate con Butler en torno a la distinción entre políticas de redistribución o reconocimiento (Butler y Fraser, 2016).

¿Qué la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos reconozca que los estereotipos de género presionan a las mujeres a ser madres con el consecuente impacto y condicionamiento en sus vidas –tanto en términos de autonomía como en clave relacional– no reafirmaría tales estereotipos? Al respecto:

La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado

y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. (párrafo 296)

Este párrafo encerraría una contradicción que aquí se pretende resaltar ya que si se quiere salir del binomio feminidad-maternidad no se debería tratar a la infertilidad como una “discapacidad”. Precisamente, la Corte IDH dice que:

concuera con la Comité de la CEDAW cuando ha resaltado que es necesario considerar “los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos (...), tales como (...) su función reproductiva”. (párrafo 300)

¿No serían estos factores biológicos en alianza con la función reproductiva los que profundizan los estereotipos que el propio tribunal pretendería o debería colaborar para desarmar?

Esta perspectiva biologicista y de infertilidad asociada a la noción de “discapacidad” refuerza la perspectiva tradicional sobre las TRHA,<sup>17</sup> la cual está destinada a facilitar el acceso a la maternidad y paternidad de parejas heterosexuales que no pueden hacerlo a través del acto sexual. Si bien el caso compromete a parejas de “diverso sexo”, lo cierto es que las TRHA no se circunscriben a este ámbito sino, todo lo contrario, han sido fundamentales para permitir la conformación de modelos familiares plurales en el que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas si se las pretende colocar como fundamento para excluirlas del art. 17 de la CADH, tal como defiende la propia Corte IDH en un caso que resolvió con anterioridad como lo ha sido otro resonado caso como *Atala Riffo*.

Por lo tanto, la tríada infertilidad- maternidad y discapacidad sería una interacción peligrosa en los términos que se sigue en el precedente en análisis y que una revisión feminista debería destacar y de-reconstruir en otra lógica.

#### **4. Algunas consideraciones críticas para el debate:**

##### **donación de óvulos y gestación por sustitución**

En primer término, cabe destacar que aquí no se pretende llevar adelante una sólida investigación crítica sobre dos grandes ámbitos temáticos que encierran las TRHA como lo son la donación de óvulos y la gestación por sustitución; todo lo contrario, solo compartir

<sup>17</sup> En este marco, es interesante traer a colación la noción de “normalidad” que plantea Nievas (1999, p. 24) al decir que “La normalidad, veámos, es condición para la libertad. La libertad concreta (en las condiciones de nuestra sociedad, occidental y capitalista) supone la normalidad, y esta solo es inteligible en función de aquélla. La implicancia reconoce, pues, solo un sentido, es monodireccional; solo puede ser ‘libre’ un determinado cuerpo: el normalizado”.

algunas consideraciones generales y básicas a modo de primer eslabón para encauzar su análisis en clave feminista en tanto enfoque clave.

Como es sabido, el cuerpo de las personas gestantes constituye un objeto de estudio histórico de los feminismos. Las TRHA vienen a complejizar, modernizar y actualizar este campo de estudio debiéndose focalizar –como punto de inflexión– en dos temáticas de “alto impacto”: la donación de óvulos y la gestación por sustitución. Ambas están atravesadas por una tensión latente en los debates feministas más acalorados y que gira en torno a la noción de autonomía/libertad. ¿Es posible hablar de consentimiento informado para “donar” óvulos o gestar para otras personas? ¿Estos procedimientos médicos con incidencia/impacto psicosocial deben ser retribuidos? ¿Qué labores son dignas y cuáles “indignas” y bajo la “moral” de quién? ¿Acaso, la autonomía/libertad plena existe, en especial, en sociedades de consumo signadas por una fuerte desigualdad social? Como dice Nussbaum (2022):

Todas nosotras, con excepción de quienes tienen dinero sin necesidad de trabajar y los desempleados, aceptamos un pago por el uso de nuestro cuerpo. Profesoras, trabajadores fabriles, abogadas, cantantes de ópera, trabajadoras sexuales, doctores, legisladores: todos hacemos cosas con partes de nuestro cuerpo, por las que recibimos un salario a cambio [...] Puede que la estigmatización de ciertas ocupaciones esté bien fundada, basada en argumentos convincentes y bien razonados. Pero también puede estar basada en prejuicios de clase o estereotipos de raza o género. (pp. 269 - 270)

En términos más coloquiales y no menos profundos, Orellano (2022) dice:

Aunque me sobran motivos para poner en palabras tantos años de yiro, a la vez me desborda la rabia. Se ha pensado por y sobre nosotras y se han diseñado políticas públicas en las que la salvación y el rescate son las únicas ideas. ¿Y si quienes dicen querer mejorar nuestro destino nos consultaran y nos hicieran parte? [...] Porque siempre importó más la palabra de las expertas: mujeres blancas que hablan con términos muy técnicos para posicionar un solo discurso hegemónico en la academia, en el feminismo e incluso en el Estado. A ciertos marcos teóricos les falta calle y la clase obrera, es a la que las putas orgullosamente pertenecemos. (pp. 15 - 16)

Qué piensan las mujeres que reciban una paga por dar sus óvulos ya que sabemos que la idea de “donación” es una trampa para lograr aceptación social y, principalmente, jurídica. ¿Y las personas que gestan para terceros? He aquí un buen punto para tener en cuenta a los fines de acercar los discursos jurídicos a la realidad, incluso para diseñar herramientas de acompañamiento en clave emancipatoria y contextual, y dejar de lado miradas de

“superioridad” en las que parecería que solo se es libre o autónomo en la medida en que las personas toman decisiones que sean moralmente aceptables desde la óptica propia y de confort teniendo una historia de vida absolutamente diferente a la persona que decide. ¿Esto significa que no se puedan elaborar cimientos o estándares mínimos sobre los cuales edificar pautas sociales o regular al respecto?

Todo lo contrario, la falta de reglas ha sido caldo de cultivo para la opresión de las fuerzas del mercado, con todo lo que ello significa en términos de violación de derechos humanos y, en especial, en la falta de autonomía y libertad. Una vez más, se impone la lógica regular para brindar seguridad jurídica, en especial, para proteger a las más débiles. Es por ello que tanto la “donación” de óvulos como la gestación por sustitución merecen ser sacadas del closet a través de un debate feminista respetuoso y sin cancelación, que no caiga en la trampa del punitivismo<sup>18</sup> como acontece con otro debate álgido como lo es prostitución vs trabajo sexual.<sup>19</sup>

En este marco, prever un ámbito especializado -judicial o administrativo- para intervenir de manera previa ante todo proceso de gestación por sustitución estableciéndose ciertos requisitos hábiles para que el consentimiento informado sea un proceso en los términos que lo exige la Corte IDH, constituiría una decisión legislativa acorde con la complejidad de los derechos en juego.

## 5. Breves palabras de cierre

Las TRHA no escapan a la revisión crítica que impulsan –en buena hora– los feminismos; precisamente, las enriquece e interpela a la vez. Se trata, entre otras tantas tensiones, de animarse a preguntar cómo juega el mercado reproductivo desde el obligado enfoque de géneros para alcanzar una justicia reproductiva en el que la autonomía/libertad debe ocupar un papel protagónico y la ley debe generar las condiciones para ello. Máxime en un contexto signado por el principio de igualdad y no discriminación que no solo compromete a las mujeres sino, de manera más amplia, a todos los cuerpos gestantes en atención al desarrollo socio jurídico que ha adquirido en la actualidad el reconocimiento de las identidades de género en plural, incluidas las personas no binarias. ¿Aquí accederían a la maternidad/paternidad? Además, de pensar en la gestación por sustitución como vehículo para satisfacer el derecho a formar una familia por parte de una pareja de varones o por decisión unilateral de un varón de acceder a la paternidad y la posible disputa entre ciertos feminismos y la agenda de la diversidad.

Pasar de la centralidad del mercado en el que se gestó la mirada de las TRHA a la de la justicia reproductiva implica repensar seriamente la interacción entre autonomía, libertad

<sup>18</sup> Como síntesis de esta ¿falsa? tensión se recomienda compulsar los trabajos publicados en Daich y Varela (2020).

<sup>19</sup> Se recomienda compulsar Maffía y Korol (2021).



y consentimiento en clave feminista, siendo interesante tomar varios de los conceptos y estándares que se ha animado a brindar la Corte IDH más allá –o a pesar de– los argumentos esgrimidos en el resonado caso Artavia Murillo y su interacción con otros precedentes que encierran problemáticas de peso en materia de justicia reproductiva como el consentimiento informado como proceso, la violencia obstétrica y ciertos conceptos receptados en la Opinión Consultiva nro. 24.

El enfoque crítico sobre el resonado caso Artavia Murillo constituye uno de los tantos esfuerzos intelectuales hábiles en clave feministas para reinterpretar las técnicas de reproducción asistida en cuanto a la diversidad de problemáticas jurídicas que encierra que la exceden en cuanto práctica médica y, de allí, aludir al término justicia reproductiva podría formar parte de este replanteo profundo en el que la noción de autonomía, central de los feminismos, debe ocupar un lugar central. Este ensayo pretende ser un primer paso en este sentido, y advierte que el desarrollo práctico como teórico alcanzado en el derecho argentino es de gran envergadura tal como queda demostrado a la luz de la entidad e identidad de los interrogantes abiertos que aquí se esgrimen. En definitiva, animarse a interpelar tiene sus frutos intelectuales.

## Bibliografía

- Bergallo, P. (2011). La liberación del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate. En Bergallo, P. *et al.*: *Aborto y justicia reproductiva*. Editores del Puerto.
- Butler, J. y N. Fraser (2016). *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Editorial Traficantes de sueños.
- Cavallo, M. y A. Ramón Michel (2022). *Autonomía y feminismos*. Ediciones Didot- Red Alas y Universidad de Palermo.
- Ciccía, L. (2022). *La invención de los sexos. Como la ciencia puso el binarismo en nuestros cerebros y como los feminismos pueden ayudarnos a salir de ahí*. Siglo XXI Editores.
- Costa, M. (2010). El debate igualdad / diferencia en los feminismos jurídicos. *Feminismo/s*, 15, 235-252. <http://hdl.handle.net/10045/15634>.
- Costa Wegman, M. (2016). *Feminismos Jurídicos*. Ediciones Didot.
- Custet Llambí, R. (2023). *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*. Editores del Sur.
- Daich, D. y C. Varela (2020). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Editorial Biblos.
- De la Torre, N. (en prensa). La declaración de situación de adoptabilidad en encrucijada: interés superior y derecho a la identidad de niños/as frente a la negativa de ejercer la maternidad. Los caminos transitados en la jurisprudencia argentina, en prensa, publicación elaborada en el marco del Workshop realizado los días 20 y 21 de julio de 2023 sobre “El derecho a la vida familiar y el impacto de la autonomía y el afecto en la adopción. Un estudio sociojurídico crítico desde el derecho comparado” en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. Ediciones Didot.
- Herrera, M. y N. de la Torre. (2022). Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: regulación o eliminación de la prohibición? *La Ley* 11/10/2022, 1. *La Ley* 2022-E, 590. TR LALEY AR/DOC/2923/2022
- Herrera, M. y A. Gil Domínguez (2020). Derecho constituvencional de las familias y triple filiación. *La Ley* 19/06/2020, 6. TR LALEY AR/DOC/650/2020.
- Lerussi, R. L. y M. Costa Wegman (2020). *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*. Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- Maffía, D. y C. Korol (2021). *Las protagonistas hablan. Prostitución. Trabajo Sexual*. Paidós.
- Nievas, F. (1999). *El control social de los cuerpos*. EUDEBA.
- Nussbaum, M. (2022). Ya sea desde la razón o desde el prejuicio. Dinero por servicios corporales. En Cavallo, M. y Ramón Michel, A.: *Autonomía y feminismos*. Ediciones Didot- Red Alas y Universidad de Palermo.
- Orellano, G. (2022). *Putas feministas. Historias de una trabajadora sexual*. Sudamericana.
- Suarez Tomé, D. (2022). *Introducción a la teoría feminista*, Nido de Vacas Ediciones.

## Jurisprudencia

- TEDH. Caso *Cherrier c. Francia* (30 de enero del 2024) [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-230626%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-230626%22]})
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Amparo de revisión 695/2023, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2024-01/240124-AR-695-2023.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2024-01/240124-AR-695-2023.pdf)
- Corte IDH *Rodríguez Pacheco y otras vs Venezuela* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (1 de septiembre del 2023) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_504\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_504_esp.pdf)
- Corte IDH *Caso María y otros vs. Argentina* (22 de agosto del 2023) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_494\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina* (16 de noviembre del 2022) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_474\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador* (2 de noviembre del 2021) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia* (30 de noviembre del 2016) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador* (1 de septiembre del 2015) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf)
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (24 de febrero del 2012) [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

# El detrás de escena del Sistema Interamericano de derechos humanos

Una lectura del caso *Lhaka Honhat* contra el estado argentino

Morita Carrasco<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

RECIBIDO: 2 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 3 de octubre de 2024

## Resumen

En el campo del derecho, y más precisamente de la jurisprudencia de los derechos humanos, celebramos las sentencias del SIA que nos habilitan a establecer un piso mínimo para la exigencia de reconocimiento, por ende, ejercicio de nuevos derechos. El objetivo de este artículo es descubrir, revelar y conocer el sinnúmero de factores que convergen en el arribo de una sentencia en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Entre otros destacan los aportes de disciplinas especializadas en materias que colaboran con el derecho para analizar el caso en cuestión a lo largo de las diferentes etapas del proceso ya sea en su admisión por la Comisión Interamericana (CIDH), a fin de ubicar el caso en su contexto/histórico/sociopolítico/ y conocer detalles no tan visibles a partir de la simple realización de entrevistas a los involucrados. Además de la concurrencia de otros componentes, como la idoneidad, la experiencia o competitividad de los representantes importan también los informes/pericias presentes en cada etapa. Tomo el caso *Lhaka Honhat* cuya sentencia se conoció en el país el 6 de febrero de 2020 para desmenuzar los factores intervinientes en todo el proceso hasta la audiencia de juicio celebrada en Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas; derecho al territorio; Chaco; Argentina.

**Abstract: “Behind the scenes of the inter-American human rights system. A reading of *Lhaka Honhat vs. Argentine State case*”**

In the field of law, and more specifically in the field of human rights jurisprudence, we celebrate the rulings of the SIA that enable us to establish a minimum floor for the demand for recognition, and therefore, the exercise of new rights. The objective of this article is to

---

<sup>1</sup> Antropóloga, doctora en Filosofía del Derecho Universidad de Buenos Aires.

Agradezco a mi colega Andrea Lombraña por la lectura y comentarios sobre el artículo.

discover, reveal, and learn about the countless factors that converge upon the arrival of a ruling in the Inter-American Human Rights system. Among others: contributions from specialized disciplines in matters that collaborate with law to analyze the case in question throughout the different stages of the process, whether in its admission by the Inter-American Commission (IACHR), in order to place the case in its historical/sociopolitical/context and to learn details that are not so visible from the simple conduct of interviews with those involved. In addition to the concurrence of other components, such as the suitability, experience, or competitiveness of the representatives, the reports/expertise present at each stage are also important. I take the case of Lhaka Honhat, whose sentence was announced in the country on February 6, 2020, to analyze the factors involved in the entire process up to the trial hearing held in Costa Rica.

KEYWORDS: Indigenous peoples; right to territory; Chaco; Argentina.

¿Qué espera usted de esta Corte?

¿Qué espera usted de nosotros?

¿Qué espera su pueblo de nosotros?

Nosotros esperamos por tanto tiempo solucionar el problema de la tierra, terminar la demarcación, la delimitación, traslado de los criollos, terminar el título único. Esa es la esperanza que tenemos nosotros.

Francisco Pérez

## 1. Introducción

A mediados del siglo XIX, el abogado Lewis H. Morgan ejerció la representación de dos tribus indígenas norteamericanas, los séneca y tomawana (iroqueses), ante el Congreso de los Estados Unidos en defensa de su territorio amenazado por una compañía que vendía terrenos y pretendía arrebatarles partes de él.

Había nacido en 1818 en el Estado de Nueva York en un contexto de abundante presencia iroquesa, de modo que pudo conocerlos mientras estudiaba la carrera de derecho. Su intervención en el caso le fue solicitada por un indígena iroqués con quien Morgan mantenía una amistad. Debutó en la profesión con este caso y ganó la pelea. Más adelante como miembro del partido Republicano obtuvo un escaño en la cámara de representantes y luego sería senador. Como abogado y político defendió la causa de los indios iroqueses enfrentados a las grandes compañías que intentaban apoderarse de sus recursos y en contra de los intereses de la construcción del ferrocarril. El resto de su vida lo prefirió dedicar al estudio de la vida social, política y económica de los indígenas. Pese a no haber cursado estudios antropológicos es recordado como el “primer antropólogo” estadounidense. En 1851 publicó la *Liga de los Iroqueses* y en 1877 *La sociedad primitiva*. Dos libros fundantes de la antropología social para conocer la organización indígena escritos por un abogado. Morgan habla de geografía india, mapa indio, nombres indios, toponimia. Pero, aún hoy, no solo su idea de la geografía sino también la de territorio resultan reveladoras, pues orientan la

investigación hacia los límites y fronteras territoriales, hacia la toponimia, hacia la distribución de la población en el espacio, hacia los caminos y vías de comunicación, hacia las barreras naturales para la interrelación social, hacia el uso diferencial de los recursos y hacia la concepción global del espacio en la mente de sus habitantes. En 1861 otro hombre de derecho Sir Henry Maine también interesado en la organización social de los pueblos antiguos, publicó en Inglaterra *La Ley Antigua*, por lo cual fue considerado al igual que Morgan fundadores de la antropología jurídica.

Un siglo y medio después de ambos, la cuestión indígena llegó a los escenarios internacionales; la preocupación por conocer y dar lugar a los indígenas en los estados nacionales convocó la realización de numerosos estudios e informes especiales de una diversidad de expertos. La ONU, la OEA y otras instituciones interestatales, entre ellas la banca internacional se avocaron a investigar las necesidades “humanas diferenciales” que los distinguían de los demás ciudadanos, y destacar el especial vínculo que mantienen con la naturaleza en el marco del estado. A partir de eso, se perfeccionaron las metodologías de registro: censos poblacionales, lugares de asentamiento, situación socio-sanitaria, empleo, entre otras cuestiones; se crearon espacios para el debate y acuerdo entre ellos y los gobiernos; se produjo una serie de nuevas maneras de concebir al ciudadano indígena. Afloraron nuevos derechos, nuevos enfoques y nuevas disciplinas para acreditar la centralidad que tiene el territorio antes y ahora para los indígenas en tanto eje articulador de su organización étnica social y política. Más tarde, como espero poder demostrar con el análisis del trasfondo del caso *Lhaka Honhat*, se requeriría la convergencia de otras narrativas científicas para dar cuenta de aquello que ya tenía un marco legal donde sustentarse,<sup>2</sup> además de una frondosa jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Indígenas.<sup>3</sup>

## 2. Derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En 1948, finalizada la Segunda Guerra Mundial surgió la necesidad de crear un nuevo orden global. Entonces, y a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas para la defensa de los derechos humanos, se institucionaliza la dignidad de las personas frente a los crímenes del nazismo. Desde entonces, dada la evolución de los derechos humanos se ha configurado una nueva rama del derecho llamada “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Cabe mencionar que la preocupación por los derechos humanos de los pueblos indígenas a nivel internacional ha tenido una evolución histórica de larga duración. Esta data

---

<sup>2</sup> Convenio 169 de la OIT (1989-1991), Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas (2007), Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 75 incisos 17 y 22.s.

<sup>3</sup> Puede consultarse en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/decisiones/corteidh.asp>

desde el siglo SXVI con la temprana advertencia de Bartolomé de las Casas acerca del maltrato que recibían los *trabajadores indígenas* sometidos a la esclavitud de los encomenderos. Desde ahí, podemos trazar su evolución hasta la revisión de su situación por la Organización Internacional del Trabajo en 1957 (Convenio 107) y su posterior reforma en 1989 con la sustitución de este por el Convenio 169. En 1971 la ONU nombró al señor José Martínez Cobo relator especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías y le encargó la elaboración de un informe sobre los pueblos indígenas, publicado en 1986 con el título de *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. En 1982 la ONU creó el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y en 2007 el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que sustituyó al Grupo de Trabajo. En 2007 la ONU emitió su Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y en 2017 la OEA hizo lo propio en América. Todos estos avances en la evolución del derecho internacional reconocieron la serie de aportes multidisciplinarios de expertos y la voz indígena presentada en Foros Internacionales y Conferencias mundiales.

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos está compuesto por una serie de tratados y dos órganos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, D.C. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con sede en San José, Costa Rica. Ambos dependen de la OEA, creada en 1948. El interés de los Estados latinoamericanos por los indígenas tiene también un antecedente temprano. En 1938 la Unión Panamericana (antecedente de la OEA) realizó un Congreso continental para establecer un Instituto (Indigenista Interamericano) y una política de los estados para con su población nativa. En 1940 acudieron a Pátzcuaro (México) antropólogos, historiadores, delegaciones oficiales, representantes indígenas. Este fue el surgimiento de la política indigenista estatal en las Américas (Cuning, 2024). En 2017 luego de diecisiete años de discusiones, la Organización de Estados Americano aprobó la Declaración de OEA sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A partir de Cunin (2024), es útil aclarar que si bien “cualquier ciudadano u organización social puede presentar una denuncia contra el Estado” cuando se han acabado los recursos internos, más allá del procedimiento formal, como veremos más adelante, la presentación del caso supone disponer de una experticia en el manejo del litigio a este nivel. En primer lugar, la CIDH se ocupa de verificar la forma y el fondo, luego de lo cual presenta el caso a la Corte IDH. Se trata de un procedimiento acompañado de reuniones e informes entre las partes (Estado y peticionarios). Este paso, que puede durar años, conduce a una “solución amistosa o a un juicio,” a celebrarse en Costa Rica en la sede de la Corte. La sentencia de la Corte va acompañada de un procedimiento de supervisión de cumplimiento para verificar que se han efectuado las órdenes solicitadas. Ahora bien, cabe hacer notar que las sentencias son vinculantes y definitivas pero no existe mecanismo alguno que pueda obligar a los Estados a cumplirlas.

Un detalle no menor en este y otros casos, como se verá, es que la Corte IDH es “conocida por su creatividad y su interpretación evolutiva de los convenios internacionales de derechos humanos” (Cunning, 2024, p. 24).

### **3. Caso 12094 *Lhaka Honhat* contra el Estado Argentino, 6 de febrero de 2020: la sentencia<sup>4</sup>**

En idioma wichí, *Lhaka Honhat* significa “nuestra tierra”. Este territorio se encuentra en el Chaco salteño, en el límite de Argentina con Bolivia y Paraguay, y está integrado por 132 comunidades de los pueblos iyojwaja, nivaklé, qom, tapy’i y wichí. En 1984, estos cinco pueblos solicitaron al Gobierno de la Provincia de Salta la titulación de un territorio sin divisiones internas, a nombre de todas las comunidades allí asentadas. En 1998, agotados los recursos políticos y judiciales internos acudieron al Sistema Interamericano para denunciar la violación de sus derechos.

Entre 2002 y 2012, se desarrolló un proceso de solución amistosa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, en 2018 esta Comisión, ante la ausencia de respuestas del Estado argentino, envió el caso a la Corte Interamericana. Finalmente, en 2019 se celebró la audiencia judicial en Costa Rica entre las partes. A 35 años de la demanda original, el Tribunal concluyó que el Estado argentino había violado una serie de derechos descritos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): el derecho de propiedad, los derechos políticos, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y la demora en la resolución de la causa judicial. A continuación abordaremos la construcción de la prueba que acabó con la condena del Estado argentino.

## **4. Año 1998 Presentación de la denuncia ante el Sistema Interamericano.**

### **Preparación de la demanda y elaboración de los argumentos de fondo**

#### **4.1. Informe socioambiental**

El reclamo de una única propiedad de tierra sin divisiones internas a nombre de un colectivo de comunidades requirió la búsqueda de información científica sobre diferentes aspectos mencionados en la denuncia como presuntas violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Sobre el territorio, los usos tradicionales de los recursos, el estado ambiental y afectaciones sociales derivadas de este, fue imperioso reconstruir el contexto histórico y sus eventuales efectos. Los hechos más recientes en la historia cultural de la zona aludían a la epidemia de cólera de 1992, al dengue, a las continuas inundaciones por desmoronamiento de las barrancas del río Pilcomayo y a la endémica enfermedad de Chagas. Si bien

---

<sup>4</sup> La sentencia fue notificada el 2 de abril de 2020, no obstante, los plazos fijados en la misma empezaron a correr a partir del 21 de mayo de 2020 (conf. el Acuerdo de Corte 2/20, 16-42022: <https://www.corteidh.or.cr/acuerdos.cfm>)



al momento de la elaboración de la denuncia se tenía información sobre estos hechos, en 2002 la Administración de Parques Nacionales elaboró a pedido de la *Lhaka Honhat* su “Informe sobre la situación de deterioro ambiental en los lotes 55 y 14”, donde se asienta el territorio indígena. Los biólogos Maranta y Carpinetti (2000, p. 127), autores del informe, decían en las conclusiones:

a) en la dimensión ambiental se aprecia la fuerte degradación provocada por la presión ejercida por los modelos de ganadería<sup>5</sup> y por la explotación forestal [...] d) la degradación ambiental ha sido muy profunda y aún hoy continúan funcionando los mismos procesos que la generaron [...] el agente principal de degradación es el sobre forrajeo resultante de la ganadería a campo abierto y secundariamente la extracción forestal irracional.

Otros efectos ambientales, mencionados en la denuncia se deben a la realización de obras de infraestructura del Estado argentino, entre ellas la construcción finalizada de un puente internacional entre Argentina y Paraguay y rutas provinciales.

#### 4.2. Dictamen antropológico

Para complementar el informe socio-ambiental, los representantes de *Lhaka Honhat* incorporaron un dictamen antropológico para dar cuenta de las relaciones entre las comunidades indígenas y el ambiente. Sobre la forma de vida de las comunidades, la organización colectiva en su relación con los usos tradicionales, los efectos que el estado socioambiental en la zona reclamada había provocado. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) incorporó a la denuncia el “Anexo 2. Los cazadores recolectores del Gran Chaco el ambiente y el uso de los recursos”:

no hay determinación ambiental en la vida sociocultural de un pueblo [...] si bien las condiciones del espacio geográfico en que se encuentra influyen en cuanto al tipo y cantidad de los recursos disponibles, su uso está siempre definido socialmente [...] Inciden en el uso, los conocimientos técnicos, los patrones de residencia, la división sexual del trabajo, los conceptos de propiedad, las reglas del intercambio y las nociones espirituales [...] el uso tradicional [se refiere] al mantenimiento de un conjunto de prácticas sociales que generan no solo la producción económica sino principalmente la reproducción de la sociedad como tal [...] [entre los pueblos del Gran Chaco] por ocupación tradicional también se

---

<sup>5</sup> El ganado fue introducido en 1902 por un contingente de familias no indígenas, que aún hoy permanecen en la zona.

entiende uso diversificado, complementario y recíproco de los productos que el ambiente ofrece [...] la alternancia en el uso del espacio y el aprovechamiento de los recursos [les permitió] conservar en gran medida una cuota más o menos estable de recursos hasta la introducción del ganado. [...] contra el uso tradicional de los recursos conspira la ocupación del mismo espacio geográfico por parte de grupos que no comparten su tecnología de manejo y prácticas sociales. De igual modo lo hacen los planes de urbanización o proyectos de desarrollo gubernamentales cuando se encaran sin respetar el espacio culturalmente definido [...] al modificarse el uso tradicional del espacio se modifican las relaciones entre los miembros de la sociedad indígena [...] con consecuencias devastadoras [...] la destrucción de la base material no significa el cambio de una dieta por otra, el uso tradicional se modifica y con ello se modifican las relaciones entre los miembros de la sociedad indígena.

#### 4.3. Territorio de uso tradicional de los recurso

En el Anexo 3 incorporado a la denuncia, se detalla el desplazamiento en el terreno de los hombres y mujeres de las comunidades para acceder a los recursos, en las diferentes estaciones del año.<sup>6</sup> El desplazamiento grafica correctamente la superposición de usos de los recursos por varias familias, sin distinción del pueblo al que pertenecen. La reciprocidad y la regla del compartir se han mantenido a lo largo de los años sin alteraciones más allá de las que surgen del principio de fisión-fusión que ordena el modo en que se resuelven los conflictos internos por cuestiones de desavenencia intra familiar (discusiones entre esposos, por ejemplo). Es decir, el traslado de una familia o parte de ella en un radio no mayor a los 500 mts. Desplazamientos que no implican alteración de los recorridos de caza y recolección, lo cual, no sucede en caso de rutas y otras obras de infraestructura proyectadas que:

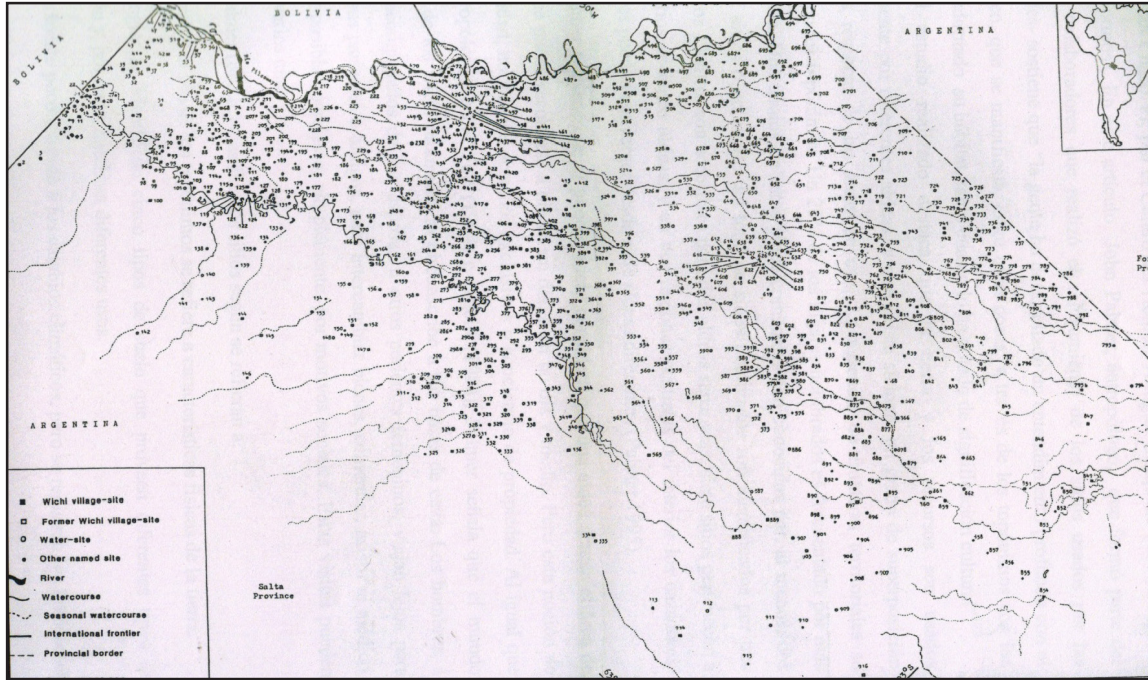
alterarán los ancestrales recorridos de casa, esto es, la marcación de accidentes naturales que sirven tradicionalmente para guiar al cazador en el terreno en pos de la obtención de alimentos y recursos [...] recorridos que son el producto de una enseñanza transmitida de generación en generación.<sup>7</sup>

Por los antecedentes citados, argumentados científicamente en la denuncia, queda demostrado que la práctica de uso tradicional de los recursos no es solo una estrategia al servicio de la supervivencia, sino que es también la fuente que sostiene la organización colectiva de estos pueblos centrada en valores sociales de igualitarismo en lo político y

<sup>6</sup> Áreas de recorrido de las comunidades Wichí, Chorote y Toba Lotes Fiscales 55 y 14 (Carrasco y Briones, 1996).

<sup>7</sup> Más adelante me referiré a la elaboración de un etnomapa histórico que define el territorio de uso tradicional.

Figura 1. Mapa étnico de Lhaka Honhat.



Fuente: Asociación de Comunidades Aborígenes *Lhaka Honhat* (Carrasco, 2009, pp. 258-259).

reciprocidad en lo económico, como lo prueban los mapas que grafican la superposición de los recorridos entre comunidades.

Es así que la alteración de las áreas de recorrido de los cazadores y recolectores en un área de territorio de uso tradicional degradado ambientalmente provocará alteraciones de fondo en la misma concepción de la forma de vida que tienen las comunidades que reclaman la propiedad bajo el amparo del derecho internacional y constitucional argentino de los pueblos indígenas.

#### 4.4. De los recorridos trazados a la representación histórica del arraigo socioterritorial

En 1991, junto a su pedido del título de propiedad de un territorio sin subdivisiones internas, las comunidades presentaron al gobierno de Salta un mapa del área de uso tradicional. El relevamiento se llevó a cabo en el terreno con un equipo integrado por los antropólogos Palmer y Wallis, Oliver, de la Cruz y el geólogo Aguilera. Durante tres meses recorrieron las comunidades con la intención de recuperar de la memoria histórica de los ancianos los nombres que dan a cada espacio físico dentro del área de ocupación. Más de mil nombres en idioma wichí detallan hechos, acontecimientos, historias.

El mapa (figura 1) es una demostración fehaciente de la historia étnica en la región; cada espacio es nombrado en idioma indígena como marca de acontecimientos vividos desde tiempos antiguos, lo cual acredita, sin lugar a dudas, el derecho de las comunidades a la posesión y propiedad señaladas en el derecho internacional y constitucional de la Argentina. Según Palmer, su autor, hablante del idioma wichí, el mapa contiene topónimos

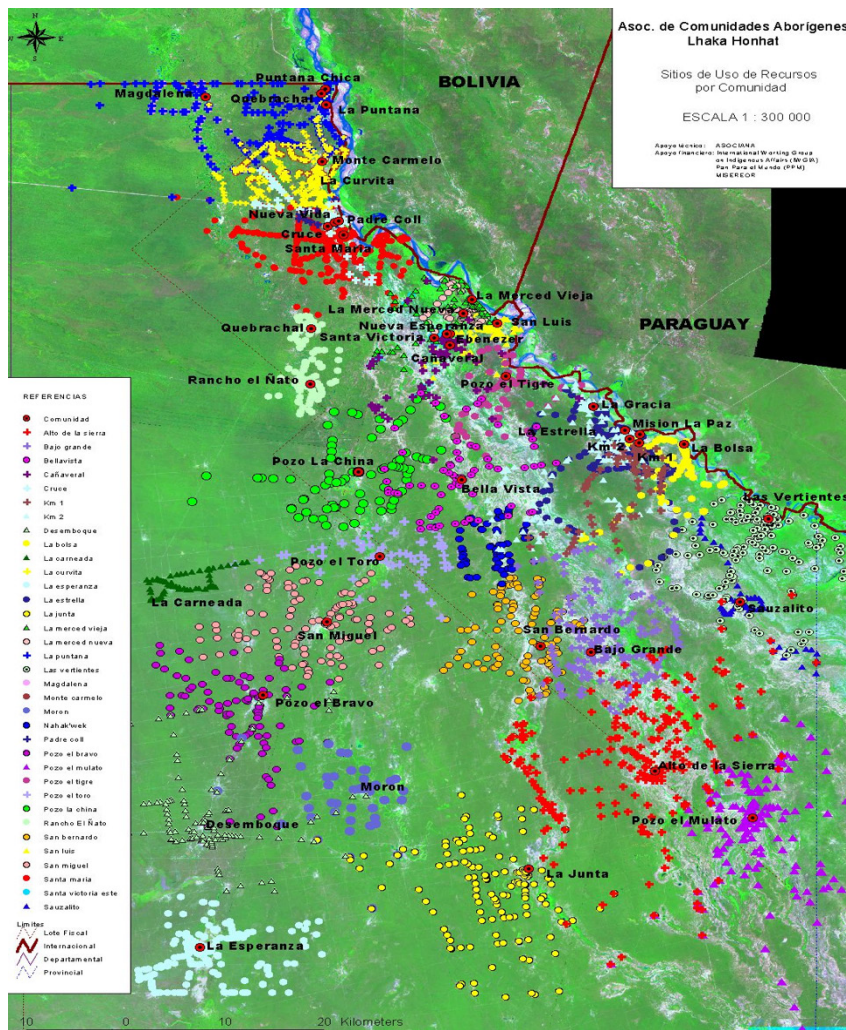
que aluden al tipo de suelo, hidrología, geología, clima, flora, fauna, y mucha información sociológica, desplazamiento de aldeas, referencias a personas, actividades de caza, recolección de frutos silvestres, miel, cultivo, vida, muerte, procreación, enfermedades, adversidades, contratiempos (pierna quebrada, persona quemada, niño caído en la laguna, caída de un árbol), presencia de fenómenos paranormales, monstruos, seres mitológicos. Hay nombres que atestiguan la muerte de personas de sed, muerte de frío en el camino. El baño del armadillo se refiere al sitio de agua donde una mujer wichí llamada quirquincho-armadillo (porque era calva) acostumbraba a bañarse. Muerte del sol: el sitio donde algunos wichí que estaban acampando en la noche durante una cacería, vieron un eclipse de sol “el sol se oscureció”. Palmer sostiene que se trata de “una historiografía objetiva, una crónica realista de la vida wichí en su lugar, y al mismo tiempo es una crónica de eventos. [...] un signo cultural [...] una ventana al entorno físico y también a la visión del mundo según la mirada propia” (Palmer, 1995, p. 48). En síntesis, para parafrasear al antropólogo, el mapa encierra un conocimiento geográfico y aún así es una expresión subjetiva, una ciencia natural impregnada de ideología cultural.

#### 4.5. La Representación judicial de *Lhaka Honhat* ante el Sistema Interamericano

Agotados los recursos judiciales internos la Asociación consultó con un organismo de larga trayectoria en la defensa de los derechos humanos en Argentina, el CELS, si podría ejercer su representación ante el Sistema Interamericano. Al considerar que no se trataba de una organización indigenista, la decisión de aceptar o no la representación motivó la visita a terreno de un abogado para informarse directamente de la situación. A diferencia de quienes en 1991 habían preparado el pedido al gobierno de Salta, el CELS no tenía otros referentes que les permitieran contextualizar los hechos y proveerles de información etnográfica sobre los pueblos indígenas. El organismo que había construido su perfil en torno a la defensa de los derechos humanos violados en la dictadura poco podría aportar al respecto. De modo que pusieron en práctica una estrategia de sucesivos viajes a terreno que junto con los intercambios con miembros de *Lhaka Honhat* en reuniones frecuentes les permitieron una comprensión directa de la problemática para la elaboración de la denuncia. En este período y más adelante también, la antropóloga que elaboró el dictamen y el grupo de colaboradores en el campo, la organización Acompañamiento Social de la Iglesia Anglicana del Norte Argentino (ASOCIANA) fueron colaboradores idóneos para el proceso dentro del SIA.

Fue así como el mapa de topónimos, prueba indiscutible del territorio ancestral de uso tradicional de los recursos que requería referencias geográficas, se llevó a cabo con la asistencia de otra disciplina idónea para la representación cartográfica. La ingeniera agrónoma Álvarez (ASOCIANA, Red Agroforestal de Chaco) se abocó a la realización de nuevos mapas que fueron conocidos por la CIDH en el 2000, cuando esta Comisión dio inicio al Proceso de Solución Amistosa. Uno de estos mapas exhibe los asentamientos de las comunidades en el área reclamada y los sitios de uso tradicional de los recursos de cada una. El

Figura 2. Sitios de recursos por comunidad. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat



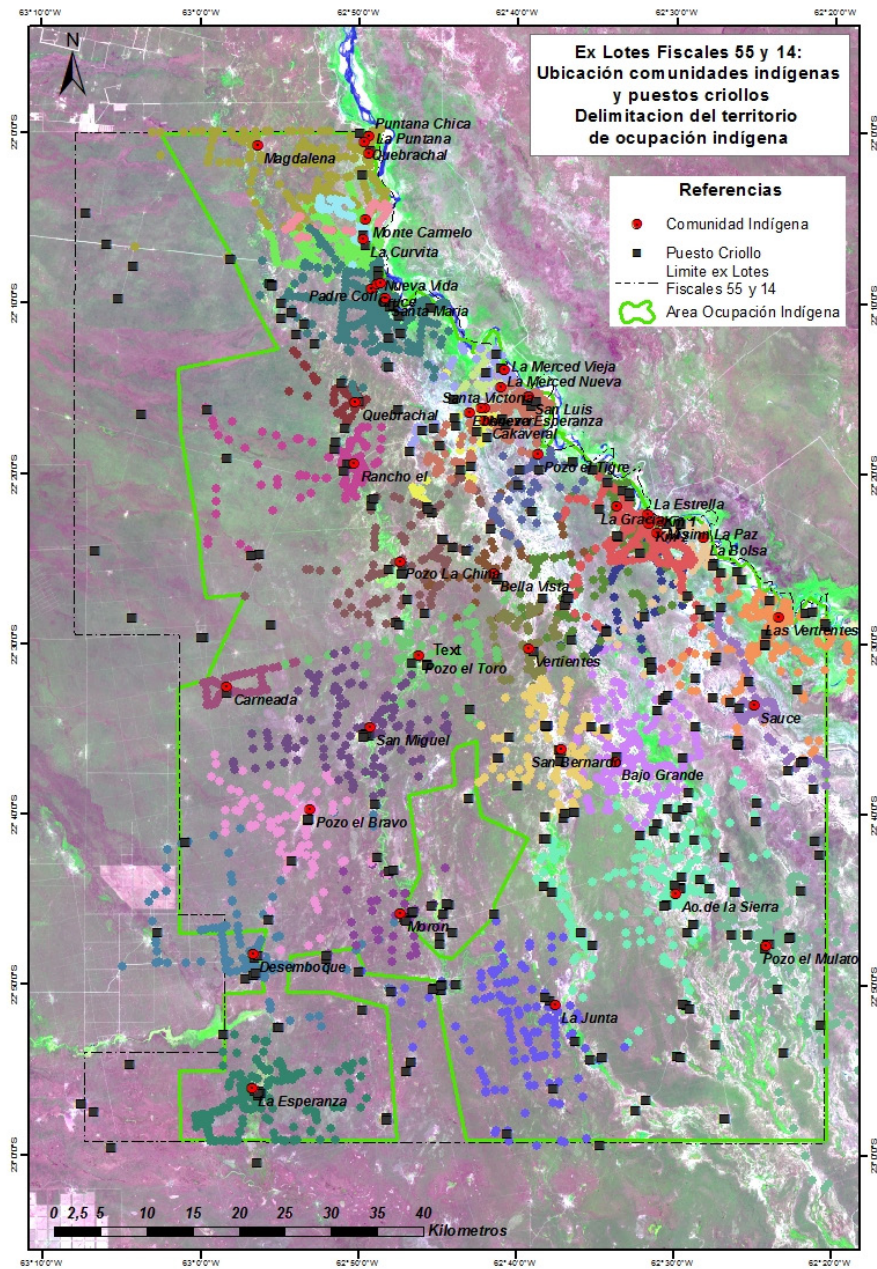
Fuente: Asociana

mapa de la figura 2 incluye, además de los asentamientos comunitarios, las ocupaciones de familias no indígenas (*criollos*) (Carrasco, 2014).

En los siguientes años que duró el procedimiento ante la Corte IDH la ingeniera Álvarez fue diagramando nuevos mapas para probar los cambios que se producían en el terreno de las negociaciones dentro del Proceso de Solución Amistosa en la CIDH y aún después durante la implementación de la sentencia (Carrasco, 2024).

La no presentación de los alegatos del Estado impulsó la creación en el proceso de solución amistosa de una Mesa Ampliada y un Equipo Técnico para el trabajo en terreno entre indígenas y ahora además con los criollos que también reclamaban tener derecho a la propiedad de sus parcelas en los lotes fiscales 55 y 14 dentro de los cuales se encuentra el territorio de uso tradicional de los recursos. Incluir en el espacio de negociación a los pobladores criollos facilitaría los diálogos de *Lhaka Honhat* con el gobierno provincial (Carrasco, 2009).

Figura 3. Ex lotes fiscales 55 y 14 - Ubicación de comunidades indígenas y puestos criollos



Fuente: Asociana

### 5. Admisibilidad de la denuncia. Apertura del Proceso de Solución Amistosa

El 21 de octubre de 2006, la CIDH examinó la petición de *Lhaka Honhat* y aprobó su informe de admisibilidad N° 78. A su vez, dio a las partes un plazo de dos meses para la presentación de sus respectivos alegatos. El informe es el paso preliminar para que la CIDH formule recomendaciones a los Estados para reparar la situación. Si estas recomendaciones no se aplican, la Comisión continúa con el siguiente paso: el traslado de los antecedentes a la Corte Interamericana para que analice los hechos y cite al Estado responsable de la violación de los derechos denunciados a una audiencia. La CIDH hace una primera evaluación

de la situación que no implica prejuzgamiento, pero que, sin dudas, es una etapa preliminar para una eventual condena al Estado. En 2007 *Lhaka Honhat* remitió sus alegatos y, como parte de su estrategia política publicó un Informe Especial para dar difusión del reclamo y el proceso seguido hasta ese momento en el SIA (Carrasco y Zimmerman, 2006).

Entre 2006 y 2012 se sucedieron numerosas reuniones entre las partes. La no presentación del Estado de sus alegatos reavivó la determinación de *Lhaka Honhat* de seguir adelante. En 2008 el coordinador viajó a la sede de la CIDH en Washington: reforzó la necesidad de contar con un espacio sin divisiones internas, bajo un único título para todas las comunidades. Además del territorio de ocupación tradicional entre el conjunto de evidencias presentadas el foco de las discusiones entre las partes era la representatividad de *Lhaka Honhat* como organización colectiva. Una vez más la antropología podía aportar su idoneidad profesional para acreditar el rol/estatus de la organización. No fue necesario en el proceso en curso ante la CIDH ahondar en descripciones sobre las relaciones sociales/económicas y políticas ante la CIDH, porque el saber científico había ya desplegado herramientas de investigación, para conocer aquellos componentes esenciales acerca de qué es una comunidad, una familia, un grupo residencial, una jefatura indígena y, fundamentalmente, qué situaciones socioambientales históricas y de otra índole provocarían daños en el colectivo. Más adelante me voy a referir a la identidad indígena y otros conceptos antropológicos presentes en la sentencia.

### 5.1. Evidencias socioculturales útiles para construir pruebas ante el SIA

Las metodologías antropológicas: investigación de campo (observación, entrevistas, participación en eventos comunitarios, interacción y coparticipación en eventos políticos etc.), el trabajo en gabinete (gráficos, mapas, genealogías de parentesco, revisión de teorías, etnografías, fuentes documentales, visuales, de audio, etc.) proveen información sustantiva para la construcción de los contextos histórico-sociales donde se producen los hechos sometidos a análisis judiciales. Sobre el vínculo estrecho entre antropología y derecho, gestado en la segunda mitad del siglo XIX, Krotz se pregunta ¿qué tenían en común los primeros especialistas en historia antigua, culturas populares y pueblos exóticos –los antropólogos– con los especialistas en derecho? Cuando el conocimiento de lo social dejó de pertenecer al campo de la especulación filosófica y se volvió finalmente “positivo” los especialistas en derecho eran quienes estaban familiarizados con los fenómenos sociales como tales –con la idea de sociedad como orden fundado en derechos y obligaciones, con la dinámica de los reclamos y del encauzamiento de intereses, con las instituciones sociales y la regulación de conflictos, entre otros–, cuando sus actividades no se reducían como hoy a la técnica legal, sino que abarcaban “mucho de lo que actualmente se trata en la ciencia política, la filosofía y la historiografía del derecho” (Krotz, 2002, pp. 14-15).

Desde el inicio del reclamo de la representación de *Lhaka Honhat*, se recibieron objeciones de parte del gobierno local. El cuestionamiento se dirigía a desconocer la asociación como una organización representativa del pensamiento de las comunidades; se usaban

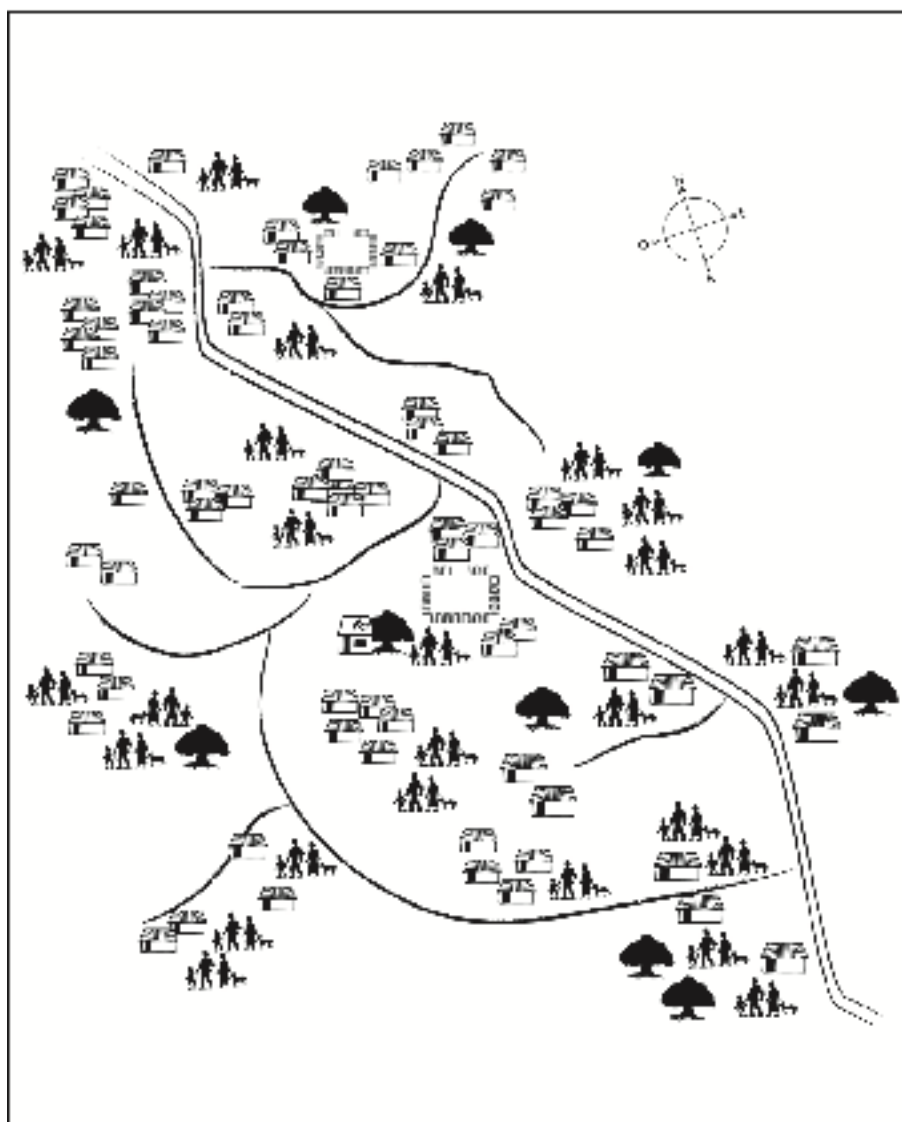


Figura 4. Plano de la comunidad Kano His.

Fuente: Carrasco, 2014, p.182

nociones falaces sobre qué es una comunidad, se desconocía la función política de los coordinadores, a la par que se intentaba quebrar la unidad a través del ofrecimiento de prebendas a algunas personas. Se buscó desacreditar la noción de territorio único, se puso en duda la identidad indígena por la existencia de escuelas y hospitales en la zona del territorio de uso tradicional, etc. Son numerosos los ejemplos disponibles en publicaciones científicas sobre el caso *Lhaka Honhat*. Una síntesis de algunas herramientas de uso frecuente en la antropología, se pueden visualizar en cualquiera de ellas.

Estos aportes antropológicos permiten sostener que la Asociación de Comunidades Aborígenes *Lhaka Honhat* es una organización integrada por miembros de diferentes pueblos indígenas unidos por lazos de parentesco y vecindad en forma de comunidades con asiento local, geográficamente referenciadas. El argumento que subyace y da sentido al pedido de un único título para todas las comunidades es esta mezcla de identidades étnicas originarias a través de uniones matrimoniales en un espacio físico compartido. Matrimonios entre personas de origen qom, gestadas a su vez por uniones entre qom e iyoguaja dan



origen a personas que se autoreconocen indistintamente como miembros del pueblo qom o iyoguaia, hablan una u otra lengua materna y pueden comunicarse uno u otro de los idiomas que se escuchan en las asambleas de *Lhaka Honhat*. Todos ellos comparten el modo en que usan tradicionalmente los recursos, los lugares de asentamiento y las reglas jurídicas de sus pueblos. La consanguinidad no es la marca que indica cómo deben comportarse las personas son las reglas surgen de la pertenencia histórica a un territorio de uso común lo que les otorga derechos y orientación cultural para saber cómo actuar.

## 5.2. Sobre las *identidades originarias*: saber antropológico, sentido común y derecho

La Antropología clásica mapeó a las sociedades diferentes a la propia de los estudiosos del siglo XIX según sus actividades vinculadas a la subsistencia y las clasificó dentro de una escala desde el estadio más bajo (primitivo) representado por la caza-recolección-pesca-horticultura incipiente a los siguientes (de complejidad media): pastoreo-cultivo y finalmente a aquellas de mayor complejidad las *altas culturas*, vistas en sí mismas. Esta versión decididamente evolucionista de la antropología clásica que percibía a los cazadores recolectores como sociedades arcaicas y precarias fue reemplazada por perspectivas que destacaron algunos de sus aspectos culturales distintivos (división sexual del trabajo, ausencia de propiedad privada, ausencia de liderazgos coercitivos, reciprocidad generalizada entre grupos residenciales y otros, etc.) Más adelante, alrededor de los años 60 del siglo pasado la antropología descartó la idea de que la identidad de un grupo se fundaba en la caracterización de sus rasgos distintivos (vista en sí misma). Fue Barth (1976) quien señaló que la identidad de los grupos étnicos, y en general de todas las identidades sociales se producen en la relación de interacción con quienes son diferentes al sí mismo, esto es: a partir de su confrontación con otros; quiere decir, entonces, que es el contacto y no el aislamiento lo que produce la diferencia cultural.

Desde entonces la antropología desplazó el foco puesto exclusivamente en los rasgos distintivos a la red de interacciones que los sujetos de un grupo mantienen con otros sujetos sociales. Sin embargo, la idea fundada en la mismidad sigue vigente, de modo que para el saber del sentido común si se pierde un rasgo distintivo se deja de tener cultura; si las personas no se comportan como supone el sentido común que deben comportarse, se pierde identidad. En suma, la concepción del indio encapsulada en un tiempo inmemorial, remoto, afuera de la historia de los contactos nos traslada a la idea de un algo esencial que debería mantenerse al margen de las interacciones sociales para seguir existiendo como tal. A pesar de que, como se dijo, desde los años 80 en los organismos internacionales (ONU, OIT) y en adelante se escuchó la voz indígena junto a expertos en derecho y antropología que trabajaban en la elaboración de una nueva perspectiva, la de los derechos especiales. Fue que se dio forma jurídica a la identidad indígena y se consagró el derecho de los indígenas a ser reconocidos como pueblos en el derecho internacional.

No obstante algunos estereotipos o nociones, en parte exotizantes, discriminatorias o idealizadas persisten en nuestros días. En 1972, antes de que se comenzara a hablar de las

teorías decoloniales, el antropólogo Batalla (1992) sostuvo que indio es una categoría social explicativa. Explica un tipo de relación, la relación, colonial de dominador-dominado, en donde el indio es el sometido, el dominado. En este juego de relaciones desiguales otros autores también aluden a la idea de categoría explicativa de Batalla. Ramos (1992) habla del indio hiperreal para referirse a aquel que debe representarse a sí mismo del modo que conviene a los organismos de cooperación internacional. Hale (2004) alude al indio permitido, para referirse a aquel que solo puede hacer determinados reclamos y no aquellos que más convienen a sus intereses; Ulloa (2004) se refiere al nativo ecológico, el que se comporta como la imagen contraria de lo que somos los consumistas, capitalistas, destructores de la naturaleza.

### 5.3. Cazadores-recolectores-pescadores: entre la identidad y la historia

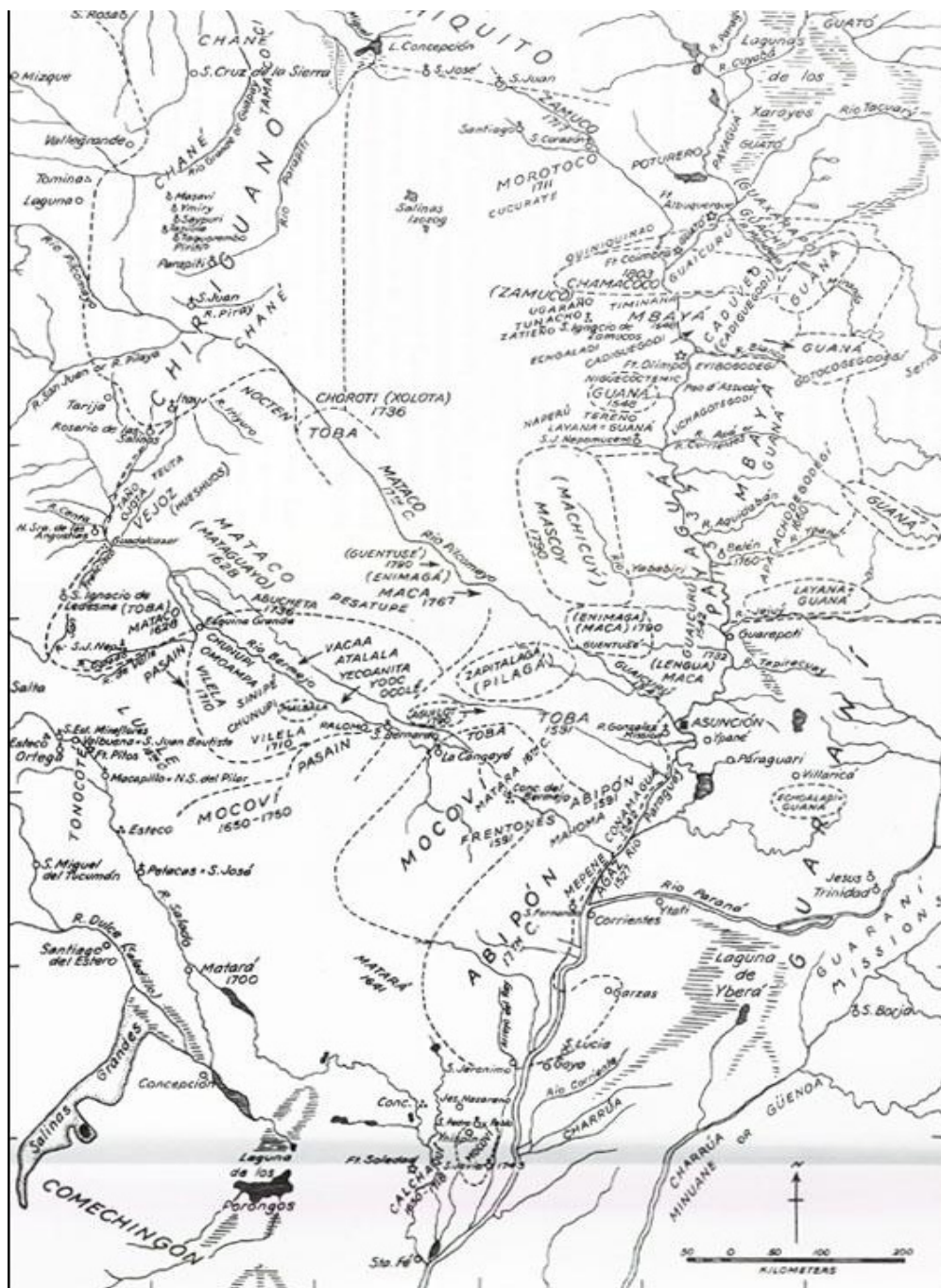
Ahora bien, si trasladamos estas concepciones al derecho, o al estrado donde quien habla es la justicia del Estado, es posible advertir los efectos que se producen cuando los indígenas se animan a presentar demandas sobre la situación en que se encuentran y hablan en voz propia.

El proceso de solución amistosa del caso *Lhaka Honhat* había concluido. La CIDH, contaba ya con herramientas suficientes para entender en el caso: informes de los expertos, mapeos participativos, sus viajes a terreno. Los miembros de la Comisión accedieron así, a la voz en primera persona de los afectados y revelaron el modo cómo vivían, cuáles eran sus proyectos, etc. Todo ello contribuía a la decisión de trasladar el caso a la Corte para que esta pudiera dictaminar sobre la violación de los derechos alegados. En 2019 en la sede de Costa Rica se realizó la audiencia entre las partes (estado nacional, gobierno de Salta, coordinadores de *Lhaka Honhat* y su representante legal) para producir sentencia luego de escuchar a todos. No hay duda de que los jueces presentes en la sala estaban conscientes de la marcha del litigio y sus particularidades, disponían para ello de información científica verificada por especialistas y el relato de los comisionados que visitaron la zona: un colectivo de cinco pueblos indígenas, un conjunto de familias criollas ocupantes de parte del territorio de uso tradicional de los recursos; el deterioro medio ambiental, la afectación que este provoca a la vida, la salud y el desenvolvimiento de la cultura indígena según sus principios culturales; el estado de pobreza y desnutrición que pudieron observar en forma directa y de lo cual dieron testimonio los propios miembros de la CIDH. Los derechos violados y los argumentos científicos no ofrecían duda alguna.

Tampoco merecía duda la permanencia de las comunidades desde tiempos remotos en un territorio de uso tradicional compartido con otros pueblos indígenas. En 1946 el antropólogo Metraux publicó en su libro *Etnografía del Chaco*, un mapa (figura 5) con los asentamientos indígenas en la región del Chaco a la llegada de los conquistadores europeos en el siglo XVI. Más de veinte pueblos con idiomas propios se asentaban y usaban los recursos naturales disponibles en un área extensa, dentro de la cual podemos ubicar a los hoy integrantes de *Lhaka Honhat*.

En suma, en contradicción con la noción esencialista de la identidad étnica cifrada en el aislamiento del sí mismo, la identidad de un pueblo indígena es la historia de ese pueblo en su

Figura 5. Mapa de pueblos del Gran Chaco antes de la llegada de los europeos.



Fuente: Metraux (1996), pp. 24-25. En: Carrasco, 2014, p. 108.

entorno físico y social con la serie de contactos habidos con *otros*. Tal enfoque sobre la identidad indígena brinda, también, pruebas contundentes para el análisis de las condiciones ambientales en que se desarrolla la vida de los cazadores-recolectores-pescadores del antes y el ahora.

En este marco la perspectiva histórica aportada por la información antropológica y biológica, permitió a la CIDH confirmar los hechos denunciados, analizar el fondo derivado del colapso ambiental, identificar víctimas, sus demandas y el estado de necesidad en que se encontraban que hacían imperioso proceder con urgencia para garantizar las

actividades económicas necesarias para su alimentación, salud y protección en su “forma de vida socio-cultural”, señalada en la sentencia.

En el análisis del fondo la CIDH consideró necesario profundizar el conocimiento sobre las relaciones entre las comunidades y sus vecinos no indígenas. Durante el proceso de solución amistosa *Lhaka Honhat* y las familias criollas habían iniciado un diálogo para abordar de común acuerdo las áreas a delimitar, demarcar y titular a ambos. Aún cuando las CIDH en sus visitas al territorio y en reuniones tuvo oportunidad de constatar los hechos denunciados, y la Corte, a su vez escuchó a los referentes de la Asociación en la audiencia, ésta última resolvió solicitar nuevos informes periciales de expertos en antropología y derecho para resolver el caso.

#### 5.4. Pericias ante la Corte: la organización sociocultural de las comunidades, la colonización histórica y actual, la degradación ambiental, el diálogo con los *campesinos no indígenas*<sup>8</sup>

El 8 de febrero de 2019 en la ciudad de Salta la antropóloga Buliubasich ratificó su informe ante escribano público. En éste hace una historia detallada de la ocupación ancestral de los grupos *chaquenses*, como denominaba la antropología a los pueblos matakó (wichí) y toba (*qom*) en los años 60 del siglo pasado; describe las sucesivas transformaciones sociales y económicas en el área debido a la colonización de las tierras y aún después con la formación del Estado argentino. Los efectos que ello produjo especialmente en las formas de uso tradicional de los recursos. Provee una crónica detallada sobre las relaciones entre las comunidades y los pobladores criollos desde su arribo a la zona a principios del siglo XX y en adelante. Advierte el surgimiento posterior de conflictos derivados del solapamiento de formas económicas antagónicas entre ambos que provocaron, pérdida de recursos, y dificultad de desplazamientos de las comunidades para aprovechar los recursos que comenzaban a escasear. Analiza y comenta la metodología empleada durante el proceso de regularización de tierras encarado por el Estado provincial con la descripción de las intervenciones y aportes realizados por la *Lhaka Honhat* y la interacción con numerosos actores de la sociedad civil (ONG, asesores técnicos, y un informe publicado por la Universidad Nacional de Salta, entre otros). Por su parte el gobierno de Salta buscó siempre incluir en la distribución de tierras a las familias criollas caracterizadas como “pobladores rurales vulnerables”. Incluso la perito se refiere a ellos como “grupo empobrecido”.

<sup>8</sup> Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/73/165, aprobada el 17 de diciembre de 2018. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales*. El artículo 1 define al individuo campesino como “toda persona que se dedique o pretenda dedicarse, ya sea de manera individual o en asociación”.

Luego de sus observaciones en el terreno, el empleo de herramientas etnográficas, la realización de entrevistas en profundidad, la consulta de fuentes bibliográficas y estudios especializados en ambiente la perito concluye:

Las propuestas [del gobierno] nos acercan a la naturaleza del conflicto: por las características socio-culturales y tecno-económicas de las poblaciones de la zona, que se traducen en un uso diferente del ambiente para la subsistencia al señalar los procesos de degradación del medio natural como consecuencia de las formas de explotación ganadera y forestal y sus consecuencias económicas y sociales. Las relaciones interétnicas entre criollos y aborígenes en el marco del conflicto por la tierra, ponen en la superficie no sólo el hecho “empírico” y “objetivo” de la incompatibilidad entre ganadería y actividades tradicionales indígenas, sino también, la asimetría de las relaciones diferentes que ambos grupos humanos desarrollaron con el Estado. La erosión ambiental es progresiva [...] cada uno de los grupos requiere cada vez de más territorio, conduciendo a una exclusión competitiva más intensa, donde la agresión no puede descartarse. La primera víctima es el aborígen, quien privado de los recursos alimenticios del monte no podrá sobrevivir. Tampoco tiene posibilidades de migración, [...] la pérdida de los recursos que configuran el medio de vida del aborígen no se traduce [...] en un tránsito a la ciudad. El destino es simplemente el hambre con sus etapas de desnutrición, enfermedades y muerte [...] La segunda víctima es el campesino criollo quien ya se encuentra empobrecido, y que verá caer su stock ganadero hasta límites de infraconsumo. El ambiente es la tercera víctima, al transformarse el monte en desierto [...].

La importancia del ambiente es también aludida en el informe pericial de la antropóloga Norma Naharro presentado a la Corte. Entre otros puntos periciales solicitados, la Corte incluyó la forma de vida tradicional de los indígenas, el tipo de relación con el territorio, la vinculación de ello con su supervivencia cultura, social y física, los efectos que tendrían los cercos, alambrados, cerramientos, la presencia de animales y ganado, tala ilegal de madera, la situación de salud, alimentación, educación intercultural, acceso al agua potable en sus comunidades, entre otros. En su informe la perito Naharro, sostuvo lo siguiente:

La centralidad que [...] tiene la movilidad hace que su sistema de vida sea una buena adaptación a un medio rico pero vulnerable [...] la circulación por el territorio se convierte en imprescindible a fin de garantizar la obtención de recursos para la subsistencia. Tradicionalmente estas comunidades tenían recorridos anuales y diarios. Los recorridos anuales [...] implicaban una movilización de toda la familia hacia otro sitio de asentamiento [...] en la actualidad han perdido vigencia por el

proceso de sedentarización relacionado a los servicios de agua, escuela, etc. Esta movilidad es fundamental para mantener la vigencia de la identidad y la cultura indígena [...] hay una superposición de áreas de uso por partes de las distintas comunidades [...]. Esta, es una de las razones por las que se considera fundamental contar con un título único ya que la parcelación espacial y la titularización por comunidad, implicaría desconocer los usos tradicionales del territorio e interferiría en las prácticas de importantes actividades de subsistencia. Esta forma que tienen las comunidades indígenas de circular por el territorio y aprovechar los bienes comunes, se ha visto perjudicada en varios aspectos por la introducción de la ganadería.

La pericia abunda en referencias de especialistas de otras disciplinas, para demostrar la afectación del ambiente por sobrepastoreo del ganado vacuno, incluso con la prueba de la pérdida de fauna silvestre, y desaparición de árboles y arbustos forrajeros que también consumen el ganado.

Un punto pericial desarrollado en extenso por la perito es el referido a los daños que la destrucción del ambiente y las consecuencias que la falta de acceso a recursos alimenticios ha tenido para la salud y el no acceso a agua potable. Y, en último grado, el modo como estas afectaciones generan nuevas necesidades que no pueden ser satisfechas, lo que impide la supervivencia ya no solo física, sino cultural de las comunidades. Por ejemplo, en referencia a la tala ilegal del monte, señala que los indígenas sin poder alimentarse de los recursos naturales, aún en contradicción con la defensa que hacen de los recursos, se ven obligados a trabajar para no indígenas en el corte de árboles, en donde la más de las veces reciben bebidas alcohólicas como paga. Otra consecuencia de la falta de recursos de monte es el cambio de la dieta por alimentos industriales que contienen excesos de sodio, sal, y azúcares, lo que provoca desnutrición en los niños y enfermedades en los adultos.

De la lectura de las pericias relevadas surge claramente la intención de los jueces, de tener a disposición información empírica contextualizada históricamente a fin de contar con argumentos que puedan constituirse en elementos de prueba a ventilar/discutir/presentar en la audiencia de juicio donde se tomará la decisión acerca de la sentencia a producir.

En síntesis, durante los años en que se tramitó el caso hasta la sentencia: se solicitaron varios informes: 1) Para la presentación de la denuncia al SIA se presentó un dictamen antropológico. 2) Entre ésta y la admisión de la denuncia se incluyeron a) Informe ambiental, b) Mapa de sitios de ocupación tradicional. 3) En la etapa de análisis del Informe de Fondo se presentó un mapa georeferenciado. 4) En la Corte se presentaron dos informes periciales de antropología, un abogado y una abogada especialista en derecho internacional.

## 6. Sobre el final, algunos comentarios y reflexiones

El título elegido para este artículo “el detrás de escena” no pretende sugerir que hay algo que el SIA oculta a la mirada de los que no son parte de los hechos, más bien lo que pretendo es hacer visible el trabajo que demandó la preparación de la denuncia, el procedimiento seguido desde entonces hasta su culminación en la sentencia. Y, de ahora en más, el nuevo escenario que se abre para supervisar el cumplimiento de esta. A diferencia de la observación directa de Morgan en 1850, en el caso *Lhaka Honhat* se trató, de la concurrencia de varias disciplinas de conocimiento especializado que pudieran argumentar científicamente cada uno de los hechos expuestos en el escrito para ser analizados. Cunin sostiene que en la construcción del derecho internacional de los pueblos indígenas, jueces y juristas le asignan un papel destacado a la antropología. Mientras los peritos abogados se enfocan en el derecho mismo, la jurisprudencia, la antropología provee los elementos empíricos para comprender dónde o cómo se construyen ciertas normas (Cunning, 2024).

La Corte solicitó dos pericias jurídicas: 1) al abogado Sola se le requirió informar: a) el sistema normativo en Argentina y la provincia de Salta en materia de derechos de los pueblos indígenas; b) la existencia de procedimientos en la provincia de Salta y en Argentina que tengan por objeto recibir pretensiones territoriales de pueblos indígenas y luego proceder conforme los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para garantizar el goce de su derecho de propiedad; c) en su caso, las consecuencias de la inexistencia de los procedimientos referidos en el literal anterior; d) la existencia de instancias de asesoramiento y acompañamiento a pueblos y comunidades indígenas en la realización de sus trámites y presentaciones, y e) las dificultades de pueblos y comunidades indígenas para gestionar y realizar trámites vinculados a la defensa de sus derechos territoriales y sus formas tradicionales de organización.

A la abogada Yañez Fuenzalida se le requirió desarrollar su informe sobre los puntos:

Estándares internacionales en materia de propiedad, derecho a la participación y acceso a la información de los pueblos indígenas, en aspectos tales como las obligaciones de reconocimiento formal y titulación, las obligaciones para hacer efectivo el uso y goce de las tierras y territorios reconocidos, incluyendo cuando pueden estar involucrados intereses de terceros, los requisitos que deben ser cumplidos en cuanto a proyectos que puedan impactar las tierras, territorios y recursos naturales, y las obligaciones de prevención de la tala y deforestación en los mismos. La perita deberá referirse a los aspectos anteriores considerando específicamente las particularidades que pudieran existir respecto a pueblos indígenas nómades. Y pautas relevantes en la resolución de conflictos entre derechos de los pueblos indígenas y derechos de población campesina respecto de la tierra o el territorio. La perita podrá referirse al modo en que los estándares que refiera puedan resultar aplicables en el presente caso.

No ha sido objeto de este artículo abordar los temas que competen a los especialistas en derecho. Sin embargo quiero referirme al enfoque que la Corte IDH desarrolló en este caso al incorporar a la población no indígena como otros afectados por la falta de resolución de la situación descripta por las peritos antropólogas. Si bien los criollos no son parte del proceso, fueron invitados a participar de los encuentros entre CIDH-*Lhaka Honhat* y Estado argentino; incluso durante la visita de los comisionados al territorio tomaron contacto con ellos y las ONG's Asociana y Fundapaz. Esto condujo a dar solidez a la propuesta que el gobierno provincial había hecho desde por lo menos 1991 cuando dictó el decreto de distribución de tierras en los lotes fiscales 55 y 14. Y habilitó la metodología de diálogo interétnico entre los pobladores, sus asesores, sus representantes y el Estado, argentino y salteño. Lo novedoso desde el ingreso al caso de los segundos afectados es la mención de ellos como "campesinos" mencionados en los peritajes de las antropólogas, encuadrados bajo el derecho internacional por la citada Resolución 73/165 ONU. Hoy, transcurridos cuatro años desde la sentencia, las partes se reúnen con los campesinos en una Mesa de Gestión con representantes del gobierno de Salta y hasta diciembre 2023 con el estado nacional<sup>9</sup> donde se discute el avance de las tareas de delimitación y demarcación del territorio de uso tradicional y los acuerdos que se consiguen entre las comunidades y los campesinos a ser localizados.

En el artículo se buscó describir el paso a paso del procedimiento seguido en cada etapa del proceso: preparación de la denuncia, el área donde se encuentra el territorio reclamado, estado ambiental, pobladores, organización indígena, su forma de vida en el pasado y en el presente. Cómo se fueron haciendo las diferentes etapas, a quiénes se recurrió para fundamentar lo que se pretendía: la concurrencia de expertos, en diferentes materias que servirían para clarificar/comunicar de manera científica cada parte aludida en la denuncia. Muchas personas y organizaciones de acompañamiento a los indígenas tuvieron un rol central en la preparación del reclamo y en el seguimiento de los pasos, en la CIDH y después en la Corte. Me refiero a Asociana, Red Agroforestal de Chaco y aliadas como Fundapaz. La Ong's CELS, y CEJIL tuvieron y tienen aún un rol determinante, no solo en términos de la experiencia en el litigio estratégico sino además en el conocimiento de las reglas de procedimiento, de las normas para redactar las demandas, de la mejor manera en que deben presentarse las víctimas, pero también del conocimiento que las mismas tienen de los abogados y abogadas de la CIDH y la Corte, de los tipos de preguntas y de los intereses de los jueces y juezas.

Por su parte, la antropología, con sus conceptos, métodos y enfoques característicos se constituyó como herramienta indispensable para ampliar el marco de conocimiento e

---

<sup>9</sup> Hasta diciembre de 2023, el Estado nacional era parte de la mesa de gestión, el cambio de gobierno puso en suspenso su participación.



interpretación de los jueces. A partir de elementos característicos de la disciplina, teorías, enfoques, conceptos, los antropólogos y antropólogas intervinientes en todas las etapas pusieron a disposición la información empírica para demostrar que la no resolución de este caso constituye un daño cultural a la identidad de las comunidades de *LhakaHonhat*. Conviene, sin embargo, llamar la atención, una vez más, que la identidad y la cultura indígena no son esencias. Por el contrario, cambian, se adaptan a diferentes contextos, se refuerzan, se retroalimentan en una serie de principios filosóficos, éticos, espirituales que se reformulan ante los cambios sociales, políticos, económicos la mayoría de las veces para seguir orientando la vida de sus integrantes. Lentamente, a medida que la antropología fue modificando su perspectiva sobre la identidad de los pueblos indígenas también los Estados se han visto obligados a modificar el modo de entender y atender las demandas indígenas, por ende, han aceptado el paraguas del derecho internacional. Del indigenismo integracionista propuesto en Pátzcuaro como política de articulación social se fue reconociendo ya no solo la diversidad indígena sino también la necesidad de implementar políticas públicas específicas que tienen como foco la diferencia cultural, pasando a reemplazar la política fundada en la cultura homogénea a una asentada en el multiculturalismo y el derecho internacional.

Como se puede observar por el análisis del caso *Lhaka Honhat* la Corte IDH demuestra estar abierta a la perspectiva multiculturalista. En cada etapa tuvo a disposición información histórica, sociológica, antropológica, ambiental que le permitiera analizar el fondo de la denuncia presentada, evitando hacer uso de definiciones reificadas de la cultura, como las que circulan en el sentido común cuando se confunde la tradición con aquello que está fuera del mudo contemporáneo.

No es extraño entonces que en la audiencia uno de los jueces de la Corte IDH le preguntara al coordinador de *Lhaka Honhat*:<sup>10</sup>

—¿Ustedes son nómades? ¿Ustedes tienen una forma de vida nómada?¿Podría, comentarnos, qué es lo que se entiende o deberíamos entender por un modo de vida nomade? [...] qué significa eso?

—R: Esto significa que [...] cuando yo, me instalo en esa parte con mi comunidad, usamos esta parte. Después, cuando no hay muchos recursos, nos levantamos y hacemos la comunidad en otro lado. Eso es lo que entiendo que es la vida nómade. Pero no es como antes. Nosotros lo hacíamos cada año. Hoy no. Nosotros nos quedamos ahí nomás, fijos. Cuando viene inundación, nos cambiamos, pero si no, no. (edición propia)

<sup>10</sup> La palabra *nómade* aparece en los puntos periciales solicitados a la perito abogada Yañez Fuenzalida.

El siguiente paso luego de la audiencia era dictar sentencia. Una materia que compete a los expertos en derecho. Había que unir los hechos descriptos por varias disciplinas y asesores/acompañantes de los indígenas en su denuncia con las normas vigentes en el marco de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Abogados y abogadas que acompañan a los jueces de la Corte se abocaron a la tarea de unir las piezas de este caso tramitado en el SIA entre 1998 año de la presentación hasta la sentencia en 2020. De los resultados de esta sucesión de pasos queda un aprendizaje y resultados condensados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para entender en futuros casos, tal es el valor del desarrollo evolutivo de las normas internacionales en materia de derechos humanos.

### Bibliografía

- Barth, F. (1976). *Los grupos étnicos y sus fronteras*. Fondo de Cultura Económica.
- Bonfil Batalla, G. (1972). El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. *Anales de Antropología*, 9, 105-124.
- Buliubasich, C. y Rodríguez, H. (2009). Panorama etnográfico, histórico y ambiental. En *Los pueblos indígenas de Salta. La posesión y el dominio de sus tierras*, 21-34. CEPHIA (Centro Promocional de las Investigaciones en Historia y Antropología).
- Buliubasich, C. y Rodríguez, H. (1994). Degradación ambiental y conflicto étnico en el sector nor-oriental del Chaco salteño. *Andes*, 6, 360-389.
- Carrasco, M. (2024). Caso Lhaka Honhat: a cuatro años de la sentencia de la Corte IDH. *Debates Indígenas*, 52. <https://debatesindigenas.org/2024/08/01/caso-lhaka-honhat-vs-estado-argentino-a-cuatro-anos-de-la-sentencia-de-la-corte-interamericana/>
- Carrasco, M. (2014). *Derecho a la identidad, organización comunitaria y territorio indígena. Estudio de caso: Lhaka Honhat c/Estado argentino*. Thomson Reuters, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Carrasco, M. (2009). *Tierras duras: historias, organización y lucha por el territorio en el Chaco argentino*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas).
- Carrasco, M. (2007). Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Argentina: una lectura etnográfica de la audiencia en la Corte interamericana de derechos Humanos. En Faundes, J.J. y Ramírez S. *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina*. Universidad Autónoma de Chile, 317-343. [https://repositorio.uautonoma.cl/bitstream/handle/20.500.12728/7894/derecho%20a%20la%20identidad%20cultural\\_%20jjfaundes\\_digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uautonoma.cl/bitstream/handle/20.500.12728/7894/derecho%20a%20la%20identidad%20cultural_%20jjfaundes_digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Carrasco, M. (2006). Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso 12094 Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Estado argentino, Alegatos Finales. Informe de Admisibilidad No. 78. Peritaje. <https://cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Argentina12094sp.htm>

- Carrasco, M. y Briones, C. (1996). *La tierra que nos quitaron. Reclamos indígenas en Argentina*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas). <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/317-libros/2883-la-tierra-que-nos-quitaron.html>
- Carrasco, M. y Zimerman, S. (2006). *Lhaka Honhat a siete años de la denuncia ante la CIDH*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas).
- Cunin, E. (en prensa). *El indígena de la Corte. Ficción jurídica y mentira antropológica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial de la Universidad de Costa Rica, colección Cultura e identidad. <https://shs.hal.science/halshs-04561755>
- Hale, C. (2004). Rethinking Indigenous Politics in the Era of the “Indio Permitido”. *NACLA, Report of the Americas*, 38(2), 16-21.
- Krotz, E. (2002). *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Anthropos Editorial.
- Leake, A. (coord). (2008). *Los Pueblos Indígenas Cazadores-Recolectores del Chaco Salteño. Población, Economía y Tierras*. Asociana, INAI, UNSA, Ministerio de Desarrollo Social.
- Maranta, A, y Carpinetti, B. (2000). *Deterioro ambiental en los lotes fiscales 55 y 14 del Chaco salteño*. Administración de Parques Nacionales, Dirección Nacional de Conservación de Áreas Protegidas.
- Metraux, A. (1963). Ethnography of the Chaco. En Steward, J. (ed): *Handbook of South American Indians*. Cooper Square Publishers.
- Palmer, J. (1995). Wichi toponymy. *Hacia una nueva carta étnica del Gran Chaco*. Centro del Hombre Antiguo Chaqueño, 3-63.
- Ramos, A. (1992). The hiper-real indian. *Serie Antropología, Brasilia*, 135.
- Rodríguez, H. y Buliubasich, C. (1994). Reseña de una propuesta destinada a la Comisión Honoraria Provincial para la regularización jurídica del Lote Fiscal 55, En la Provincia de Salta. *Cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano*. Ministerio de Cultura y Educación, 15.
- Ulloa, A. (2004). *La construcción del nativo ecológico*. ICANH- Colciencias.

# La criminología es en tu alma. Spinetta, la ciudad y los vestigios del castigo<sup>1</sup>

Ezequiel Kostenwein<sup>2</sup>

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET),  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

RECIBIDO: 15 de agosto de 2024

ACEPTADO: 27 de septiembre de 2024

## Resumen

Este trabajo busca reflexionar sobre la criminología desde una perspectiva diferente a las tradicionales, para lo cual recuperaremos la obra de Luís Alberto Spinetta. Al tomar distancia de la imagen canónica sobre el delito y el castigo, intentaremos conectar con pensadores como Michel Foucault y Franz Kafka, quienes no proceden de escuelas o corrientes criminológicas dominantes. Como resultado, ofreceremos un enfoque novedoso respecto de tópicos como el alma, la ciudad, la estupidez o el enemigo.

PALABRAS CLAVE: Spinetta; Foucault; Kafka.

## Abstract: “Criminology in your soul. Spinetta, the city and the vestiges of punishment”

This work seeks to reflect on criminology from a different perspective than the traditional ones, for which we will recover the work of Luís Alberto Spinetta. In contrast to the canonical image of crime and punishment, we will try to connect with thinkers such as Michel Foucault and Franz Kafka, who do not come from dominant criminological schools. As a result, we will offer a novel approach to topics such as the soul, the city, stupidity and the enemy.

KEYWORDS: Spinetta; Foucault; Kafka.

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una versión revisada y aumentada de un ensayo previo titulado: En riesgo belicoso. Spinetta, la estupidez y el enemigo, <https://www.revistaaji.com/spinetta-la-estupidez-y-el-enemigo-ezequiel-kostenwein/>.

<sup>2</sup> Abogado (UNLP), magister en Criminología (UNL) y doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y coordinador del Área de Sociología de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Autor de *Cómo se construye un judicial. Trayectorias, compromisos y controversias en el mundo del derecho* (ediciones Didot, 2024); y de otros tantos libros sobre temas de sociología de la justicia penal. ezequielkostenwein@gmail.com.

En el fondo del dolor no hay placer, sino un terrible dolor  
Antonín Artaud

La vejez (tal es el nombre que los otros le dan)  
puede ser el tiempo de nuestra dicha  
El animal ha muerto o casi ha muerto  
Quedan el hombre y su alma  
Jorge Luis Borges

## 1. Introducción

La presente propuesta tiene la intención de brindar un enfoque alternativo a las miradas convencionales acerca de la criminología. Estas últimas suelen dar por sentado la existencia de un saber acumulado que otras personas, al menos en parte, ya pensaron previamente por nosotros. Franz Kafka, uno de los autores a los que recurriremos, escribió en sus célebres diarios: “Me alimenté espiritualmente de un aserrín que, para colmo, millares de bocas ya habían masticado para mí” (2015, p. 328).

El argumento que sostiene el escritor checo nos resulta muy conveniente si tenemos en cuenta la imagen canónica de la criminología que proyectan expertos e ilustrados, la cual se define por un apego rígido a una pretendida coherencia interna del saber acerca del delito y el castigo, o lo que es lo mismo, que piensa a la historia de ambos fenómenos como totalidad, cuyo proceso avanzaría progresivamente, incluso al perseguir una finalidad.

Es frente a la imagen canónica aludida que intentaremos pararnos y desafiarla: en concreto, a partir de la obra de Luís Alberto Spinetta buscaremos conectar con pensadores que no proceden de escuelas o corrientes criminológicas dominantes, sino que ofrecen una coloración novedosa respecto de tópicos como el alma, la ciudad, la estupidez o el enemigo.

Como consecuencia, arriesgaremos por una iniciativa en la que prosperen derrames que no puedan subsumirse al corpus criminológico tal cual se lo diseña en los manuales y textos consagrados. También lo haremos, porque intuimos que el mencionado saber sobre el delito y el castigo es un espacio definido por el cruce entre muchas esferas donde la cuestión criminal conseguiría no depender necesariamente de ningún modelo al cual conformarse. En definitiva, lo que llevaremos adelante en las próximas secciones es un conjunto de desplazamientos que ofrezcan contemplaciones criminológicas carentes de distribuciones redundantes, y que por eso mismo prioricen la experimentación sin la obligación de ajustarse íntegramente a esquemas preestablecidos sobre la temática. Junto a Spinetta, nos ilusiona lograrlo.

## 2. Un acercamiento criminológico a la imagen del alma

Al inicio de su libro *Historia del diablo*, Daniel Defoe sostuvo que a las personas se las ha convencido de “tantas cosas espantosas del Diablo, se han forjado de él ideas tan horribles, figuras tan monstruosas, que serían capaces de asustarle, si él se encontrase en la oscuridad” (2017, p. 4). Aunque no está vinculada a cosas aterradoras como en el caso de Satanás,

algo similar parece haber ocurrido con el alma. Esta última, de hecho, ha sido terreno de variadas reflexiones y múltiples disputas a lo largo del tiempo (Serés, 2019). Una hipótesis al respecto puede relacionarse con que se trata de una sustancia divina para quienes se precien de creyentes y practicantes, o volverse una figura alienante y mistificada para los que se consideran irreligiosos convencidos (Vanzago, 2011).

A todo esto, vale agregar que el alma ha despertado interés en diferentes disciplinas, entre ellas el arte, la filosofía o la historia, y es a partir de estas disciplinas que intentaremos precipitar un acercamiento criminológico a dicho tópico. Es conveniente aclarar que nuestra aproximación no priorizará ni la coherencia argumental ni la exactitud conceptual, sino que el propósito será resucitar una boda entre reinos diferentes. O para decirlo más claramente, procuraremos singularizar el destello que surge al conectar a Michel Foucault y a Luís Alberto Spinetta acerca del alma. Algunos indicios que nos servirán de bitácora van desde la subjetividad y la prisión del cuerpo hasta la figura del diamante como brisa inmensa de libertad.<sup>3</sup> Estas señales, entre otras, nos ayudarán a conformar una imagen posible y a la vez trepidante del alma, para darle forma a esta última y que siga sobre ella la melodía.<sup>4</sup>

## 2.1. Prisión del cuerpo

En su ilustre estudio sobre los orígenes de la prisión, Foucault cita a Gabriel Bonnot de Mably cuando afirma “que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo” (2003, p. 24). Según la interpretación del propio Foucault, esta retórica dio lugar a una reconfiguración crucial en la gramática pública del castigo: la justicia penal deberá dirigirse no ya hacia el físico del delincuente, sino a roer dentro suyo *en esa realidad sin cuerpo* llamada alma. Esta última, a partir de determinadas relaciones de poder y ciertos esquemas de saber históricamente sedimentados, se transformará en la cárcel del cuerpo.<sup>5</sup> En un contexto semejante, el encierro en espacios regulados a partir de una arquitectura panóptica se vuelve un modelo para otras instituciones tales como las escuelas o los hospitales (Raffin, 2015). Al erigirse los contornos para una normalización de la sociedad, nuevas formas punitivas se despliegan hacia fines del siglo XVIII, y el alma juega un papel central en todo esto. Pero vale la pena señalar lo siguiente: el alma se posiciona no como mero reflejo de la producción discursiva, sino como el efecto de un tipo específico de tecnología de poder que se extiende sobre el cuerpo:

3 Canción *Maribel se durmió*, disco *Bajo Belgrano* (1983).

4 Canción *No te busques más en el umbral*, disco *Los niños que escriben en el cielo* (1981).

5 En *Vigilar y castigar*, Foucault afirma: “De esta manera, el análisis de las nuevas formas punitivas que tienen lugar con la sociedad disciplinaria y lo que denomina la “benignidad de las penas” a partir de fines del siglo XVIII, permite comprender el “hombre”, el “alma”, el individuo normal o anormal, como desdoblamiento del crimen y como objeto de intervención penal” (2003, pp. 30-31).

No se debería decir que el alma es una ilusión, o un efecto ideológico. Pero sí que existe, que tiene una realidad, que está producida permanentemente en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se castiga, de una manera más general sobre aquellos a quienes se vigila, se educa y corrige, sobre los locos, los niños, los colegiales, los colonizados, sobre aquellos a quienes se sujeta a un aparato de producción y se controla a lo largo de toda su existencia. Realidad histórica de esa alma, que a diferencia del alma representada por la teología cristiana, no nace culpable y castigable, sino que nace más bien de procedimientos de castigo, de vigilancia, de pena y de coacción. (Foucault, 2003, p. 36)

De modo tal que el alma, en tanto cristalización de la subjetividad moderna, es el efecto en el cuerpo, y a partir del cuerpo, de la circulación de saberes y dispositivos de poder que facilitan vigilar, intimidar, disciplinar y sancionar. Dicho de otro modo, la vigilancia, la disciplina o la sanción hacen posible un tipo de saber específico sobre el alma, y ese mismo saber perfecciona y profundiza los efectos de poder sobre las mismas almas (Raffin, 2015).

Pero esto no es todo, ya que el alma en Foucault también aparece relacionada con el ritual de la confesión. En su primer volumen de la *Historia de la sexualidad*, el filósofo francés afirma “Cuando la confesión no es espontánea ni impuesta por algún imperativo interior, se la arranca; se la descubre en el alma o se la arranca al cuerpo” (Foucault, 2007, p. 75). En este sentido, la confesión se transforma en una técnica diferente a la penitencia, mediante la cual conducir las almas y dirigir las conciencias. O más específicamente, la confesión se vuelve un instrumento inigualable para conocer diferentes detalles respecto de los movimientos del alma y de las turbulencias del cuerpo: “Un discurso obligado y atento debe, pues, seguir en todos sus desvíos la línea de unión del cuerpo y el alma: bajo la superficie de los pecados, saca a la luz la nervadura ininterrumpida de la carne” (Foucault, 2007, p. 28). Esto permite ver en Foucault a un arquitecto del alma, incluso un cartógrafo, que describe el paso que va del rojo de los suplicios al gris de la prisión (Deleuze, 1987). El alma como surgimiento de la subjetividad moderna, como una máquina casi muda y ciega, que sin embargo hace ver y hace hablar.

Si hacemos un breve repaso, el alma en Foucault se relaciona con un tipo específico de subjetividad, con determinado ejercicio del poder y producción de saberes, con la disciplina, con la confesión y el pecado, en definitiva, el alma se transforma en carcelera del cuerpo.<sup>6</sup> Ahora bien, esta es una imagen del alma, solo una posible caracterización crimi-

---

<sup>6</sup> Barrera Sánchez formula lo siguiente: “Examinando los cambios históricos en las prácticas punitivas, Foucault confina otro tipo de saber sobre el cuerpo. Lo sitúa en el pasaje del cuerpo al alma como objeto de castigo. Para Foucault, el alma es la prisión del cuerpo; no duda de su existencia, el alma existe en términos de una producción *en torno, en la*

nológica del alma, pero es con una imagen más amplia y compleja como podremos hacer del alma no solo una prisión, sino también un fulgor. Si parafraseamos a Henri Bergson (1977), no pensamos más que con una pequeña parte de nuestra alma; pero es con el alma toda entera, incluida la curvatura del alma original, como deseamos, queremos y actuamos.

## 2.2. Diamante

Si en la descripción de Foucault el alma necesita del encierro, incluso –como dijimos– se transforma en la prisión del cuerpo, en Spinetta huye del confinamiento, o si evocamos su inolvidable semblanza, son *almas las que repudian todo encierro*.<sup>7</sup> Por lo tanto, si el filósofo francés fue un cartógrafo al respecto, quien vio allí el surgimiento de la subjetividad moderna, Spinetta debería ser considerado, un gemólogo del alma. Una de las razones para ello se puede encontrar en la definición más sugerente y que propuso en la canción *Panacea*. Allí, señaló lo siguiente: *Aprender que el alma es una piedra en algún lugar*.<sup>8</sup> Como consecuencia de esta afirmación asombrosa, la primera cuestión a descifrar es qué entiende Spinetta por las piedras, qué significan las piedras hacia el interior de su propio glosario.

Un primer rasgo de las piedras es que poseen algún tipo de sabiduría, o dicho más concretamente, que pueden ver sin necesitar mirar: esto último es lo que hace posible que las piedras nos guíen.<sup>9</sup> En otros términos, el alma está en condiciones de instruirnos, más allá que esa instrucción pueda acercarse más al control y la disciplina como en el caso Foucault (2003), o se vincule, al estilo de Spinetta, con una línea de fuga que nos arrastre hacia un destino desconocido, imprevisible, y refractario a las identidades (Deleuze, 1999).

Otro elemento que compone a las piedras en la cosmología *spinetteana* se relaciona con que solo se fagocitan en situaciones de gran desasosiego. Este agotamiento del alma aparece principalmente cuando las instituciones acaparan el lugar de la naturaleza: *Hubo un puente, y un río donde ahora, hay una cruz. Se cansaron las piedras, de vivir en la inquietud*.<sup>10</sup> Por lo tanto, si hay una cruz, ícono de la institución religiosa –y por añadidura, de las instituciones sociales en general–, las piedras arriban cansadas, las almas acechadas por afectos tristes llegan disminuidas en su potencia de existir (Deleuze, 2006).

---

*superficie, en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se castiga [...] se vigila, se educa y corrige. El alma nace como herramienta de las prácticas de encauzamiento, llamadas disciplinas"* (2011, pp. 131-132).

7 Canción *Cantata de puentes amarillos*, disco *Artaud* (1973).

8 Canción *Panacea*, disco *Pelusión of milk* (1991).

9 Canción *Guáme*, disco *Los ojos* (1999).

10 Canción *Tía Amanda*, disco *Estrelicia* (1997).



El alma deshollina los cuerpos, el alma es *una piedra en el sol*.<sup>11</sup> Aquí encontramos el tercer insumo: la luz. De hecho, Spinetta lo dice muy rotundamente: *y se produce en esto tanta luz, que ni las piedras ocultan su vida para mí*.<sup>12</sup> Parece que el signo irrefutable de estar frente a un alma, al estremecimiento que esto provoca, es la luz. Incluso *aunque el sol se nuble después*,<sup>13</sup> el haz de claridad es indispensable para que el proceso se complete y la piedra se vuelva luminiscencia, para que el alma resulte diamante.

En *Encadenado al ánimo*, Spinetta logra articular esa boda entre las almas y las piedras, o lo que es lo mismo, ese hilo que une a la sabiduría, el rechazo por las instituciones y el surgimiento de la luz: *La noche llega y tal vez mañana, no exista el tiempo con sombras... La luz se duerme entre las piedras... Sacude sus plumas la avaricia*.<sup>14</sup> Las piedras pueden desorientarse frente a dos sombras: las instituciones y la avaricia. Sin embargo, la luz siempre descansa entre las almas, y por ello cabe imaginar que exista un tiempo por fuera del dominio de las sombras.

Más allá de estas aproximaciones vibrantes de Spinetta sobre el tema, no estamos habilitados para anticipar una solución categórica, puesto que la respuesta acerca de lo que el alma es, o podría ser, se decide en el curso de cada tentativa (Deleuze, 1999): *Piedra y ala de láser, y de misterio. Tu rayo me quita la soledad ¿Qué será de tu viejo navío blanco? ¿Sabrás devolvérmelo de luz?*<sup>15</sup>

“Nadie sabe lo que puede un cuerpo”, afirmaba Spinoza (1980) en proceso de estupefacción. Por su parte Spinetta parece decir otra cosa: nadie sabe lo que puede el alma, tal vez porque se trata de un misterio en condiciones de volverse luz, *un rayo que quita la soledad*. Recapitulando, para Spinetta el alma es una piedra, un tipo particular de piedra que cuenta con algunos atributos muy concretos, uno de los cuales es, sin dudas, la sabiduría: las almas ven sin mirar, las piedras deben guiarnos. Otra propiedad es la de concebirse como parte de la naturaleza, por lo que rehuye del aplastamiento tortuoso de las instituciones. Una tercera cualidad de las almas en Spinetta es la luz: las piedras en el sol, las piedras expandiendo la vida, las piedras como posibilidad de un tiempo sin sombras ni avaricia.

Si consideramos a Foucault y a Spinetta, ¿qué es entonces el alma, desde un punto de vista criminológico? Para responder esto debemos recuperar aquello que Deleuze insinúa al afirmar que el acontecimiento “no es lo que sucede...; está en lo que sucede” (2008, p. 109), y de nuestra parte decir que el alma, criminológicamente hablando, *está en lo que sucede*,

11 Canción *Fina ropa blanca*, disco *Don Lucero* (1989).

12 Canción *Cisne*, disco *Para los árboles* (2003).

13 Canción *Alma de diamante*, disco *Alma de diamante* (1980).

14 Canción *Encadenado al ánimo*, disco *Durazno sangrando* (1975).

15 Canción *La herida de Paris*, disco *Los niños que escriben en el cielo* (1981).

*está* en el sentido que le adjudiquemos a su propia manifestación y precipitación. De este modo, a partir de Spinetta y Foucault podemos trazar una propuesta para definir el alma en clave criminológica: se trata de aquello que disponemos del esplendor del diamante y aquello que arrastramos de la penumbra de la prisión. Transitar el camino que se despliega entre el esplendor y la penumbra será lo que nos permitirá protegernos del extravío, pero fundamentalmente aquello que nos hará dignos de la imagen criminológica del alma que estemos en condiciones de proyectar.

### 3. La feroz ciudad ¿no da para más?

Si respecto al alma vimos caracterizaciones contrapuestas entre Spinetta y su acólito Foucault, acerca de la ciudad parecen surgir algunos puntos de encuentro entre el creador de *Cantata de puentes amarillos* y el nuevo intercesor elegido: Franz Kafka. Se trata de puntos de encuentro que se apoyan en presagios para nada auspiciosos. Esto implica que podemos encontrar en Spinetta diferentes tipos de alianzas: aquellas que se despliegan desde el antagonismo como en el caso de Foucault, y aquellas que se erigen desde la afinidad, como sucede con el escritor checo.

#### 3.1. Un lugar sometido al control

En sus novelas, cuentos y *visiones*,<sup>16</sup> Kafka tiene claro el diseño espacial dentro del cual se hilvanarán episodios y deambularán sus personajes. Es la ciudad el espacio que lo deslumbra, y el control social aquello que se vuelve el elemento predilecto para lograr entenderla. De hecho, resultan inolvidables los detalles con los que comienza el propio Kafka su obra *El proceso*, tan bruscos como los de la ejecución de Damians en *Vigilar y castigar*:

Seguramente se había calumniado a José K..., pues, sin haber hecho nada malo, fue detenido una mañana [...] *No [...], usted no tiene derecho a salir; está detenido. [...] -¿Y por qué?- No estamos aquí para decírselo. Vuelva a su habitación y espere. El procedimiento está en marcha y lo sabrá usted todo en el momento oportuno.* (Kafka, 1984, pp. 7-9).

Al Señor K..., un alienado del derecho,<sup>17</sup> le aguarda el castigo como proceso, el proceso convertido en un castigo, más severo aún que cualquier condena venidera (Feeley, 2007). En dicho proceso no se buscará alcanzar la verdad, sino la consagración de los rituales

<sup>16</sup> Las visiones, y más específicamente el papel del visionario, es trabajado por Deleuze (1996, 1999).

<sup>17</sup> Gargarella define como alienación legal “una situación en donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestros designios y control”, impidiéndonos participar tanto en la creación como en la modificación del mismo (2005, pp. 205-206).

universales de la sanción: “Esos libros son sin duda códigos, y los procedimientos de nuestra justicia exigen, naturalmente, que se sea condenado no solamente siendo inocente, sino también sin conocer siquiera la ley” (Kafka, 1984, p. 50).

Todo esto parece sugerir que tanto el derecho como la cuestión criminal y el castigo, son complejos artefactos culturales que encierran sin consensos generales problemas tales como las creencias, las sensibilidades y los valores, así como razones estratégicas de control, con las que se busca administrar las sanciones y sus efectos (Garland, 2006; Tedesco, 2004). En este sentido, la cultura puede ser vista como un marco privilegiado que define el tipo de procesos e instituciones punitivas que se van consolidando, del mismo modo en que –dicha cultura– va siendo conformada por esos procesos e instituciones: “Ahí estaba precisamente el defecto de una organización judicial que estipulaba desde el comienzo el secreto de los procedimientos. Los funcionarios carecían de contacto con la sociedad” (Kafka, 1984, p. 112). No se conocen las normas jurídicas, tampoco quienes las aplican, ni las consecuencias precisas por transgredirlas. En otras palabras, lo que parece caracterizar en Kafka al derecho y al castigo como elementos culturales es el desconcierto.

Y aún más, aquella distinción tan relevante para el campo de la criminología entre lo que está redactado en los códigos penales y procesales, y cómo se los interpreta y aplica en la práctica cotidiana,<sup>18</sup> parece también haber preocupado a nuestro autor. Más en concreto, uno de los personajes de *El proceso* (Kafka, 1984, p. 143) afirma lo siguiente:

Se trata de dos cosas diferentes: por una parte, de lo que dice la ley; y por otra parte, de lo que he aprendido personalmente. Es preciso que no las confunda. En la ley, aunque no la he leído, se dice naturalmente que el inocente es absuelto, pero no se

---

**18** Es necesario aludir a la teoría de la reacción social, en particular porque profundizó la necesidad de comprender rigurosamente la diferencia entre lo que la ley dice (*first code*) y lo que resulta de la interpretación que de ella llevan a cabo los actores judiciales (*second code*). Así plantea Baratta, entre otros, la cuestión: “en el ámbito de la nueva sociología criminal inspirada en el *labelling approach*, ha aparecido que la criminalidad, más que un dato preexistente comprobado objetivamente por las instancias oficiales, es una realidad social de la cual la acción de las instancias es un elemento constitutivo. Estas conforman tal realidad social mediante una percepción selectiva de los fenómenos, que se traduce en el reclutamiento de una circunscrita población criminal seleccionada dentro del más amplio círculo de aquellos que cometen acciones previstas por las leyes penales, y que, comprendiendo todos los estratos sociales, representa, no la minoría sino la mayoría de la población. Esta selección de una restringida minoría “criminal” ocurre por medio de la distribución de definiciones criminales. Tal distribución desigual y desventajosa para los individuos socialmente más débiles, es decir que tienen una relación sub-privilegiada o precaria con el mundo del trabajo y de la población, ocurre según las leyes de un código social (*second code*) que regula la aplicación de las normas abstractas por parte de las instancias oficiales. La hipótesis de la existencia de este *second code* significa el rechazo del carácter fortuito de la desigual distribución de las definiciones criminales, y suministra un nuevo principio conductor que ya ha dado óptimos frutos, para la investigación socio-jurídica. Esta es llamada a poner en evidencia el papel desarrollado por el derecho y en particular por el derecho penal –a través de la norma y de su aplicación– en la reproducción de las relaciones sociales, especialmente en la circunscripción y marginación de una población criminal reclutada entre las capas socialmente más débiles del proletariado” (Baratta, 2004, pp. 188-189).

indica que se pueda influir en los jueces. Ahora bien, yo he podido comprobar todo lo contrario; nunca he sabido de una absolución real, pero en cambio he visto jugar muchas influencias.

El tema que le interesa a Kafka no es tanto el supuesto delito cometido por el Señor K... sino los mecanismos por los cuales la institución penal construye dicho problema, esto es, cómo lo define y gestiona. El extrañamiento y la perplejidad de las personas que están sujetas *al* derecho, desprovistas de los matices subjetivantes a raíz de las mismas prácticas judiciales, encuentran en la literatura kafkiana una correspondencia fiel en el protagonista de esta obra, quien unos instantes previos a ser ultimado de un cuchillazo en el corazón, se inquiría mudamente: “¿Dónde estaba el juez que no había visto nunca? ¿Dónde estaba la alta corte a la cual nunca había llegado?” (Kafka, 1984, p. 211).

Por lo tanto, pareciera que el destino del Señor K estaba sellado desde el comienzo del relato, o quizá no, quizá sus esporádicas sublevaciones frente a la justicia lo habían lanzado a ese fatídico final. De cualquier modo, lo que precisamos enfatizar aquí tiene que ver, especialmente, con el espacio en el cual toda esta persecución se desarrolla. Kafka probablemente haya comprendido que el control, la disciplina, e incluso el castigo, habían mudado de escenario: no hay prisión, sino ciudad como metáfora de un asedio a cielo abierto.

En su cuento *El rechazo*, sostiene: “Nuestra pequeña ciudad no está en la frontera, ni tan siquiera próxima; la frontera está todavía tan lejos que probablemente nadie de la ciudad haya llegado hasta ella” (Kafka, 1973b, p. 70). Surge la distancia como un elemento primordial, distancia que hasta aquí Kafka solo sugiere convencionalmente. Esa ciudad, aislada de las otras, parece hallarse incomunicada y predestinada al abandono. Sin embargo, nada de eso ocurre. Justamente en el avance del relato es posible leer: “Y es curioso, y esto siempre renueva en mí el asombro, cómo nos sometemos a cuanto se ordena desde la capital. Hace siglos que no se produce entre nosotros modificación política alguna emanada de los ciudadanos mismos” (pp. 70-71).

Se trata de una ciudad sometida a un control, pero un control ajeno, físicamente ausente. Ahora bien, ¿qué disciplinamiento puede infligirse sin presencia alguna, sino aquel disciplinamiento que ha sido internalizado? ¿Qué tipo de organización burocrática puede mantenerse impávida pese a las transformaciones en los centros de poder a los que pertenece? Quizá aquella organización cuyas lógicas, aun siendo tangibles, se encuentren invisibilizadas.<sup>19</sup> Por lo tanto, la ciudad es vista como *un estado de ánimo*, una experimentación,

---

<sup>19</sup> Al respecto, vale recordar los célebres efectos que Foucault (2003) le atribuía al panóptico: “Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y de sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce; en suma, que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores” (p. 204).

lo mismo que lo es la sumisión ante los controles estables que nos rodean, sean formales o informales. En otros términos, el control social se ofrece como una atmósfera, o para decirlo más exactamente, no es posible pensar el control social en Kafka sin tomar en cuenta el mencionado estado de ánimo de los ciudadanos, y la idiosincrasia de la cual ese estado de ánimo depende.<sup>20</sup>

### 3.2. Un lugar brumoso

Ofrezcamos una definición provisoria de la ciudad que nos permita acercarnos a Spinetta, pero que también ayude a analizar su conformación y el problema del control social que subyace en ella:

la ciudad y el Estado no son lo mismo, cualquiera que sea su complementariedad. La revolución urbana y la revolución estatal pueden coincidir, pero no confundirse. En los dos casos, existe poder central, pero de distinto tipo [...]. La ciudad es el correlato de la ruta. Solo existe en función de una circulación, y de circuitos; es un punto extraordinario en los circuitos que la crean o que ella crea. Se define por entradas y salidas, es necesario que algo entre y salga de ella. (Deleuze y Guattari, 1988, p. 440)

A partir de este planteo, lo que la ciudad logra imponer es una frecuencia a partir de ciertos circuitos, y poder definir estos circuitos es lo que permite identificar el tipo de control social que una conformación urbana genera en sus habitantes. En torno a esto último suele hablarse, al menos desde un enfoque convencional, de dos concepciones distintas de lo que supone el mencionado control social. Dentro de la tradición sociológica clásica se pensaba esta cuestión desde un criterio “macrosociológico” orientado a las posibilidades que ostenta una sociedad de controlarse a sí misma, con referencia a principios y valores anhelados. Según Janowitz (1995), “el control social, entonces, no debe ser concebido como un equivalente de la organización social; en tal perspectiva se enfoca la capacidad de la organización social de regularse a sí misma” (p. 7).

A partir de la década de 1930, el concepto de control social asume un viraje “microsociológico” que tiene el objetivo de precisar los mecanismos que logran establecer conformidad a partir de técnicas institucionales que aspiren a uniformar los comportamientos, y de esa manera garanticen cierto orden:

---

<sup>20</sup> Deleuze advierte: “No confundamos el Carácter con un propio yo. En lo más profundo de la subjetividad, no hay propio yo, sino una composición singular, una idiosincrasia, una cifra secreta como la posibilidad única de que esas entidades hayan sido retenidas, queridas, de que esa combinación sea la que ha salido: ésa y no otra” (1996, p. 167).

En contraste, los intereses de Robert M. Mac Iver en la teoría política y el rol del Estado le permitió producir trabajos que introdujeron la dimensión coerción, especialmente como fuerza legítima, dentro del control social en una postura que se emparenta con las orientaciones de Max Weber. (Janowitz, 1995, p. 16)<sup>21</sup>

Lo que puede valer de sumario a esta explicación es que, mientras para la primera postura el control social, si es efectivo, debe servir para motivar a las personas a implicarse, debatir o comportarse adecuadamente, para la segunda perspectiva el uso de la represión o el control coercitivo debería ser útil para inhibir a los sujetos evitando que hagan aquello que amenaza a la organización social.

Vinculemos esto a los planteos que Spinetta desplegó acerca de ese afuera especialmente hostil que llamaba ciudad. La metrópoli es el espacio que deslumbra tanto a Kafka como al poeta argentino y, como ya dijimos, el control social se vuelve un elemento distinguido para lograr entenderla. Sin embargo, dicho control no posee las mismas características en *El proceso* que en *A estos hombres tristes*. Por lo tanto, en las letras de Spinetta la ciudad aparece como algo que excede la confluencia de diferentes personas, y no se reduce a las calles por las que circulan los individuos, los edificios que habitan, el transporte que utilizan, los teléfonos celulares con los que se comunican, o las instituciones por las que transitan, que van desde la escuela o los hospitales, hasta los tribunales y las prisiones. En definitiva, así como en Kafka, también para Spinetta la ciudad es una atmósfera anímica dentro de la cual cobran importancia:

un conjunto de costumbres y tradiciones, de actitudes organizadas y de sentimientos inherentes a esas costumbres, que se transmiten mediante dicha tradición En otras palabras, la ciudad no es simplemente un mecanismo físico y una construcción artificial: está implicada en los procesos vitales de las gentes que la forman; es un producto de la naturaleza y, en particular, de la naturaleza humana. (Park, 1999, p. 49)

Como consecuencia, es a partir de esta premisa que debemos internarnos en las imágenes que el mismo Spinetta propone al respecto: una primera cuestión tiene que ver con la ciudad y las luces ausentes, o como él mismo lo sugiere, de lo que se trata es de contar las luces y mirar la gran ciudad,<sup>22</sup> e impedir que se haga del mundo un sitio que aniquile el

<sup>21</sup> El control social “significaba ambos elementos: los mecanismos institucionales por los cuales una sociedad regulaba los comportamientos individuales y la forma en que reguló y estandarizó comportamientos en función de servir al mantenimiento de la organización social” (Janowitz, 1995, p. 16).

<sup>22</sup> Canción *Ana no duerme*, disco *Almendra I* (1969).

amor.<sup>23</sup> Algo similar sucede cuando escribe: “El hielo cubre la ciudad... Cuando la luz ya no puede llegar La gente en vano se pone a rezar. No es el diluvio, no es el infierno. Voy a perforar el hielo, voy a remontarme al cielo”.<sup>24</sup> En este sentido, si la luz del alma no se extiende sobre la ciudad, de poco sirve rezar y hacer plegarias a las instituciones. De allí que debemos invertir el proceso, vale decir, para llegar al cielo lo primero que necesitamos hacer es perforar el hielo.

La ciudad en Spinetta muestra, a su vez, un apetito insaciable, incluso como circuito distribuidor de carencias.<sup>25</sup> La ciudad se roba el verano,<sup>26</sup> y no permite sentir el sol abiertamente, solo verlo mediado a través de las ventanas.<sup>27</sup> Y algo más alarmante, la ciudad se vuelve cómplice de la desventura puesto que no comprende y calla frente al clamor de un grito inocente, lo que la transforma en el escenario de una farsa que agita el misterio eterno.<sup>28</sup> Sin embargo, el elemento más sombrío que distingue a la ciudad en Spinetta no son las luces ausentes ni la carencia, sino su desprecio por el acto de nacer, un profundo encono respecto de aquello que podríamos considerar creación y potencialidad. Los niños nacen, los tallos brotan, y mientras tanto las ciudades caen,<sup>29</sup> “recuerdo la bruma de la ciudad, como un monstruo sobre el amanecer”.<sup>30</sup> La ciudad se vuelve la contracara del florecimiento, la contracara de la ciudad es el florecimiento: “Estoy despierto y se quiebra la ciudad ... Acaso estén abiertas todas esas dalias”.<sup>31</sup> La ciudad como garante de una distancia social lacerante, como el panorama imperturbable del aturdimiento humano: “Lejos, todo encaja mal, la ciudad quedó marchita, la gente ya se cansó de golpear y golpear”.<sup>32</sup>

En definitiva, la tonta luz, la carencia y el rechazo por la creación son los tres componentes de la ciudad en Spinetta, de una ciudad sin alma, sin piedras, con insensibilidad: “Juega, después de todo, que tu alma es un colibrí... y duerme cuando la luna, se hunde bajo tus pies... en tanto que la brisa así, mueve mis cosas... y la feroz ciudad, no da para más”.<sup>33</sup> Al menos nos queda jugar, si es que pretendemos alejarnos de la ferocidad y dar luz al instante.<sup>34</sup>

23 Canción *Tonta luz*, disco *Silver Sorgo* (2001).

24 Canción *Hoy todo el hielo en la ciudad*, disco *Almendra - Cronología* (1992).

25 Canción *Cola de mono*, disco *Bajo Belgrano* (1983).

26 Canción *A estos hombres tristes*, disco *Almendra I* (1969).

27 Canción *La búsqueda de la estrella*, disco *Spinettalandia y sus amigos* (1971).

28 Canción *Irregular*, disco *Invisible* (1974).

29 Canción *Un niño nace*, disco *La la la* (1986).

30 Canción *Organismo en el aire*, disco *Téster de violencia* (1988).

31 Canción *Ven, vení*, disco *Los ojos* (1999).

32 Canción *A su amor allí*, disco *Para los árboles* (2003).

33 Canción *Canción de noche*. Disco *Pan* (2006)

34 Canción *Dale luz al instante*. Disco *Pan* (2006)

Para puntualizar este apartado, tanto en Kafka como en Spinetta vemos una ciudad que se refleja por duplicado, atravesada por los controles sociales agazapados a la intemperie, controles que definen atmósferas y consolidan idiosincrasias. Conjurar la bruma, la penuria y la pulsión destructiva de la metrópoli es una tarea ineludible, estemos en Praga o en Bajo Belgrano.

#### 4. La estupidez, el enemigo y un mañana

En el último apartado nos interesa reflexionar sobre las identidades y ofrecer una conjetura al respecto: las preguntas por las *esencias* suelen ser inconducentes, cuando no maliciosas. En Spinetta sobrevuelan algunos interrogantes: ¿habrá sido músico?, ¿habrá sido poeta? En 2002 dijo:

La música y la poesía son dos especies de flores diferentes, como las orquídeas o las dalias. En toda dicotomía hay una zona que debe estar en riesgo belicoso, pero esos dos opuestos se juntan y quizás ahí se realce el espíritu de nuestra vida. Por eso en definitiva no lo veo como una dicotomía. Si me dicen que soy músico, soy músico; si me dicen que soy poeta, soy poeta. Yo combino las dos especies de flores, que se germinan mutuamente.<sup>35</sup>

¿Cómo es Spinetta o *cómo hubiera sido hermoso que fuera?* (Borges, 1930). Para muchos de nosotros es, simplemente, un prodigio, un estado del alma, ese estado del alma que, ya lo dijimos, repudia todo encierro ¿Habrá sido Spinetta un abolicionista penal, también? Tal vez, también. Sin embargo, a lo largo de su obra, incluso en muchas de las entrevistas que brindó, ha dado a entender que no solo existía ese riesgo belicoso, esa mutua germinación, entre la música y la poesía. Hay que prestar atención, insinuaba, porque el riesgo y la germinación también se dan entre otras dos flores, pero en este caso abominables: la estupidez y el enemigo.

##### 4.1. El pensamiento y lo musical

La estupidez que subleva a Spinetta es la misma que exaspera a Deleuze, la cual parte del argumento de que “la estupidez no es un error ni una sarta de errores. Se conocen pensamientos imbéciles, discursos imbéciles contruidos totalmente a base de verdades; pero estas verdades son bajas, son las de un alma baja, pesada y de plomo” (2000, p. 148). Dicho de otro modo, la estupidez es el resultado al que se llega por pensar de modo bajo, mezquino, por estar al pie de un orden establecido.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Entrevista disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1n0fcGcDyWk>

<sup>36</sup> Canción *Estás acá*, disco *San Cristófono* (1998).



Como sea que funcione, la estupidez es siempre una y la misma cosa: para el pensamiento, para la música, para la poesía, para el castigo, es el síntoma de la bajeza que termina por reforzar, con ahínco, las verdades consagradas del siempre petrificante *statu quo*. Así las cosas, la estupidez, *la tonta luz*, es aquello que deslumbra, que encandila, y que por ello mismo impide poner en discusión al orden establecido y a las verdades consagradas en las que dicho orden se respalda.

La estupidez para Spinetta puede ser algo que nos deslumbra, pero que *solo* nos deslumbra, sin poder llevar adelante, como consecuencia, ningún acto de resistencia. “Sin despertar, es cómo te atarás, si no comprendes, tus ojos brillarán, solo brillarán”<sup>37</sup>. Nos mantiene fascinados, pero vitalmente incomunicados. Así las cosas, la estupidez consigue lucrar con las penurias, tanto en el pensamiento como en el arte:

Hay músicos que no se dan cuenta del papel social que cumplen, el poder que tienen de paliar con su creatividad lo que la gente tanto necesita... Hay gente que se aprovecha, en lugar de darle a la gente algo bueno le dan mierda.<sup>38</sup>

La estupidez nos habla, y nos hace hablar, incluso cuando no tengamos demasiado para decir. De allí que, a menudo, el inconveniente no tenga que ver con que debamos decir esto o aquello acerca de tal o cual acontecimiento, sino que no tengamos a “disposición partículas de soledad y de silencio a partir de las cuales podríamos llegar a tener algo que decir. Las fuerzas represivas no impiden expresarse a nadie, al contrario, nos fuerzan a expresarnos” (1999, p. 111). Bajo la mirada de Spinetta, las fuerzas represivas no impiden hacer música a nadie, al contrario, es por el apetito de muchas empresas discográficas que se empuja a las personas a hacer canciones cuando quizá no dispongan de melodías para crear.

La estupidez acosa y nos obliga a ser condescendientes cuando, tal vez, la situación reclame que seamos más enérgicos y sediciosos:

Hay un montón de música popular nefasta. Hoy se la consume con avidez, pero, tarde o temprano, cuando todos crezcan y vean el legado que les han dejado a sus hijos, la falta de creatividad y la poesía, se van a dar cuenta de que les dejaron nada más y nada menos que una bolsa llena de basura... Ese fascismo está en crear un modelo para la estupidez, como método previo para poder manejar a la gente. Provocar la estupidez de las personas hasta finalmente anularlas y dominarlas. (Diez, 2006, p. 184)

<sup>37</sup> Canción *Cielo de ti*, disco *Pelusón of milk* (1991).

<sup>38</sup> Entrevista disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1n0fcGcDyWk>

Como vemos, Spinetta advierte que la estupidez no solo nos habla y nos hace hablar, sino que es un modelo que nos arrastra a escuchar propuestas nefastas, a resignarnos frente a la voracidad descarada del mercantilismo sonoro. Y es evidente que para él no se trata de géneros musicales ni de virtuosismos artísticos, tampoco de oponer lo refinado a lo agreste, sino de bajas formas de concebir la música frente a las cuales hay que rebelarse, bajas formas que:

parecieran provenir de un cerebro idiota... los “himneros” de la recaudación discográfica, son viciosos de lo fácil, porque ganan un montón de plata con dos tonos, un plagio y una letra horrible, y aprovechan la necesidad de la gente de escuchar algo fácil. (Diez, 2006, p. 204)

Son esos viciosos de lo fácil quienes habilitan, o incluso precipitan, la codicia en el proceso creativo de la música, anulan ese proceso, lo convierten en la búsqueda irrefrenable del éxito comercial por encima de todo, a costa de cualquier precio. Estamos entonces frente al momento en el que ya no vale la pena atreverse a crear, solo aspirar a conquistar un tipo de éxito, el comercial, por encima de todo y a costa de cualquier precio. Dice Spinetta:

Esa es la mezquindad, es como que si funciona esto porque vieron que lo hizo otro, yo voy, lo agarro de los pelos y me lo pongo. Esa usurpación de lugares es una pérdida de identidad. Ese lugar podría ser ocupado por algo nuevo, algo diferente. Bueno, hay que atreverse y ser nuevo. Si te copa copiar a Shakira, vas a copiar a Shakira. Bueno ¡copiá a Bill Evans! Si vas a copiar, ¡copiá algo superior! Para bajar hay tiempo.<sup>39</sup>

Si bien Spinetta alude a nombres propios, lo importante para él son los procesos de despersonalización a los que se llega por medio de afectos y experiencias, y no de sujetos o personas. Bill Evans no debe considerarse como el refugio de una infranqueable identidad, como un nombre propio, o como un yo asignable, sino como afecto y experiencia musical. Esto es imprescindible para el devenir creativo en general, no solo para el arte; es la germinación mutua que necesitamos para enfrentarnos a la estupidez en general, no solo a la estupidez artística. Por lo tanto, cuanto más nos despersonalicemos, cuanto más nos despojemos de un nombre propio, más apreciaremos a Spinetta como energía y como acontecimiento. En definitiva, es así que podremos sentir que “solo quedan las alturas”<sup>40</sup> porque sabremos que “para bajar hay tiempo”.

<sup>39</sup> Entrevista disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1n0fcGcDyWk>

<sup>40</sup> Canción *La montaña*, disco *Pelusón of milk* (1991).

#### 4.2. Del enemigo social al enemigo ético

En la obra de Spinetta también es relevante la figura del enemigo, en particular porque se trata de una figura que nos permite observar los saltos subterráneos que existen entre su propuesta artística y otros marcos de significación, como por ejemplo aquellos ligados a la problemática del castigo. Esta última ha sido, y sigue siendo, un tema de reflexión para numerosas investigaciones derivadas de disciplinas y perspectivas diferentes: la filosofía, la historia, el derecho, la sociología, la antropología, son algunos de los campos que han tomado a la penalidad como objeto de estudio (Kostenwein, 2021). Ahora bien, entre el castigo y el enemigo podemos encontrar abordajes fértiles, de hecho existe una multiplicidad de fenómenos que podrían ser definidos a partir de esta figura, como por ejemplo *enemigos* religiosos, étnicos, políticos, variando como consecuencia los criterios en los que se justifican los respectivos castigos.

Considerada en términos generales, la alegoría del enemigo tendría la posibilidad de facilitar la cohesión social a partir de la exclusión de ciertas personas, vale decir, aquel individuo odiado por la opinión pública, que se lo presenta como invencible, pero en realidad es indudablemente vulnerable. En este aspecto, son conocidos los beneficios que el temor bien gestionado puede brindar a las autoridades: a partir de sujetos representados socialmente como una amenaza, se está en condiciones de paralizar las diferencias en la población e intensificar acuerdos en torno a valores que, sin esa amenaza, podrían ponerse en cuestión (Mead, 1997).

Según este diagnóstico, las astucias por las cuales se inventa o identifica al enemigo son variadas, sin embargo, se le debe prestar especial atención a un fenómeno: la declinación del paradigma rehabilitador.<sup>41</sup> A partir de esto último, la figura del enemigo se rediseñó y transformó en un sujeto sin futuro, un sujeto sobre el que debemos profesar extremo escepticismo; en suma, un sujeto al que solo cabe neutralizar y excluir (Kostenwein, 2021).

Todo lo dicho engendra, desde luego, profundas implicaciones en el modo con el que nos acercamos a esos “otros peligrosos” dado que, al adjudicarles una maldad inherente, se pone en riesgo el presupuesto cultural de la modernidad penal. Este presupuesto sugiere que a los infractores se los debe tratar como personas a las cuales es posible comprender porque hay algo que se comparte, una esfera humana común (Kostenwein, 2021). Sobre el enemigo, por el contrario, pesa más la demanda de castigar que la voluntad de comprender: tanto el enemigo como aquello que hace, debe ser calificado como maligno, siendo su maldad un rasgo esencial.

---

<sup>41</sup> Se entiende por paradigma rehabilitador a los diferentes discursos e intervenciones *positivas* que buscan propender hacia el interior de la cárcel a una mejora en las condiciones de los individuos encarcelados. La educación, la religión, la familia, el trabajo, son algunas de las variables que deberían ayudar para que las personas que egresen de las cárceles sean *preferibles* a las que ingresaron (Kostenwein, 2021).

Estos planteos críticos acerca de cómo se construye al enemigo y cuál es su función social, nos sirven para acercarnos a lo que Spinetta señala al respecto, a través de ese salto subterráneo del que hablamos hace un instante:

el enemigo tiene una idea muy aplicable a la realidad de una sociedad apaleada como la nuestra, que sigue sin poner en funcionamiento el mecanismo de la fraternidad, y se ha vuelto reaccionaria y dañina, llevada por el crimen de las dictaduras y la corrupción de las democracias. (Diez, 2006, p. 137)

Como podemos observar, el elemento central en Spinetta se ha invertido, ya que el enemigo no es aquel a quien se lo muestra fuerte cuando en los hechos es débil, sino que es alguien muy poderoso que puede, en efecto, comer nuestra energía,<sup>42</sup> alguien que puede chuparnos la energía esencial,<sup>43</sup> el que con sus acechanzas más sombrías atenta contra nuestra creatividad. El enemigo es quien porta la crueldad de toda célula viva que pudiendo combatir, no se animó.

Si bien en ambas figuras el enemigo debe ser combatido, los presupuestos no son los mismos. Para simplificar, la primera imagen alude a la construcción –y posterior neutralización– de un adversario supuestamente peligroso, que es utilizado con pocos escrúpulos por la política o los medios de comunicación, con el objetivo de amedrentar y disciplinar a vastos sectores de la comunidad. Para Spinetta, el enfrentamiento con el enemigo tiene otras razones, se lo debe llevar adelante por otros procedimientos y, como consecuencia, para buscar otro desenlace. Por lo tanto, impedir que juguemos para el enemigo no significa exterminarlo.

El enemigo es aquí algo más imperceptible: aunque pueda tratarse de personas concretas, no es necesariamente asignable a individuos de carne y hueso:

Ese enemigo es, para mí, el conjunto de decisiones y acciones fallidas, realizadas bajo el deseo explícito del enriquecimiento personal, traicionando los fines más sagrados, envileciendo la lealtad de la palabra. Creo que hay que volver para sembrar algo mejor que esto. Con esta estrategia de querer todo a toda costa, sin importar el daño que se provoque, el enemigo busca el poder, y el resto es avasallado. Todo compromiso, toda conciliación humana, entonces, parece imposible, y todo crecimiento y el poder tirar para adelante todos de acuerdo, se desvanecen.<sup>44</sup>

42 Canción *Estás acá*, disco *San Cristófono* (1998).

43 Canción *Poseída del alba*. Disco *Pescado 2* (1973)

44 Entrevista disponible en <https://www.pagina12.com.ar/2001/01-05/01-05-30/pag29.htm>

El enemigo es quien actúa “bajo el deseo explícito del enriquecimiento personal” sin tener en cuenta la comunidad a la que pertenece. Como consecuencia, puede que nosotros mismos seamos nuestros propios enemigos, en particular cuando actuamos de esa manera, cuando nuestra voluntad es atrapada por el deseo desmedido de beneficio propio. Así, si nos dejamos someter y doblegar por vibraciones mezquinas que exceden nuestra propia capacidad de resistencia, podemos volvernos nuestros propios enemigos:

Es una de las cosas más importantes que me sucedieron en mi vida: es vida o muerte, eso. Ahí sí necesitás tener poder. Pero ese poder no te lo da el que llenes conciertos o que vendas 800 mil discos. Te lo da tu propio corazón y la certeza de no estar más coimeándote a vos mismo... Esa es la primera coima que te comés: la de meterte algo que te hace daño... Dejarse matar por política o drogas peligrosas o menores, rápida o lentamente, es jugar para el enemigo.<sup>45</sup>

Por lo tanto, a este enemigo que tanto preocupa a Spinetta no se lo necesita perseguir y castigar, lo que se necesita es impedir que colaboremos y juguemos para él, porque en este caso se trata, antes que de un enemigo eminentemente social como en la primera imagen, de un enemigo ético. Y frente a este enemigo ético que nos habita, más que pensar en penalizarlo, hay que ponerlo a raya y no ceder:

“No me verán arrodillado”, dijo Fito. Es una de las frases más lindas del rock. Nombro esa frase porque podría decir otra, mía, pero me parece muy buena la de Fito. —¿Y cuál es tu frase? —Nunca voy a aceptar las condiciones del enemigo. Prefiero el estilo japonés. Me quito la vida antes de entregar mi verdad a las fieras. Es una cosa teórica. Nosotros somos privilegiados, y entonces, viste, uno dice eso (ríe) porque está en la comodidad de saber que muy difícilmente tenga que apelar al suicidio porque lo persigan... ¿Por qué me van a perseguir a mí? ¡¿Por los tonos?! Bueno, entonces mi misión es escribir cada vez mejores discos.<sup>46</sup>

Sin solemnidad y con algo de humor, Spinetta nos propone no jugar para el enemigo, no aceptar sus condiciones, fundamentalmente si ese enemigo puede ser uno mismo.

<sup>45</sup> Entrevista disponible en [https://issuu.com/spinettabootleg/docs/2001-spinetta\\_el\\_gordo-gloria\\_guerr\\_f8082b00f-1d991#google\\_vignette](https://issuu.com/spinettabootleg/docs/2001-spinetta_el_gordo-gloria_guerr_f8082b00f-1d991#google_vignette)

<sup>46</sup> Entrevista disponible en [https://issuu.com/spinettabootleg/docs/2001-spinetta\\_el\\_gordo-gloria\\_guerr\\_f8082b00f-1d991#google\\_vignette](https://issuu.com/spinettabootleg/docs/2001-spinetta_el_gordo-gloria_guerr_f8082b00f-1d991#google_vignette)

### 4.3. Pan para hoy y pan para mañana

La estupidez y el enemigo nos sirven para percatarnos frente a qué asuntos Spinetta se ha insubordinado a lo largo de su vida, en el marco de su obra. Sin embargo, la certeza más poderosa que nos ha legado tiene que ver con el porvenir, con eso que denominó sencillamente como *un mañana*, y con el alma que alumbrará ese mañana, que la soñó como una brisa inmensa de libertad.<sup>47</sup> Ese mañana Spinetta lo diseñó con su música y sus letras, materiales que utilizó para imaginar un jardín de gente donde, entre otras cuestiones, el castigo tradicional fuera obsoleto. Solo en ese jardín de gente se puede convertir en impropio el castigo del Estado. La cárcel, y el encierro cruel en el que la propia cárcel se sostiene, son parte del *collage* de la depredación humana por excelencia.<sup>48</sup>

En 1977 lo encarcelaron, y años más tarde recordaría:

En una de las paredes de la celda estaba escrito un verso de esta canción: *qué solo y triste voy a estar en este cementerio*. Cuando me llevaron a ver al comisario, el tipo me dijo que sus hijos tenían mis discos. “Bueno, no solo sus hijos –le dije-, alguien escribió una canción mía en un calabozo. Venga a ver”. Antes de dejar la comisaría, volví a la celda y agregué *qué calor hará sin vos en verano*.<sup>49</sup>

La poesía escrita en un calabozo como forma de dibujar una salida en nombre propio, ese placer que podemos experimentar al señalar cosas sencillas en nuestro propio nombre, y tomar en cuenta afectos, acontecimientos, agitaciones. Así, el nombre propio se vuelve una aprehensión instantánea de las multiplicidades intensivas que nos recorren, una despersonalización de amor y no de sumisión (Deleuze, 1999). Huir del cementerio utilizando la soledad y la tristeza del cementerio.

Por todo lo mencionado, con Spinetta tenemos pan para hoy, y tendremos pan para mañana. En 2006, luego de publicar aquel disco precioso con tapa de mantel cuadrillé anaranjado, dijo:

Hay cosas que parten desde la sencillez y tocan partes no tan sencillas. Así hablo del hervidero que son las ciudades, con los sueños quebrados. Las ciudades van llevando a la gente a producir, producir, producir. Puedo intentar ver de otra manera las cosas. Me permito esa forma de trabajar y siento felicidad al hacerlo. Además, me dan bolilla y me tienen en cuenta. Esa lírica podría haber desaparecido,

<sup>47</sup> Canción *Maribel se durmió*, disco *Bajo Belgrano* (1983).

<sup>48</sup> Canción *Jardín de gente*, disco *Spinetta y los Socios del Desierto* (1997).

<sup>49</sup> Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/radar/subnotas/9936-2208-2014-08-10.html>

pero sigue ahí, viva. Ante el avance de tanta estupidez creativa, esta lírica se reafirma para seguir creyendo en las cosas maravillosas de esta vida.<sup>50</sup>

Esa otra manera de ver las cosas, eterna de algún modo, nos conduce a evitar los micro-fascismos propios de la estupidez, y a resistir al enemigo, tanto al que nos habita como al que nos aloja: esas ciudades infernales que desgarran nuestros sueños.

En la cosmología de Spinetta descubrimos mil formas de estallar;<sup>51</sup> también hay almas que responden a llamados perpetuos;<sup>52</sup> existe urgencia porque si no se cambia hoy, no se cambia más;<sup>53</sup> surge el asombro, ¿cómo es que se pueden tocar las manos?;<sup>54</sup> de golpe sudan y tiemblan los caballos;<sup>55</sup> aparecen anillos por el espacio<sup>56</sup> y hay ruido de magia;<sup>57</sup> el paso que busca la eternidad en nosotros;<sup>58</sup> el agrado de la humanidad;<sup>59</sup> nuestras bestias y nuestras flores;<sup>60</sup> y por sobre todas las cosas, reafirmamos con él que cuando no sirve mirar, debemos sentir.<sup>61</sup>

## 5. Conclusión

Al inicio de esta contribución sostuvimos que, de la mano de Luis Alberto Spinetta, nos ilusionaba brindar contemplaciones criminológicas que priorizaran la experimentación antes que la necesidad de amoldarse a los esquemas convencionales sobre la temática. Con ese objetivo decidimos combinar a Foucault y al mismo Spinetta para trazar una definición criminológica del alma. Según la caracterización del primero de ellos se trata de la prisión del cuerpo, o para ser más exactos, el alma en Foucault está vinculada con un tipo concreto de subjetividad, con un ejercicio del poder y una producción de saberes específicos, con la disciplina, incluso con la confesión y el pecado. En el caso de Spinetta, como ya lo sostuvimos, nadie sabe lo que puede el alma: es existencia y potencia en condiciones de transformarse en luz. Más específicamente,

50 Disponible en <https://www.rionegro.com.ar/el-pan-de-luis-alberto-spinetta-GFHRN20068317630/>

51 Canción *Cada luz*, disco *Pelusión of milk* (1991).

52 Canción *Preconición*, disco *Pan* (2006).

53 Canción *Agua de la miseria*, disco *Para los árboles* (2003).

54 Canción *Ella también*, disco *Kamikaze* (1982).

55 Canción *Cristálida*, disco *Pescado 2* (1973).

56 Canción *El anillo del capitán Beta*, disco *El jardín de los presentes* (1976).

57 Canción *Ruido de magia*, disco *El jardín de los presentes* (1976).

58 Canción *Tu nombre sobre mi nombre*, disco *Estrelicia* (1997).

59 Canción *Bahía final*, disco *Los ojos* (1999).

60 Canción *Guíame*, disco *Los ojos* (1999).

61 Canción *Dos murciélagos*, disco *Para los árboles* (2003).

el alma para él es un tipo particular de piedra esculpida a base de sabiduría, pródiga en luz y refractaria al abatimiento de las instituciones.

En el segundo apartado del trabajo observamos puntos de contacto entre Spinetta y Kafka respecto de la ciudad, consonancias que no son necesariamente tranquilizadoras. Junto al escritor checo identificamos un hilo que comunica la metrópoli con el control social. Este último es el elemento diferencial para exhumar el estado de ánimo de la ciudad, y la ciudad como un estado de ánimo. La sumisión a los aludidos controles estables, o la posibilidad de insubordinarnos frente a ellos, variará según el curso de cada tentativa y de la idiosincrasia social de la cual depende la ciudad como estado de ánimo. Por su parte, en la cartografía de Spinetta debemos trazar tres líneas para explorar la ciudad: la primera se asocia a las luces perdidas, a esas luces que se pueden contar, y es sabido que una luz que pueda ser contada, es ya una luz extraviada. Otra línea que define en él la ciudad es su apetito voraz que la transforma en una hacedora de penurias. La tercera línea, y la más tenebrosa, es la del desprecio de la ciudad por el acto de nacer, por todo aquello que virtualmente esté en condiciones de crear, puesto que nacer es crear, y crear es resistir.

La última sección reflexiona sobre las identidades y las *esencias*, cuestiones para nada inocuas. Más allá que Spinetta sugiere nombres propios, lo fundamental para él son los procesos de despersonalización que se producen por medio de afectos y experiencias, y no de un yo asignable o de personas puntuales. Dichos procesos son vitales para enfrentarnos a la estupidez en general, y a la estupidez artística en particular.

Acerca del enemigo expusimos dos imágenes: una de ellas apunta a la necesidad de neutralizar al adversario supuestamente peligroso, utilizado impudicamente por políticos y medios de comunicación, con la intención de intimidar y tiranizar a grandes colectivos sociales. La imagen de Spinetta es la del enemigo ético respecto del cual hay que impedir jugar para él, puesto que al hacerlo estamos colaborando contra nosotros mismos. No hay que aceptar sus condiciones, no debemos ser nuestros propios enemigos.

Junto a la estupidez y al enemigo, dejamos para el final la evidencia más infalible que nos ha transmitido Spinetta, que se relaciona con el porvenir, con eso que llanamente designó como *un mañana*. En ese mañana posiblemente el castigo estatal se vuelva obsoleto, en ese mañana tal vez dispongamos de una nueva forma de ver las cosas alejada de las mezquindades y los microfascismos propios de la estupidez. En definitiva, la única certeza que tenemos junto a Spinetta es que si ese mañana existe, no será un *collage* de la depredación humana.



## Bibliografía

- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI Editores.
- Barrera Sánchez, O. (2011). El cuerpo en Marx, Bourdieu y Foucault. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, VI(11), 121-137.
- Bergson, H. (1977). *Materia y memoria*. Alianza
- Borges, J. L. (1930). *Evaristo Carriego*. M. Gleizer Editor.
- Defoe, D. (2017). *Historia del diablo*. Capitán Swing.
- Deleuze, G. (1987). *Foucault*. Paidós.
- Deleuze, G. (1996). *Crítica y clínica*. Anagrama.
- Deleuze, G. (1999). *Conversaciones*. Pre-Textos.
- Deleuze, G. (2000). *Nietzsche y la filosofía*. Anagrama.
- Deleuze, G. (2006). *En medio de Spinoza*. Cactus.
- Deleuze, G. (2008). *Lógica del sentido*. Paidós.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (1988). *Mil mesetas*. Pre-Textos.
- Diez, J. C. (2006). *Martropía*. Aguilar.
- Feeley, M. (2007). *The process is the punishment*. Rusell Sage Foundation.
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2003b). *Historia de la sexualidad I*. Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta*. Ad-Hoc.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI Editores.
- Janowitz, M. (1995). Teoría social y control social. *Delito y Sociedad*, 4(6/7), 5-31 .
- Kafka, F. (1973). *La condena*. Losada.
- Kafka, F. (1984). *El proceso*. Losada.
- Kafka, F. (2015). *Diarios*. Debolsillo.
- Kostenwein, E. (2021). *El castigo, esa otra bestia magnífica*. Astrea.
- Mead, G. (1997). La psicología de la justicia punitiva. *Delito y sociedad*, 6(9-10), 29-49.
- Park, R. (1999). *La ciudad y otros ensayos de ecología urbana*. Del Serbal.
- Raffin, M. (2015). La prisión, el surgimiento del “alma” moderna y la producción de la verdad en la investigación Vigilar y castigar. *Instantes y Azares. Escrituras nietzscheanas*, 79-94.
- Serés, G. (2019). *Historia del alma*. Galaxia Gutenberg.
- Spinoza, B. (1980). *Ética*. Hispamérica.
- Tedesco, I. (2004). *El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland, en Mitologías y Discursos sobre el Castigo*. Anthropos.
- Vanzago, L. (2011). *Breve historia del alma*. Fondo de Cultura Económica.

# Por un derecho posfundacional

## La política como el pulso íntimo del derecho

Nora Wolfzun<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

RECIBIDO: 13 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 25 de octubre de 2024

### Resumen

La Crítica Jurídica aloja, como una de sus premisas basales, una mirada hermenéutica atravesada por la tensión entre la permanencia y la movilidad. Esta tensión al interior del discurso jurídico es deudora de su dimensión política, que le imprime a la juridicidad una articulación dinámica de consensos y disensos epocales. Lo político, en tanto condición de posibilidad de un derecho crítico, será entendido como el agravio en torno a la igualdad, resultante de una cuenta errónea en el régimen de reparto de lo sensible, que deja a una parte sin *logos*. Este agravio motiva la irrupción igualitaria que jaquea los consensos y pugna por obtener nuevas inscripciones. La “comunidad de vida” en Esposito como conjunto de personas unidas por una común obligación de dar (la ley del don) puede y debe articularse con la “comunidad de litigio” que plantea Rancière, en términos de un reclamo igualitario que se inscribe en el ser-juntos con miras a pasar de la voz (*phoné*) a la palabra (*logos*). La hermenéutica jurídica crítica se desprende de todo fundamento último, se muestra así des-sustancializada, para abrazar lo político litigioso como invariancia estructural que habilita una puesta a punto permanente de sus bases igualitarias.

PALABRAS CLAVE: hermenéutica jurídica; derecho post-fundacional; política; igualdad.

### Abstract: “Towards a post-foundational right. Politics as the inner pulse of law”

Legal criticism houses, as one of its basal premises, an hermeneutical perspective crossed by the tension between permanency and mobility. This tension is due to its political dimension, which enables a dynamic combination of epochal consensus and disagreements. The political, as the condition of possibility of critical law, will be understood as the tort which harms equality, rooted in a false account which silences the word (*logos*) of part of the community. This tort triggers the appearance of equality that challenges agreements

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Maestría en Ciencia Política (UNSAM). Ejerce docencia de posgrado en la UBA, en las Maestrías de Filosofía del Derecho y de Derecho Administrativo.

and fights for new inscriptions. “Life community” in Esposito as a group of people linked by a common obligation to give, should be assembled with the “tort community” in Rancière, in terms of an egalitarian claim that embraces the word (*logos*) to the detriment of the voice (*phoné*). Critical legal hermeneutics detach from ultimate foundations in order to lodge the political tort as an invariant structure which enables a permanent update of its egalitarian bases.

KEYWORDS: juridical hermeneutics; postfoundational law; the political; equality.

## 1. El pasaje de la voz a la palabra

El sentido es aquello que emiten las palabras y que está más allá de ellas, aquello que fuga entre las mallas de las palabras y que ellas quisieran retener o atrapar. El sentido no está en el texto sino fuera. Estas palabras que escribo andan en busca de un sentido y en eso consiste todo su sentido.

Octavio Paz, *El mono gramático*

La Crítica Jurídica aloja, como una de sus premisas basales, un enfoque hermenéutico atravesado por la tensión invariante entre la permanencia y la movilidad. Esta tensión al interior del discurso jurídico es deudora de su dimensión política, que le imprime una articulación dinámica de consensos y disensos epocales. Lo político, en tanto condición de posibilidad de un derecho crítico, será entendido en primera instancia como desacuerdo, como disenso entre un “nosotros” y un “ellos”, en línea con Chantal Mouffe. Ese desacuerdo se resignifica en términos de un agravio (litigio) en torno a la igualdad, resultante de una cuenta errónea en el régimen de reparto de lo sensible (maneras de decir, ver, pensar y sentir) que, por definición, deja a una parte sin *logos*. Este agravio estructural motiva la irrupción igualitaria que jaquea los consensos y pugna por obtener nuevas inscripciones.

El enfoque que este trabajo procura exponer consiste en una conexión epistémica entre las categorías “comunidad de vida” de Roberto Esposito y “comunidad de litigio” que plantea Jacques Rancière. La comunidad de vida, el ser-juntos, refiere a un conjunto de personas unidas por una común obligación de dar, la ley del don, que tiende a expropiar al sujeto individual en beneficio de la alteridad. La “comunidad de litigio” en Rancière se traduce en un reclamo igualitario inscripto en la estructura del ser-juntos con miras a pasar de la voz (*phoné*) a la palabra (*logos*).

Esta perspectiva no solo intenta relocalizar el derecho en su dimensión colectiva sino que además asume su marca de origen: un litigio producto de una desigualdad estructural que convierte al ser-en-común de Esposito en una ineludible búsqueda igualitaria por la inclusión.

En este sentido, la hermenéutica jurídica crítica, deudora de un derecho democrático, se desprende de todo fundamento último, se des-sustancializa, para abrazar la dimensión política que habilita una puesta a punto permanente de sus bases igualitarias al interior de su universo interpretativo.

## 2. Un derecho anfibio

La verdad histórica no es lo que sucedió,  
sino lo que juzgamos que sucedió.

Jorge Luis Borges, *Ficciones*

El mundo de lo humano es el mundo del sentido, que adjudica significaciones epocales a la tenaz objetivación, transformándola al interior de un cierto juego de lenguaje en línea con nuestro segundo Wittgenstein.

De acuerdo al pensamiento luhmanniano, el derecho, tal como cada sistema lo hace, construye su propia realidad a la medida de sus necesidades. Es soberano en la atribución de sentido, en la construcción de identidades, ficciones, clasificaciones, relaciones, diferencias. Y si a esto sumamos la idea del derecho como discurso del poder (y al Estado como detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima), comprendemos la enorme tentación de lo jurídico por pretender un universalismo incuestionado acerca de su mirada sobre el mundo social. Para las teorías críticas del derecho, los hechos y normas no son más (ni menos) que artefactos contruidos hacia el interior del sistema jurídico, a partir de una lógica propia y de espaldas a cualquier aproximación ontológica, lo que al mismo tiempo crea campos de sensibilidad y de indiferencia, así como nada existe por fuera de su compleja red de operaciones selectivas. La realidad como artificio invita a pensar en muchos mundos posibles, mundos constructores y no deudores pasivos de sus particulares regímenes de verdad. El abandono de un pensamiento sustancialista y estático abre un abanico de ideas útiles para pensar en el protagonismo del derecho en su construcción y transformación (Wolfzun, 2012, p. 196).

La entrada general al campo hermenéutico no puede sortear el puente borgeano entre lo finito y lo infinito. Son dos accesos ineludibles, dos opuestos que se abrazan y co-implican en la tarea fundamental de desentrañar el sentido. *La biblioteca de Babel* del mundo borgeano nos inunda de textos y libros infinitos entre los que nos perdemos, imposibilitando la clausura, sin principio ni fin. Al mismo tiempo, *El libro de arena* amenaza con el movimiento inverso: todos los libros condensados en uno solo. En el estadio intermedio se aloja nuestra infatigable tarea hermenéutica, oscilando permanentemente entre la certeza y la indeterminación, a la espera del mejor y más justo sentido posible para cada caso, para cada problemática.

En síntesis, una mirada constructivista del fenómeno de la juridicidad parte de la imposibilidad de una correspondencia entre lo acontecido y lo relatado. Esto permite desacralizar, en primera instancia, la búsqueda de “el” sentido inequívoco, para orientarse hacia la construcción de aquellas interpretaciones que resultan más plausibles, más viables o que respondan a criterios de coherencia tanto normativa como narrativa. Es decir, entre lo real, la experiencia, el acontecimiento, y su configuración hay un hiato ineludible (el signo está en lugar del dato concreto). El carácter instituyente del lenguaje como formador de las

condiciones de posibilidad de todo proceso comprensivo nos obliga a redefinir el derecho más allá de su dimensión normativa. No hay un lenguaje neutro como tampoco un derecho objetivo (Wolfzun, 2021, pp. 403-404).

### 3. La tarea de traducir la verdad

Cada etapa de la vida es una edición que corrige la anterior, y que será corregida también, hasta la edición definitiva, que el editor obsequia gratuitamente a los gusanos.

Antonio Machado de Asís, *Memorias póstumas de Bras Cubas*.

El operador del derecho (paradigmáticamente la jueza/el juez, canon del sujeto cognoscente en palabras de Carlos Cossio) lleva a cabo una ardua tarea de interpretación en términos de traducción. Traducir implica reconstruir siempre desde un terreno de materiales y significaciones previos que nos puede habilitar a la ratificación de un cierto sentido o a su transformación periférica o nodal. En la tarea de afirmar o renovar el sentido en el campo de la juridicidad, el operador se transforma por estructura en caja de resonancia de los niveles imaginarios, cognitivos y simbólicos del grupo social al que pertenece. Es decir que su calidad de vocero de un particular régimen de producción de sentido anclado en tiempo y espacio, lo aleja de los fantasmas del relativismo y del solipsismo, como bien lo expresa Stanley Fish. Este autor (1980, p. 320) utiliza la idea de comunidad interpretativa, es decir, la tarea hermenéutica se produce al interior de un contexto cognitivo, político y social determinado. No podemos escapar de ser “sujetos situados”.

Traducir el pasado, como todo proceso de producción de sentido, no implica una mera crónica: la tarea de la traducción articula una dimensión episódica, conformada por su aspecto referencial y una dimensión configurativa que implica convertir lo episódico en una estructura con sentido, o como dice Ricoeur (2007, p. 39), una intriga planteada con sentido de final. Este planteo implica pasar de la “intratemporalidad” característica de la crónica a la “historicidad” en tanto extensión temporal de los hechos. El aspecto configurativo es la base de la inteligibilidad en la tarea de traducir.

En este sentido, el juez/la jueza reflexiona, organiza, selecciona la dimensión factual y normativa de un caso, en el marco de sobre-determinaciones epocales que impactan sobre su material, lo que lo torna significativo. Dado que no existe el traductor primero u original, el juez reescribe relatos de otros (partes, testigos, peritos) que a su vez “reescriben” el propio. Podemos decir entonces que todo texto jurídico es inter-texto, atravesado por citas, reenvíos y traducciones.

La hermenéutica jurídica dosifica en cada caso, lo que Kennedy (1999, pp. 119-121) llama los componentes normativos y no normativos que conforman el campo de relevancia a la hora de juzgar, en el entendimiento de que sus conclusiones deben tener legitimidad frente a sus pares

y frente a la sociedad toda, cuyo *logos* también integra e impregna de manera inextricable el campo de la hermenéutica. En esta tarea de transformar *factum* en *artefactum*, el operador del derecho pone en acto la dimensión *política* de su actividad jurisdiccional: sancionar o absolver, incluir o excluir, alojar o prohibir, delimitar el adentro y el afuera son estrategias políticas inextricablemente unidas a su tarea experta en particular y al derecho en general.

La traducción en el sentido de “dar a entender” siempre marca una plusvalía, nos dice Derrida (2006, p. 104) en el *Monolingüismo del otro*. Esta idea de plusvalía nos aleja de la neutralidad y permite repolitizar la palabra jurídica.

#### 4. El derecho como comunidad de vida

Un día se había animado a decirle a Laura:

“Si se pudiera romper y tirar el pasado como el borrador de una carta o de un libro. Pero ahí queda siempre, manchando la copia en limpio y yo creo que eso es el verdadero futuro”.

Julio Cortázar, *Cartas de mamá*

El énfasis de este trabajo está puesto en la dinámica articulación entre vida y litigio. Comenzaremos entonces por ponderar un derecho comunitario que sustente una lógica de dación recíproca, la lógica del don y la destitución de la centralidad del sujeto individual. Esto conlleva una tarea de desmonte de la ininterrumpida permanencia en el tiempo del dispositivo de la persona. Dicho dispositivo, afirma Esposito (2003), ha generado una brecha dolorosa entre derecho y vida desde su origen hasta hoy. Su fallida articulación se produce entre otras causas en razón del desdoblamiento conceptual de la categoría de persona: imagen/sustancia, jurídico/teológico, corporalidad/espiritualidad, en virtud del cual algún polo de ese desdoblamiento siempre queda fuera de la protección legal (el siglo 19 y primera mitad del 20 protegió la corporalidad en desmedro de lo espiritual y el siglo 20 de posguerra, por el contrario, amparó la espiritualidad, invirtiendo así el énfasis). Esta oscilación provoca exclusión y abandono, según lugares y épocas.

De espaldas a la categoría de persona, en *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Esposito aborda y analiza el itinerario de la modernidad en términos de comunidad e inmunidad definiendo a la primera como un conjunto de personas unidas por una común obligación de dar. En *Communitas* (2003, pp. 22-23) Esposito logra su primer corte de bisturí al sustraerse a la dialéctica que domina el debate actual, es decir, la co-implicancia entre la comunidad y su inflexión subjetivista:

Lo que en verdad une a todas estas concepciones es el presupuesto no meditado de que la comunidad es una «propiedad» de los sujetos que une: un atributo, una determinación, un predicado que los califica como pertenecientes al mismo conjunto. O inclusive una «sustancia» producida por su unión. En todo caso se

concebe a la comunidad como una cualidad que se *agrega* a su naturaleza de sujetos, haciéndolos *también* sujetos de comunidad. *Más* sujetos.

Es decir que lo común implica una calificación de lo propio: se es propietario de algo común. Si partimos de otra posibilidad etimológica del término *communitas* y en un intento de rescatar sus huellas originales, Esposito focaliza el término *munus* de *cum-munus*. *Munus* puede significar *onus* (obligación), *officium* (oficio, función) y *donum* (don). Las dos primeras acepciones son formas del deber, pero Esposito subraya que también lo es el don. El *munus* es un don obligatorio, aunque suene antitético. En el derecho romano, el *munus* era el tributo que alguien debía pagar por vivir o formar parte de la comunidad. Su forma aporética reside en que es un don que se da porque se debe dar y no puede no darse. La comunidad deja de ser entonces aquello que sus miembros tienen en común, para ser abordada como el conjunto de personas que están unidas por un deber, una deuda. Esta común obligación de dar a través de la cual un grupo se encuentra religado, la “ley del don”, es una forma que tiende a “expropiar” al sujeto individual en beneficio de la alteridad.

Por su parte, la figura del inmune no es simplemente distinto del “común”: es su contrario. Se trata, entonces, de un vocablo privativo que deriva de negar el *munus*. Señala Esposito (2003, p. 40): “los individuos modernos llegan a ser tales, esto es, absolutos, rodeados por unos límites precisos que los aíslan y protegen, solo habiéndose liberado preventivamente de la “deuda” que los vincula mutuamente”. La inmunidad se impone como huida de la obligación recíproca, de la prestación mutua.

Necesario para su supervivencia, el derecho se relaciona con la comunidad al inmunizarla, al mismo tiempo que la arranca de su posible clausura. Es decir, la dimensión inmunitaria, como parte estructural e interna de la comunidad, funciona, en cada caso, a la manera de una valla que la preserva de su completitud totalizadora.<sup>2</sup>

La vida involucra a la persona y al mismo tiempo la sobrepasa, la eyecta a su exterioridad material, en favor de deseos colectivos que el derecho subjetivo no abarca. La alianza entre vida y derecho se sustrae al corte subjetivista para reconducirlo a lo impersonal de la comunidad. Una de las dimensiones constitutivas del *munus* es entonces el carácter “impropio” de nuestro ser-en-común. “No es lo propio, sino lo impropio —o, más drásticamente, lo otro— lo que caracteriza a lo común” (Esposito, 2003, p. 30). “Lo otro” habilita el juego de los disensos (lo específicamente político en términos de desacuerdo o conflicto) que garantizan un derecho democrático.

---

<sup>2</sup> La inmunidad pretende resguardar a la comunidad pero no de un riesgo externo, sino de algo que forma parte originariamente de ella y es más, la constituye en cuanto tal. Lejos de ser una posibilidad patológica, existe una mutua co-implicancia original entre comunidad e inmunidad.

## 5. Relación mimética entre derecho y violencia

En lo esencial, una sociedad puede contener su violencia si se engaña acerca de sus modos de engañarla.  
Eligio Resta, *La certeza y la esperanza*

Desde una matriz paradójica, afirmamos con Esposito que todo acto de protección comunitaria implica al mismo tiempo una definición inmunitaria de la comunidad, que actualiza cada vez la dupla protección-abandono que marca la intimidad estructural entre violencia y derecho.

En Benjamin (2001, p. 118) la crítica de la violencia es la crítica del derecho que se apropia de ella en un juego mimético. El surgimiento mismo de la justicia y del derecho (su momento instituyente, el hacer la ley) implica un golpe de fuerza, una violencia realizativa que no es justa ni injusta en sí misma y que ninguna justicia ni derecho previos podría garantizar o invalidar (Derrida, 2002, pp. 32-33).

El nudo de la crítica en Benjamin queda individualizado en el punto en que la tradición ha operado el máximo de desconocimiento al pensar el derecho como el lugar antitético de la violencia, lo que consolida el mito del no conflicto, del orden y los consensos (Ruiz, 2014, p. 205). Como diría Rancière, es el reino del derecho como supresión de la distorsión (1995, p. 136).

“Ley, escritura, violencia: nudos en torno a los cuales gira el juego de la ambivalencia del *pharmakon*” (Resta, 1995, p. 90). La “farmacia” platónica combina a la vez veneno y su antídoto, libera pero al mismo tiempo confirma en la esclavitud, emancipa y en el mismo instante vincula. En este sentido, Resta (1995, p. 31) afirma, como lo hace Ruiz, que las paradojas del fenómeno jurídico, lejos de resolverse, solo se soportan en su desplazamiento y elusión.

En el marco de la relación mimética entre derecho y violencia, la ley la incorpora pero al mismo tiempo la reduce. Reproduce su estructura, pero al gobernarla la contiene. La ambivalencia permanece, pero doblegada, gestionada.

Si partimos de esta alianza, el fenómeno jurídico hace cuerpo con *una estructura de bando*. Para parafrasear a Agamben (2017, p. 18), la estructura de la juridicidad articula una zona de indistinción en el que la regla y la excepción confrontan en inestable ambivalencia. El derecho renueva, cada vez, este umbral entre lo externo y lo interno, entre la tutela y el abandono.<sup>3</sup> Los orígenes de la juridicidad no se remontan, entonces, a un contrato, sino a una zona de indeterminación mucho más compleja, que pone en tensión la voz (*phoné*) y la palabra (*logos*).<sup>4</sup> La voz es precisamente lo que no se puede revisar, es siempre mutable y

<sup>3</sup> La palabra bando tiene dos significados: uno inclusivo o integrador (la proclama, el orden, el mandato que se dirigen a un grupo para tutelarlos, o para identificarlos) y otro excluyente que tiene su cifra en el término abandono. Integrar y abandonar es la tensa alianza del bando (Agamben, 1998, p. 248).

<sup>4</sup> El libro I de la *Política* de Aristóteles define el carácter eminentemente político del animal humano. Solo el hombre posee la palabra. La voz es el medio de indicar el dolor y el placer y por ello es dada a los otros animales. Pero la palabra está presente para manifestar lo útil y lo nocivo, lo justo y lo injusto. Es la comunidad de lo bueno y lo malo, lo justo



fugaz. Está en el punto de excepción, que amenaza con convertirse en regla. En esta dialéctica entre la voz y la palabra, la justicia como esa “voz” que decide, es a la vez conservadora y suspensiva de la ley para poder reinventarla en cada caso: debe pasar siempre por la prueba de lo indecible, enfatiza Derrida (2002, pp. 52-60). Es un momento finito, de presencia y precipitación, que abre al por-venir la transformación y el cambio.

Desplazar las categorías de pacto, de contrato, de consensos traslapados, para reorientar nuestro análisis hacia el desafío de estar inscriptos en una estructura de bando, nos habilita a adquirir conciencia de su aporía estructural. Frente a los peligros de una ley total, la estructura de bando como zona de indistinción entre la inclusión y el abandono en el campo del derecho, nos “condena” saludablemente a buscar sin pausa nuestro derecho a narrar y re-politizar la palabra en nuestra práctica jurídica cotidiana

En esa zona tensa entre la inclusión y el abandono, Rancière ubica su conceptualización del desacuerdo como litigio inerradicable de la política y el derecho.

## 6. Lo político como *agon*

En cada ciudad podemos hallar esos dos deseos diferentes el hombre del pueblo odia recibir órdenes y ser oprimido por aquellos más poderosos que él y a los poderosos les gusta impartir órdenes y oprimir al pueblo.  
Maquiavelo

En la línea de Mouffe, el conflicto, los juegos de poder, el nosotros-ellos son la especificidad de lo político, que al partir de un antagonismo estructural a la Schmitt (amigo-enemigo) se reconduce democráticamente hacia un juego de hegemonías y contra-hegemonías, donde cada polo es condición de posibilidad del otro (2014, pp. 25-33). De acuerdo a este desarrollo, la Crítica Jurídica sostiene la funcionalidad paradójica del derecho como poder-resistencia: al mismo tiempo que normaliza determinado sentido de lo jurídico, soslaya o invisibiliza otro (su exterioridad constitutiva, donde se gesta la resistencia contra-hegemónica), en un juego constante de estabilidad y transformación. El modelo adversarial (o agonista) se expresa de manera adversarial en términos de confrontación política, y desplaza la confrontación moral entre el bien y el mal y los peligros que ello conlleva (Mouffe, 2007, p. 12). Por otro lado esta perspectiva agonal aloja las identidades colectivas buscando encauzar las pasiones, deseos, fantasías sociales, para asegurar una movilización democrática de la dimensión afectiva. Una democracia viva asume el litigio entre adversarios y el reconocimiento legítimo de las posiciones que mantienen los otros. Este tipo de concepción de la

---

y lo injusto, la que hace la familia y la ciudad. El destino del hombre queda atestiguado por un indicio: la posesión del *logos*, es decir de la palabra que manifiesta.

política democrática es impensable en el seno de una problemática individualista y racional (en línea con Rawls, por ejemplo) que necesariamente tiende a borrar el *agon* y con ello lo más radical de la política.

Como corolario de este modelo, todo acuerdo o consenso se presenta como precario e indecible. Es decir, todo orden que se imponga tendrá naturaleza hegemónica pero será una articulación contingente de relaciones de poder, que renuncian a un fundamento racional último.<sup>5</sup> En suma se trata de lograr el reconocimiento de lo político en su dimensión más radical, donde se reconozca el poder, los afectos, la coagulación de hegemonías contingentes, la imposibilidad de los reduccionismos racionalistas (Mouffe, 2012, p. 25).

En línea con Mouffe, Rancière entenderá por desacuerdo un tipo determinado de situación de habla: aquella en la cual uno de los interlocutores entiende y a la vez no entiende lo que dice el otro. El desacuerdo no es el desconocimiento ni tampoco el malentendido; no es conflicto entre quien dice blanco y quien dice negro. Es el que existe entre quien dice blanco y quien dice blanco pero no entiende lo mismo. Por ejemplo, en la *República* de Platón, la filosofía política comienza su existencia por el largo protocolo del desacuerdo sobre un argumento acerca del cual todos están de acuerdo: que la justicia consiste en dar a cada uno lo que se le debe. Cabe aclarar que el desacuerdo no se refiere solamente a las palabras sino también a la situación misma de quienes hablan. Las estructuras del desacuerdo son aquellas en las que la discusión de un argumento remite al litigio sobre el objeto de la discusión y sobre la calidad de quienes hacen de él un objeto.

## 7. Rancière: la secreta complicidad entre política y derecho

Y he descubierto que muchas veces es lo que cambia en una lo que le permite a una seguir siendo la misma. Y que lo que permanece en una intacto, puede cambiarla para mal.  
Juan José Saer. *Sombras sobre un vidrio esmerilado*

En *El desacuerdo* (1996, p. 43), Rancière suspende la comprensión de la política como gestión por parte de profesionales y especialistas en busca de acuerdos y de asignación de lugares en la sociedad, para introducir una mirada disensual al interior de una “comunidad de litigio”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> La autora elabora este modelo como forma de dar respuesta a lo que ella considera “la paradoja democrática” (Mouffe, 2012, p. 21) en la que se encuentran sumidas las sociedades modernas de Occidente, cuyos órdenes políticos se apoyaron en una irreductible conjunción de dos tradiciones de pensamiento diferentes: por un lado, la del liberalismo, cuyo discurso subraya el valor de la libertad individual y los derechos humanos. Por otro lado, la tradición democrática, que pone el énfasis en la igualdad y la soberanía popular. La democracia liberal se presenta entonces en términos de tensión, como una histórica lucha entre dos principios que nunca llegan a realizarse de forma plena.

<sup>6</sup> El modo disensual consiste en iniciar las reflexiones identificando primeramente las bases del consenso u opinión generalizada sobre un tema, para después mostrar que tal consenso debe suspenderse alojando la igualdad que

Esta comunidad litigiosa, antes de referirse a los derechos, se gesta como comunidad política a partir de un agravio en torno a la igualdad, agravio estructural en la distribución de las partes de la comunidad, que habilita su reclamo en modo presente. De qué cosas hay igualdad y de qué cosas no hay igualdad; qué son esas cosas; quiénes son los unos y los otros; cómo es que la igualdad consiste en igualdad y desigualdad: éste es el aprieto y la cuenta errónea (Bassas, 2019, p. 70).

El autor ubica esta cuenta errónea en los orígenes de la filosofía política. En la *República*, Platón plantea una ciudad sin distorsión, una ciudad donde la superioridad ejercida según el orden natural produce la reciprocidad de los servicios entre los guardianes protectores y los artesanos que aseguran la subsistencia. Lo justo es un estado donde el *sympheron* (ventaja, utilidad que obtiene un individuo o una comunidad de una acción, pero a partir de una relación consigo mismo) no tiene por correlato ningún *blaberon* (perjuicio surgido de una relación con otro). Son falsos opuestos. La buena distribución de las ventajas supone la eliminación de la distorsión. La justicia como virtud es la elección de la medida que cada parte toma respecto de lo común, solo en la medida en que le corresponde. Ella determina el orden de distribución de lo común (Rancière, 1996, p. 17).

Para los fundadores de la filosofía política la sumisión de la lógica del intercambio (bienes individuales) al bien común, se expresa de una manera determinada: es la sumisión de la igualdad aritmética (la justicia conmutativa que compensa ganancias y pérdidas que preside los intercambios comerciales y las penas judiciales), a la igualdad geométrica (bien común) que establece la proporción de las partes de la cosa común según la cuota que cada una aporta. Para que la ciudad esté ordenada según el bien, es preciso que las cuotas de la comunidad sean proporcionales a las *axiai* (Rancière, 1996, pp. 18-19).

Aristóteles enumera tres *axiai*: la riqueza de los pocos (los *oligoi*); la virtud o la excelencia (*areté*) de los mejores (*aristoi*); y la libertad (*eleutheria*) que pertenece al pueblo (*demos*). Si los combinamos nos da el bien común. Pero de estos tres, hay un solo título que se deja reconocer con facilidad: la riqueza de los *oligoi*. La ley de la oligarquía consiste en que la igualdad aritmética rija sin trabas, que la riqueza sea inmediatamente idéntica a la dominación. A ésta se agrega la dominación natural de los nobles, que por el carácter ilustre de su linaje, equivalía a su dominación como ricos propietarios.

¿Y qué es en cambio la libertad aportada por la gente del pueblo? ¿Y en qué le es propia? Aquí se aloja la falsa cuenta: lo propio del *demos* que es la libertad, no solo no se deja determinar por ninguna propiedad positiva, sino que ni siquiera le es propia. Las gentes del pueblo son simplemente libres como los otros. El pueblo no es otra cosa que la masa

---

Rancière coloca en la base de todo pensamiento político, pedagógico o artístico. Empieza siempre por identificar un consenso acerca de una manera de ver y sentir, lo que llama un "reparto de lo sensible". Este consenso promueve la desigualdad y para interrumpirlo, se propone un disenso que parta de la igualdad de cualquiera con cualquiera. La escritura disensual se convierte en el principio metodológico de las obras de Rancière (Bassas, 2019, pp. 25-28).

indiferenciada de quienes no tienen ningún título positivo (ni riqueza ni virtud) pero no obstante se le reconoce la misma libertad que a quienes la poseen. La libertad es la cualidad de quienes no tienen ninguna otra: se trata de una virtud común.<sup>7</sup> Por eso, el título que aporta el *demos* es una propiedad litigiosa ya que estrictamente no le pertenece.

Pero al mismo tiempo, el *demos*, es decir el agrupamiento fáctico de los hombres sin cualidades, de aquéllos que según Aristóteles “no tenían parte en nada”, se identifica por homonimia con el todo de la comunidad. Los que no tienen parte (pobres, tercer estado, proletariado moderno) no pueden tener otra parte que la nada o el todo. Es decir que hay un exceso: el pueblo identificado con la comunidad y hay un menos: su propiedad es impropia. Y es justamente a través de la existencia de esta parte de los sin parte, que la comunidad existe como comunidad política, dividida por un litigio fundamental que refiere a la falsa cuenta de sus partes antes incluso de referirse a sus derechos. El pueblo gesta e instituye la comunidad de lo justo y de lo injusto.

## 8. Igualdades en pugna

Ser todo el tiempo un hombre de grandes convicciones puede ser agobiante. Las pequeñas, en cambio, están a mano.  
Roque Larraquy, *La comemadre*

Tres grandes maneras de entender la igualdad disputan la escena filosófica, que Rancière utiliza para distinguirlas de la igualdad en sentido posfundacional.

**8.1.** Platón (Libro VIII de las *Leyes* y libros III y IV de la *República*) quiere sustituir una igualdad aritmética por una igualdad geométrica que armonice el alma de la ciudad. Es el típico gesto de la política tradicional en tanto realización de una esencia determinada por la filosofía. El régimen que Platón defiende y que llama *politeia* (en singular, opuesto a todos los regímenes que se basan en el desacuerdo) implica un modelo de comunidad en términos de organismo vivo regulado por su propia ley. El orden de la *politeia* presupone la ausencia de todo vacío, donde no hay lugar para el agravio. La archipolítica platónica es fundacional. Todo lo sensible (maneras de decir, sentir, vivir, etc.) resulta estar determinado por la ley comunitaria. Toda la *physis* se convierte en *nomos*.

La parapolítica de Aristóteles también es una concepción que responde a una esencia. Hay una estricta correspondencia entre un modo de ser y una manera de decir, ver, pensar

<sup>7</sup> La libertad del *demos* no es ninguna propiedad determinable sino una pura facticidad (por el mero hecho de haber nacido en tal ciudad, especialmente en la ateniense, después de que en ésta se aboliera la esclavitud por deudas). Cualquier cuerpo parlante, dice Aristóteles, condenado al trabajo y a la reproducción, cualquier artesano o tendero se cuenta en esa parte de la ciudad que se denomina pueblo, como participantes en los asuntos comunes en tanto tales.

y sentir. En el segundo libro de la *Política*, intentó incluir la parte de los sin parte y sus voces excesivas en el interior de la comunidad. En vez de sustituir directamente a la manera platónica la lógica de la igualdad por la lógica policial, la parapolítica intenta asumir la igualdad como el *telos*, propio del orden policial de la comunidad. La política para Aristóteles es la distribución de lugares de poder y de gestión de la dominación. El *telos* de la comunidad tiende hacia una figura democrática que se presenta como la mejor democracia: la democracia rural. La figura de la buena democracia asume las voces excesivas del *demos* en el *telos* de la comunidad ubicándolo lejos de la polis, de los centros de decisión y de poder. Es decir, desde un criterio de espacialización, el *demos* no puede perturbar los asuntos comunes de la asamblea.

Por último, la metapolítica, para Rancière, se basa en la imposibilidad de toda práctica política de la igualdad por la existencia de un agravio absoluto. La política es la manifestación de su falsedad esencial. Hay una distancia que se abre entre una declaración ilusoria de la soberanía del pueblo y la realidad que ahí se esconde, realidad que es la sociedad y su división en clases. En la interpretación metapolítica, la soberanía del pueblo que aparece en el sistema jurídico-político se reduce efectivamente a una mera apariencia que conduce a una democracia formal, a la que se opone la realidad de un poder que pertenece verdaderamente al pueblo. Emerge una oposición entre los que juegan el juego de estas meras formas y los que conducen la acción para disipar ese juego de formas: la oposición entre el pueblo jurídico-político y el pueblo como movimiento social, actor que suprime las apariencias de la democracia. Se entiende así el doble sentido del prefijo “meta”: por un lado remite a la política a un más allá de ella (la lucha de clases detrás de las apariencias) y por otra parte, el acompañamiento científico que trata de revelar la verdad de esas apariencias, de la ilusión de la política. Se produce un corte epistémico entre ciencia e ideología (Bassas, 2019, pp. 77-90).<sup>8</sup>

**8. 2.** La igualdad que Rancière propone es posfundacional: no deriva de un principio metafísico, una ley o una esencia. No es una meta ni un derecho humano ni el postulado de una teoría política. Ella parte de una concepción de comunidad como recuento de las partes que siempre resulta ser una cuenta errónea (siempre deja de contar una parte), que en un momento dado reclama la igualdad señalando el agravio que sufre. Este agravio deriva a su vez de la falta de fundamento, de principios, de *arkhé* de todo orden social (Bassas, 2019, pp. 71-76).

Hay política y no simplemente dominación, entonces, cuando un orden natural de la dominación es interrumpido por la institución de una parte de los que no tienen parte. Estos aportan el nombre vacío de libertad, la propiedad impropia, el título del litigio. Y este

---

<sup>8</sup> Para Rancière, la emancipación no es, como afirmaba Althusser, una cuestión de ciencia. La emancipación se considera siempre en presente: es asumir las tensiones irresueltas entre la tentativa de vivir desde la igualdad en un marco de desigualdad.

*blaberon* anuncia una nueva geometría: la igualdad de cualquiera con cualquiera, en última instancia, la ausencia de punto de partida, la pura contingencia de todo orden social. El “cualquiera” es la revelación brutal de la anarquía última sobre la que descansa toda jerarquía. Existe para el autor una contradicción primordial: hay quienes mandan y hay quienes obedecen. Pero para obedecer una orden se requiere dos cosas: hay que comprenderla y comprender también que hay que obedecerla. Y para eso, ya es preciso ser igual a quien nos manda. Es esta igualdad la que carcome todo orden natural.

Esta desigualdad geométrica que crea la política no es del orden de ninguna culpa que exija reparación. Es la introducción de una inconmensurabilidad en el corazón de la distribución de los cuerpos parlantes (Rancière, 1996, pp. 33-34). Es el desacuerdo que irrumpe para intentar igualar.

**8.3.** La práctica de la igualdad tiene un sentido teatral: la subjetivación política (el acto emancipatorio) es una práctica performática. Interrumpe un reparto dado de lo sensible consensuado para abrir un “como si”, un campo de experiencia que no existía antes. En la subjetivación política de los sin parte (pueblo, mujeres, obreros, negros, indignados, refugiados) se produce un movimiento de desdoblamiento que yace en la base de la emancipación. Así, el obrero deja de ser obrero para ser “como” obrero, es decir, se abre una desidentificación y al mismo tiempo una nueva identificación mediante el desdoblamiento. Se abre una dramaturgia, una nueva escena de apariencia durante un tiempo antes de que esta se reifique, el derecho la incorpore y se convierta en un nuevo consenso (Bassas, 2019, pp. 94-99).

Cada vez que los sin parte interpretan la igualdad y ponen en juego un *in-between*, un ser-entre, no lo hacen en su propio nombre (simplemente en tanto obreros, plebeyos, mujeres, negros, etc.), sino en una tensión entre el nombre propio y el impropio o a-nónimo. Por eso la política es un cruce que a la vez crea derecho entre la singularidad de la lucha y la universalidad anónima de la práctica de la igualdad.

## 9. La política como el pulso íntimo del derecho

Es fundamentalmente falso hablar siempre sólo de un “perfil naturalista y tenebroso” del poderío, pensando en la acumulación de poderío por medio de la guerra, o contraponer política (esto es lucha política por el poder) y moral, como opuestos que se excluyen recíprocamente.

El choque que aquí se pretende es en verdad más profundo. Es en la estructura antinómica, en el doble sentido de lo político mismo.

Gerhard Ritter. *La cara demoníaca del poder*

Rancière nos cuenta la historia de Tito Livio sobre la secesión de los plebeyos en el monte Aventino en el año 297 AC. El historiador romano cuestiona la escena común entre los plebeyos, que solo tienen *phoné* (que solo experimentan el dolor y el placer) y los patricios,

que tienen el *logos* (sentido de justicia). Pero en la sublevación, dice Rancière, los plebeyos abren una escena común y hablan (*logos*) “como” los patricios. Es decir, abren una escena “como” iguales, de tal modo que la dominación de los patricios se vuelve contingente.

Si pensamos la política como el pulso íntimo del derecho es porque es generadora y condición de posibilidad de interrupciones igualitarias, de nuevas subjetivaciones, de disensos dentro del orden consensuado, porque favorece el pasaje de la voz a la palabra. La palabra, el lenguaje, como bien nos recuerda Roland Barthes en *El placer del texto y Lección inaugural* (2015, p. 96) es la residencia del poder. Sustraerse al poder implica “salirse” del lenguaje. Pero lamentablemente el lenguaje no tiene exterior, es “a puertas cerradas”. Sin embargo, no vemos el poder que hay en la lengua porque olvidamos que toda lengua es clasificación y que toda clasificación es opresiva: *ordo* en latín quiere decir repartición y conminación. Una lengua (dice Jakobson) se define menos por lo que permite decir que por lo que obliga a decir. Hablar, entonces, es comunicar y sujetar al mismo tiempo. En el juego de la polisemia, la connotación, la expresividad, la intertextualidad, los tropos del discurso, el lenguaje siempre se desborda al exterior, pero al mismo tiempo torna inteligibles y válidas todas las abducciones que hacemos o que haremos. Interpretar es descifrar. Frente a la imposibilidad de un punto cero en la escritura, la lengua está siempre comenzada.

Como pulsión transformadora, la dimensión política de la palabra jurídica permea el campo hermenéutico ampliando con nuevas voces el mundo del *logos* jurídico, en el marco de una operación multidimensional, compleja, alejada de cualquier lógica silogística, orientada al logro de una traducción verosímil. Recurriendo a François Ost (1993, pp. 182-194), el derecho como red que genera su propio movimiento y espacio, nos atrapa entre sus nodos y sus líneas de fuerza, de manera que no solo los expertos u operadores del derecho llevan a cabo una tarea hermenéutica sino que cada uno de los usuarios y destinatarios del derecho, es decir una multiplicidad de actores contribuyen, a través de sus acciones, omisiones, reacciones, reclamos, resistencias, aprobaciones, a construir sentidos epocales en torno a lo justo y lo injusto.

El escándalo del derecho, afirma Rancière, consiste en alojar el litigio como su inasibilidad estructural, que lo torna an-arquico (sin *arkhé*) y que favorece su renovación y transformación con cada interrupción igualitaria. Al institucionalizar el litigio, el discurso jurídico lo resuelve e incorpora al nivel normativo, pero al mismo tiempo deja abierta la posibilidad de nuevas subjetivaciones políticas, en el entendimiento de que la igualdad es su impostergable horizonte de sentido, deseado y deseable.

## Bibliografía

- Agamben, G. (2017). *Lo que resta de Auschwitz*. Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos.
- Barthes, R. (2015). *El placer del texto y Lección inaugural*. Siglo XXI Editores.
- Bassas, J. (2019). *Jacques Ranciere: ensayar la igualdad*. Gedisa.
- Benjamin, W. (2001). *Ensayos escogidos*. Ediciones Coyoacán.
- Derrida, J. (2006). *El monolingüismo del otro*. Manantial.
- Derrida, J. (2002). *Fuerza de ley*. Tecnos.
- Esposito, R. (2003). *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Amorrortu.
- Fish, S. (1980). *Is there a text in this class?* Harvard University Press.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología jurídica*. Siglo del Hombre Editores.
- Mouffe, Ch. (2014). *Agonística*. Fondo de Cultura Económica.
- Mouffe, Ch. (2012). *La paradoja democrática*. Gedisa.
- Mouffe, Ch. (2007). *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Ost, F. (1993). Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 169-195.
- Rancière, J. (1996). *El desacuerdo*. Ediciones Nueva Visión.
- Resta, E. (1995). *La certeza y la esperanza*. Paidós.
- Ricoeur, P. (2007). *Tiempo y narración I*. Siglo XXI Editores.
- Ruiz, A. (2014). La paradojalidad del derecho y el lugar del juez. *La letra y la ley*, 203-213. Infojus.
- Wolfzun, N. (2021). Derecho y traducción: una batalla íntima. En Cárcova C. (comp.): *Semiosis y derecho*. Editorial Astrea.
- Wolfzun, N. (2012). La presencia de lo excluido: algunos insumos luhmannianos para la crítica jurídica. *Revista Filosofía del Derecho*, 1(1). Infojus.



# El derrame punitivo por sobre la expansión educativa

Una aproximación hermenéutica a la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe

Mauricio Manchado<sup>1</sup>

CONICET, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

RECIBIDO: 10 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 15 de octubre de 2024

## Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe, n° 14243, sancionada en el mes de diciembre de 2023 al asumir la nueva gestión de gobierno provincial, en relación con el lugar otorgado a la educación –tanto formal como no formal–. El artículo parte de examinar cuáles son las implicaciones directas –materializadas en la omisión o exacción de capítulos referidos a la temática– e indirectas –y allí una concepción de gestión de la cárcel–, al inscribirse en esa relación la legalización de figuras clasificatorias preexistentes, como el preso de “alto perfil”. Esta caracterización comprende a casi el 6 % de la población total encarcelada en todo el sistema penitenciario santafesino, pero se ha convertido en el argumento central para fortalecer, sobre ese conjunto de la población, la lógica de la cárcel depósito y por tanto, la negación o restricción del ejercicio de los Derechos Humanos bajo el argumento de la “peligrosidad”. Este ejercicio hermenéutico sobre la ley de ejecución penal, intenta entonces poner en relación dos variables: seguridad y Derechos, que históricamente se han tensionado en las prisiones, pero que encuentran ahora, bajo el argumento de la gestión de riesgos, una nueva forma de aparición en la historia carcelaria santafesina.

PALABRAS CLAVE: ley; castigo; educación.

---

<sup>1</sup> Doctor en Comunicación Social por la Universidad Nacional de Rosario; Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina (Conicet) y Codirector del Centro de Investigación de Comunicación en Contextos Socio-Educativos del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencia Política y RRII de la UNR.

## **Abstract: “The punitive spill over educational expansion. A hermeneutical approach to the new criminal execution law of the province of Santa Fe”**

The aim of this article is to analyze the new criminal enforcement law of the province of Santa Fe, No. 14243, sanctioned in December 2023 upon assuming the new management of the provincial government, in relation to the place given to education - both formal and non-formal -, from examining what are the direct implications - materialized in the omission or exaction of chapters referring to the subject - and indirect - and there a conception of prison management -, inscribing in that relationship the legalization of pre-existing classificatory figures, such as the “high profile” prisoner. Characterization that includes almost 6% of the total incarcerated population in the Santa Fe penitentiary system, but that has become the central argument to strengthen, on that group of the population, the logic of the prison deposit and therefore, the denial or restriction of the exercise of Human Rights under the argument of “dangerousness”. This hermeneutical exercise on the law of criminal execution, then attempts to relate two variables, security and Rights - which have historically been tense in prisons - but which now find, under the argument of risk management, a new form of appearance in Santa Fe prison history.

KEYWORDS: Law; punishment; education.

### **1. Introducción**

En la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe, la palabra “educación” es mencionada solo en tres ocasiones.<sup>2</sup> La primera de ellas, en el capítulo 2, titulado

---

<sup>2</sup> La inmediatez con la que el proyecto de ley de ejecución penal se presentó tanto en Cámara de Diputados como de Senadores de la provincia de Santa Fe, y su rápida aprobación por casi la totalidad de diputados y senadores el 21 de Diciembre de 2023 -a sólo 10 días de haber asumido la nueva gestión provincial-, abre el debate sobre cómo será la relación de la mencionada ley provincial con la ley nacional n° 24.660 y sus modificatorias (ver [https://www.ellitoral.com/politica/regimen-penal-ejecutivo-privados-libertad-santa-fe-legislatura-seguridad-poder-ejecutivo-mensaje\\_0\\_hGyLobZXwg.html](https://www.ellitoral.com/politica/regimen-penal-ejecutivo-privados-libertad-santa-fe-legislatura-seguridad-poder-ejecutivo-mensaje_0_hGyLobZXwg.html)). Uno de los pocos espacios de discusión al respecto, se dio en el marco del XIX Encuentro Nacional de la Justicia de Ejecución Penal, realizado en la ciudad de Rosario durante el 19 y 20 de Septiembre de 2024; allí, en un Panel titulado “Aspectos de la nueva Ley de Ejecución de Santa Fe. Análisis comparado”, contó con la participación de una ex- jueza y la actual Secretaria de Asuntos Penales del Ministerio de Seguridad y Justicia de Santa Fe. En dicha instancia, el coordinador -actualmente juez de ejecución penal de la Circunscripción 2 de la provincia de Santa Fe-, introdujo la discusión sosteniendo que “ahora que la nueva ley deja de lado la 24.660” (registro de campo, 2024) y que la Secretaría de Asuntos Penales indicó que “Santa Fe debe tener su ley de ejecución” (registro de campo, 2024), es que abre un campo polemológico sobre los alcances del artículo 1°: “La ejecución de la pena privativa de libertad se rige por las disposiciones de esta ley en todo aquello que no estuviera expresamente atribuido a la legislación nacional. En materia administrativa y procesal, las disposiciones de esta ley rigen con exclusividad.” En lo referido a Educación, la nueva ley de ejecución provincial no indica “expresamente” que ese capítulo quede atribuido a la ley nacional, pero el margen interpretativo del término puede habilitarnos a sostener que como ley n° 24.660, en lo referido al capítulo educativo, es atributo de la legislación nacional, sí tendrá correspondiente vigencia. De todos modos, quedará luego por analizar cómo definiciones “administrativas” pueden entrar en colisión con las disposiciones de la ejecución penal de la ley n° 24.660 (por ejemplo, será interesante observar la aplicación del artículo 140, de “estímulo educativo”). Si bien existen fallos como “Verbitsky” (del 3/5/2005) donde la Corte Suprema de la Nación Argentina sostiene que la

“Modalidades básicas de ejecución”, cuando en el artículo 10, “fase de intervención”, se indica que para la concreción del “tratamiento individualizado”, se dará cumplimiento a “todas las actividades de educación, socialización, recuperación personal y formación para la inserción laboral”. Esto supone entonces que el servicio penitenciario generaría las condiciones posibles para el real ejercicio y acceso a las prácticas educativas en las cárceles que gestiona y administra. En segundo lugar, la palabra “educación” es puesta en juego, en el mismo capitulado, pero ahora en el 14, cuando se indica que la fase de semilibertad permitirá a la “persona condenada fortalecer su vinculación con el medio libre, ya sea para trabajar en relación de dependencia, por cuenta propia o en ámbitos de cooperación social, o para participar de instancias de educación formal o de formación en oficios”. El tercer y último momento en que el término “educación” es referido en el texto jurídico es en el capítulo 6 titulado “Régimen disciplinario”, cuando en su artículo 34, describe lo que se denomina “faltas graves”. Una de ellas es interferir, como “interno” –lo referimos aquí tal como es nombrado en la ley– sobre otro interno, la posibilidad de acceder al Derecho a la educación, entre otros. Lo que tenemos entonces es una serie conformada por la lógica educación-tratamiento-reinserción-Derecho. *A priori* podríamos suponer que esto inscribe contradicciones como las que hacen dialogar las lógicas del tratamiento y el ejercicio de los Derechos, ya que la primera supone que acceder a la educación es parte de una terapia que busca encauzar o enderezar conductas de un sujeto anormal (Foucault, 2004), y entonces el tratamiento se enlaza aquí con los históricos designios del modelo correccional (Sozzo, 2009; Caimari, 2004), y la lógica de los Derechos que funda su concepción en “crear aquel ‘horizonte de sentido’ mediante el cual los individuos aislados pueden concebirse y afirmarse a sí mismos como una comunidad de hombres libres e iguales” (Lechner, 1983, p. 8).<sup>3</sup> Sobre esta segunda dimensión, la colisión adquiere dos dimensiones fácilmente identificables. La primera, como imposibilidad de concebir una libertad plena dada por la restricción de la libertad ambulatoria; y la segunda –la que más nos interesa aquí–, donde la noción de Derecho aparece como el horizonte de sentido para pensarse como hombres –en su

---

“ley nacional es marco mínimo” y que “las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención” (punto 2, fallo “Verbistky), o donde la Corte se remite a un dictamen de la Procuración General con relación al estímulo educativo (Villalba del 7/10/2014; Nápoli del 20/9/2016), no existen precisiones en la nueva ley de ejecución penal –como si sucede, por ejemplo, con el capítulo “trabajo”– que distingan qué queda o no atribuido entonces a la ley nacional. Más allá de esto, y supeditado a que todo el capítulo “Educación” de la ley 24.660 sea aplicable o no en el marco de la nueva ley de ejecución penal, el análisis aquí realizado se circunscribe a lo que la ley explicita sobre las prácticas educativas y/o culturales. Agradezco particularmente por los intercambios y discusiones al respecto a Santiago Berericiatua (Servicio Público de la Defensa Penal de la Provincia de Santa Fe) y al Dr. Leonardo Pitlevnik (Juez penal de la provincia de Buenos Aires y Director del Centro de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

<sup>3</sup> Aspecto que no es exclusiva de esta ley, sino que comparte con las leyes de ejecución precedentes, la n° 24.660 y sus adhesiones, donde el lenguaje tratamental y el de los Derechos conviven sin aparentes contradicciones.

acepción universal– iguales entre sí. Por tanto, la confluencia de la anormalidad asignada al ahora calificado como “delincuente” que será objeto de tratamiento por parte de la cárcel, colisiona con la noción de igualdad –biológica, social y política– de quien se encuentra encarcelado y accede –o no se le debe obturar, dirá la ley– a las prácticas educativas –tanto formales como no formales–. Sin embargo, hay un aspecto más al que podríamos prestarle atención, y es que la obturación sancionada –como falta grave, además–, es la provocada por el propio “interno”, pero no así las generadas por la institución carcelaria al momento de restringir el acceso a los espacios educativos de acuerdo a la clasificación criminógena otorgada, o al considerar que la anormalidad puede ser abordada terapéuticamente a partir de la educación.

Por tanto, en el presente artículo proponemos un ejercicio de hermenéutica jurídica sobre la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe. En dicha ley podemos reconocer tres dimensiones interrelacionadas, que abonan a las tensiones existentes entre concebir a la educación desde el paradigma tratamental, depositario o desde una perspectiva de los Derechos Humanos: 1) una concepción de la prisión gestora de riesgos; 2) una clasificación –y legitimación– de los presos habilitante, y maximizadora, de la supresión de Derechos y 3) la priorización de la lógica securitaria por sobre la educativa. Nuestra hipótesis es que la interrelación de esas dimensiones, lejos de generar condiciones de libertad e igualdad para el ejercicio del Derecho a la educación, abona a una selectividad tratamental donde el rol de la educación emergerá como dispositivo legitimador de prácticas mayormente depositarias, al tiempo que fortalecerá la misión tratamental del modelo correccional –solo para aquellos que ahora tengan el “privilegio” de participar de los espacios educativos–. Allí, la noción de la educación como Derecho se dirime –y se diluye– entre ser un factor de protección –su existencia– o riesgo –su inexistencia– que incidirá en la evaluación integral de la persona prisionalizada (Añaños, 2021), y que pone en juego no solo su tránsito por la cárcel sino también sus futuras posibilidades de reintegración social.

A partir de un análisis de la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe, nos proponemos analizar las tensiones existentes entre concebir a la educación como un elemento tratamental, un dispositivo pronosticador de riesgo, una contribución a lógica depositaria o un Derecho inalienable de toda persona que es prisionalizada por el Estado, para desplegar allí un ejercicio del castigo revestido de resocialización.

## **2. La educación como factor de riesgo y protección. La prisión como gestora de riesgos**

Hay dos términos que aparecen como novedosos en la nueva ley de ejecución penal si tomamos como referencia la anterior vigente en territorio santafesino. Hasta finales del año 2023 operaban en simultáneo dos decretos reglamentarios. Por un lado, el n° 0598/2011 que reglamentaba la ley 11.661/1998 de adhesión a la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660 y el n° 4127/2016 que modificaba el decreto anterior, pero donde la finalidad de la pena se sostenía igual que la indicada por la ley nacional: “la ejecución de

la pena privativa de la libertad [...] tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” (Caamaño Iglesias Paiz, 2006, p. 153). En ella hay dos dimensiones bien delimitadas. Por una parte, el dispositivo penal debería ocuparse de generar los mecanismos para la comprensión y el respeto de la ley, lo que con ello entiende que permitiría volver a insertarse a la sociedad –definición siempre polémica, ya que la prisión es parte de esa misma sociedad a la que retornaría; y una segunda que precisamente involucra a esa misma sociedad en el proceso de reintegración, y que considera que quien transitó por una pena privativa de la libertad ambulatoria, lejos de ser afincado y estigmatizado en su condición se peligrosidad, debe ser acogido por esta, a los fines reproducir los mecanismos de exclusión que lo llevaron a ser captado por el sistema penal. Sin embargo, la nueva ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe, incorpora otra definición al objetivo de la pena: “la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidades esenciales la reintegración social de la persona condenada, la reducción de la reincidencia y la protección de la sociedad” (Art. 3, ley n° 14243).

Lo novedoso aquí no es tanto la primera parte del enunciado, donde impera la lógica de las ideologías “re” para indicar que quién estuvo condenado se reintegra a una sociedad de la que nunca se fue, pero sí en las otras dos grandes definiciones. La primera se refiere a que la prisión aportará a reducir la reincidencia, es decir, a que la persona que transita una privación de la libertad ambulatoria no vuelva a cometer un delito –si bien no se aclara aquí a qué reincidencia se refiere, entendemos que es la delictiva, penal y/o penitenciaria–,<sup>4</sup> que podríamos asociar inicial pero no exclusivamente a la comprensión de la ley referida anteriormente. Sumado a eso, dirá el texto jurídico, la prisión tendría la doble función de defender la sociedad en dos sentidos simultáneos; por una parte, al encerrar a quienes son considerados –selectivamente– peligrosos por haber transgredido la ley, y de generar las herramientas –factores– necesarios para que a partir de la “reintegración” procurada, la sociedad ya no tema a aquellos peligrosos –sus prácticas– a los que inicialmente sancionó.

Lo que aparece aquí es una definición propia de una nueva forma de gestionar los ilegalismos, que en la teoría criminológica contemporánea se conoce como el modelo Riesgo-Necesidad-Responsividad (RNR). Desarrollado en la década de 1980 y consolidado durante los 90, se funda en tres principios centrales: 1) el principio de riesgo, según el cual se sostiene que el comportamiento criminal se puede predecir de forma fiable; 2) el principio

---

<sup>4</sup> Moles Lopes señala que la reincidencia hace referencia a la reiteración del comportamiento delictivo (Nguyen, Arbach y Andres-Pueyo, 2011) pero existen diferencias entre los distintos tipos de reincidencia. La autora señala siete tipos, y si bien la ley analizada no indica a cuál se refiere, podemos inferir que podría tratarse de la delictiva (volver a cometer un delito por alguien que ya realizó uno en el pasado), la penal (segundo procesamiento de una persona por presunción de haber cometido un nuevo delito) y/o penitenciaria (segundo ingreso a prisión, de alguien que ya ha transitado por ella) (Moles Lopes, 2021).

de necesidad, donde el foco se pone en cómo las “necesidades criminógenas” son fundamentales para el diseño y administración de un tratamiento; y por último, 3) el principio de responsividad, que describe cómo debe ser el tratamiento, y donde se debe maximizar “la capacidad del infractor para aprender de una intervención de rehabilitación mediante un tratamiento cognitivo-conductual” (Bonta y Andrews, s/f: 1) Sin embargo, tampoco la ley sigue de forma estricta esta definición sino que recupera dimensiones distinguibles –aunque a veces imperceptibles– en diferentes articulados, que hacen convivir aspectos de dicho modelo con la propuesta de “reintegración social” –que intenta, terminológica pero no epistemológicamente, distanciarse de la “resocialización”– y que, en el caso de la provincia de Santa Fe, recupera un entramado simbólico construido durante la gestión del Frente Progresista Cívico y Social durante el período 2007-2019.<sup>5</sup> La definición de pensar la reintegración más en términos de acompañamiento que de corrección, lentamente se fue diluyendo hasta retornar a una suerte de “restauración” de los viejos esquemas organizacionales y funcionales del servicio penitenciario santafesino (Manchado y Narciso, 2011; Chiponi y Manchado, 2020).

El modelo del RNR, a nivel nacional fue incorporado en el denominado “Plan Sentencia” del Servicio Penitenciario Federal en el año 2020, y presentado como “una herramienta que tiene por objetivo medir los progresos, estancamientos o retrocesos en la progresividad del régimen penitenciario”. Allí podían reconocerse el “desarrollo de nuevas tecnologías actuariales que permiten identificar ‘los factores de riesgo’ de las personas que han cometido delitos, asociados a la probabilidad de involucrarse en el comportamiento delictivo nuevamente” (Ojeda, 2024, p. 164). Sin adentrarnos en lo que suponen dichas transformaciones aplicadas al contexto penitenciario argentino,<sup>6</sup> nos interesa distinguir cómo la nueva ley de ejecución penal pondrá el foco en pensar las históricas “herramientas” o elementos del modelo correccional, ahora en términos de factores de “riesgo” o “protección” que, de acuerdo a la intensidad de cada uno en el “tratamiento” penitenciario, se convertirán en datos probabilísticos para pronosticar la “recuperación” del delincuente y su alejamiento de las prácticas delictivas.

En ese sentido, el artículo 6 sostiene que “el avance –en relación al régimen de progresividad– estará supeditado al activo involucramiento en el programa de tratamiento y a la reducción comprobable del riesgo de reiteración delictiva” (art. 6, ley n° 14243). Allí aparece incluso la terminología propia del modelo, referida como la “reducción del riesgo”, pero también la puesta en foco del sujeto que debe involucrarse activamente en el programa de

---

<sup>5</sup> Gran parte de los actores que participaron del período de gestión 2007-2019 (aunque más significativamente desde 2011) son los mismos que hoy participan con cargos jerárquicos en el gobierno provincial, el Ministerio de Seguridad y Justicia, la Secretaría de Asuntos Penales y la Dirección General del Servicio Penitenciario de Santa Fe.

<sup>6</sup> En ese sentido, ver Ojeda (2024).

tratamiento; retorno al sujeto como “empresario de sí mismo” (Foucault, 2007) que deberá invertir su capital humano y responsabilizarse por los progresos o fracasos obtenidos. Este modelo, que en los escenarios penitenciarios argentinos en general, en los santafesinos en particular parece profundizar una lógica de delegaciones que pueden reconocerse con otras experiencias pre-existentes como el crecimiento del dispositivo religioso evangélico pentecostal (Manchado, 2022), pero que aquí adquiere fuerza de ley. El argumento supone, de antemano, que el servicio penitenciario santafesino brindará las condiciones objetivas para que el conjunto de la población pueda acceder a los recursos o factores que incrementarían sus condiciones de protección y disminuirían las de riesgo.

Sin embargo, los datos de más de un 30 % de sobrepoblación carcelaria en todo el sistema penitenciario santafesino,<sup>7</sup> la orientación de políticas sociales educativas destinadas solo a ciertos sectores poblaciones,<sup>8</sup> o la configuración de criterios excluyentes basados exclusivamente en el perfil criminológico del preso para determinar el ingreso o continuidad en un espacio educativo, son dimensiones que presagian dificultades para la implementación de aquel nuevo objetivo de la ley de ejecución penal donde los riesgos, las necesidades y las responsabilidades adquieren mayor peso enunciativo pero poco sentido práctico (Bourdieu, 2016). La confirmación de ello es la definición del artículo 13 que indica, al pensar el proceso de otorgamiento de las salidas transitorias, que serán dadas a partir del “dictamen del Organismo Técnico Criminológico, que emitirá opinión fundada sobre la marcha del programa de tratamiento, el grado de recuperación alcanzado, el peligro que el egreso de la persona condenada represente para las víctimas o para la sociedad y el riesgo de reincidencia en cuanto sea posible su estimación en el marco del trabajo interdisciplinario” (Art. 13, inciso f, ley n° 14243). Sin embargo, no existen protocolos renovados sobre cómo se evaluará el riesgo de reincidencia, ni tampoco más precisiones en la letra de la ley respecto de cómo

---

<sup>7</sup> Los datos actualizados producidos por el Servicio Público de la Defensa Penal de la Provincia de Santa Fe, indican que, en septiembre de 2024, en cárceles, la capacidad instalada es para 7.612 presos/as y se encuentran privadas de su libertad 10.354. Si sumamos a ello, las personas detenidas en comisarías, existe una capacidad instalada de 917 y una población actual de 1356, es decir una sobrepoblación de 439 personas.

<sup>8</sup> Nos referimos aquí al Programa “Reintegrarse”, desarrollado por el Ministerio de Igualdad y Desarrollo Humano, el cual señala que su objetivo general es “crear en el marco de las instituciones penitenciarias espacios para la realización de actividades culturales, deportivas y recreativas, de manera sistemática, como una instancia en el proceso de reintegración, generando un nuevo horizonte en la perspectiva de vida de las personas privadas de libertad, fortaleciendo los lazos sociales y las relaciones de convivencia.” (Decreto n° 0591, 09/05/2024). En el punto número 4, indica que la población destinataria se define como “grupos de personas, independientemente de su género, privadas de la libertad, que por acuerdo interministerial se seleccione dentro de la población detenida de la provincia para la realización de actividades culturales, deportivas y recreativas, de manera sistemática en alguno de los espacios de detención”; y más allá de que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Igualdad y Desarrollo, los criterios “interministeriales” –transmitidos a las organizaciones e instituciones involucradas de forma oral– definieron que los destinatarios efectivos sean personas privadas de su libertad condenadas –excluyendo aquí los calificados “alto perfil”– y próximas a recuperar su libertad ambulatoria –esto excluye por tanto, procesados, presos con condenas largas y/o perpetuas–.

serán considerados allí los procesos educativos.<sup>9</sup> De este modo, las definiciones giran en torno a la necesidad de reducir la combinación de potencial peligrosidad y posibilidad de reincidencia, pero pocas precisiones respecto de cómo se alcanzarán dichos objetivos;<sup>10</sup> más incertidumbre genera saber que las condiciones objetivas existentes y las primeras definiciones de política penitenciaria educativa al respecto, no parecen ser contributivas de dichas condiciones.

### 3. El preso “alto perfil”. Prisión depósito y anulación de procesos pedagógicos

La novedad más contundente de la nueva ley de ejecución penal es la legalización de una figura constituida *ad hoc* por el propio servicio penitenciario santafesino en el año 2015, pero entonces en el marco de una normativa interna, la Orden Interna 9/2015, que creaba la calificación de “preso de alto perfil”,<sup>11</sup> hasta entonces sin demasiadas precisiones:

se ordena al Director de Régimen Correccional adoptar las medidas pertinentes para la creación de un listado de internos de alto perfil [...]. Dicho listado deberá incluir las medidas especiales de seguridad aplicables en cada caso tales como: aislamiento en celda individual, custodia especial, asistencia psicológica preferente,

---

<sup>9</sup> La organización y funcionamiento de los Organismos Técnicos Criminológicos (OTC) es el definido en la resolución n° 013 del 31 de enero de 2020, a partir del cual se modifica la Resolución n° 004 del 15 de septiembre de 2017, donde se (re)constituía la figura administrativa de la OTC, como una instancia diferenciada de los Equipos de Acompañamiento para la Reintegración Social (EARS), de intervención directa en el acompañamiento de las trayectorias vitales de las personas privadas de su libertad. La resolución n° 013, en su artículo 4, indica que se modifica “parcialmente, en virtud de la presente reestructuración, las ‘Guías para la Actuación Profesional del Organismo Técnico Criminológico y para los Equipos de Acompañamiento para la Reintegración Social’, así como las ‘Instrucciones de tramitación de informes de progresividad’, que fueran oportunamente implementada mediante Resolución n° 004/2017. En ninguno de ellos, existe una definición específica sobre cómo se evaluarán los distintos elementos a considerar -uno de ellos es la realización de prácticas educativas, entendidas como Actividades de Desarrollo Personal-, ni tampoco hace referencia a ningún tipo de programa específico sobre medición y pronóstico de reincidencia. Ambas afirmaciones no suponen que los propios equipos de OTC no hayan construido una perspectiva y modalidades de abordaje específicos para los casos trabajados. Por último, es importante señalar que la nueva ley de ejecución se encuentra en desarrollo a partir de enero de 2024, motivo por el cual entre la escritura de este artículo y su publicación pueden suscitarse modificaciones en la organización de las prácticas cotidianas de los equipos profesionales.

<sup>10</sup> Aquí se reconoce también una distinción para el abordaje de los denominados “presos de alto perfil”, cuando en el artículo 4 de la resolución n° 013, se indica determinar que “sin perjuicio de lo detallado en el Artículo 2, que en aquellos casos que involucran a internos/as denominados/as de Alto Perfil -a tenor de lo dispuesto oportunamente mediante Memorándum Interno N° 2140/2018- el Organismo Técnico Criminológico deberá intervenir en la evaluación de la totalidad de incorporaciones a etapas que conforman la progresividad de la pena, en forma exclusiva”.

<sup>11</sup> Agradezco a la abogada Fiorella Pozzo por compartir su trabajo final de Seminario de Metodología de la Investigación del Ciclo de Formación Especial en Derecho Penal de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, “Presas de alto perfil: el gobierno penitenciario en contextos de emergencia securitaria en la provincia de Santa Fe (2024), donde realiza una historización y descripción de la figura del “alto perfil” en el Servicio Penitenciario de la provincia de Santa Fe.



alojamiento en sectores con inhibición de señal celular, requisas direccionadas o de mayor periodicidad, prohibición de actividades extramuros, entre otras. (Orden interna 9/15; 09/03/2015)

De este modo, y en la dinámica cotidiana de las prisiones, comenzaba a funcionar la idea de un trato diferencial sobre un conjunto de presos, aunque la definición “alto perfil” no adquiriría por entonces todavía grandes dimensiones; en parte, podemos hipotetizar, por el escaso número de personas al que alcanzaba. Sin embargo, aquella iniciativa normativa sí tendrá, en términos de los actores involucrados, el impulso del entonces Secretario de Asuntos Penitenciarios de la provincia de Santa Fe y actual Ministro de Seguridad en la nueva gestión (2023-2027), promotor de la ley de ejecución aquí analizada. En un mismo sentido, si bien no fue firmante –lo hizo el por entonces Subsecretario de Asuntos Penitenciarios–, fue quien “traspasó” y profundizó la calificación de “preso de alto perfil” de una orden interna, amplia y ambivalente, a la Resolución n° 001 del 22 de octubre de 2018 donde, sin determinar todavía una estricta definición de qué es un “preso de alto perfil”, se consideraba la “necesidad de establecer lineamientos tendientes a establecer los distintos niveles de seguridad para la custodia de internos de alto perfil” (Resolución 001, 22/10/2018). Lo que esos lineamientos comenzarán a demarcar es quiénes podían ser objeto de esta nueva calificación –que tendrá tres niveles, I, II y III de acuerdo a los grados de peligrosidad asignados–. En dicha descripción, un conjunto de elementos “objetivos” precisan el quiénes se incluirían en ese conjunto, aunque algunos otros suponen todavía un alto nivel de maleabilidad, laxitud y discrecionalidad (Liebling, 1999). Se encuentran subdivididos en nueve puntos (en orden alfabético, de la “a” hasta la “f”), y si bien no entraremos en detalle, destacamos los siguientes: 1) la posibilidad de ser definido como “alto perfil” por la “vinculación a bandas, grupos u organizaciones criminales [...] contando con logística propia, recursos humanos y económicos para continuar con la actividad delictiva” (art. 2, inciso a), y 2) por la “gravedad y trascendencia pública del delito imputado, tomando en consideración especialmente aquellos delitos relacionados con grupos y organizaciones criminales que se vinculen a estas figuras o conductas delictivas”; a continuación, un inventario de delitos que van desde la asociación ilícita a delitos imputados con la ley n° 23.737 (comercialización de estupefacientes).

De este modo, la calificación de “alto perfil” recaía en definiciones otorgadas por otros dispositivos, como el judicial en el primero y el mediático en el segundo. Respecto de este último, nada dice sobre lo que se entiende por “gravedad” o “trascendencia pública” del delito imputado, ni qué parámetros se tendrán en cuenta para su determinación. Sin embargo, destacamos el último artículo de la Resolución donde se manifiesta que “en ningún caso la categorización de *alto perfil* supondrá una negación o restricción más allá de lo necesario, de las normas de trato, formación ocupacional, educación, asistencia médica o espiritual y relaciones familiares y sociales en los términos previstos en la ley de ejecución penal y sus reglamentos” (art.

6, resolución 001). Y sobre esta última definición, una distinción. Por una parte, la normativa parece indicar que no podrá negarse el acceso al Derecho educativo –para centrarnos en el que nos ocupa aquí– y allí podríamos suponer que para este conjunto de detenidos persiste todavía la pretensión de que funcione un modelo correccional (Sozzo, 2009), basado en un tratamiento que busque la “reintegración social”. Sin embargo, al atender a la primera parte de la definición de que no supondrá una negación o restricción “más allá de lo necesario”, abre el campo de una extrema discrecionalidad de cómo el servicio penitenciario puede definir entonces qué entiende por los límites de “lo necesario”. Es allí donde el “umbral semiótico” (Camblong, 2003) adquiere el carácter turbulento e impredecible que lo define, y otorga un alto margen de discrecionalidad (Liebling, 1999) para configurar escenarios restrictivos del acceso a Derechos para personas privadas de su libertad calificadas de “alto perfil”.

Esa resolución además irá acompañada de la Orden Interna 5/18 del mismo 22 de Octubre de 2018, donde se determinan los lugares de alojamiento para los definidos presos de “alto perfil” (en la UP n° 1 de Coronda, y la UP n° 11 de Piñero), y una serie de disposiciones de cómo funcionarán dichos espacios. Entre ellos, se indica en el punto 2, la siguiente pauta referida a la educación:

En la medida en que lo permitan cuestiones de seguridad, resguardo de los internos, y demás factores de consideración, deberá brindarse la posibilidad de algún tipo de actividad recreativa, deportiva o cultural. Asimismo, se procurará generar espacios de formación escolar y/o universitaria a través de sistemas remotos, sin contacto con otros internos. (artículo 2, punto c, orden interna)

Lo que estas definiciones ponen en evidencia son, nuevamente, un alto grado de discrecionalidad, en tanto la posibilidad de acceder a una práctica educativa está sujeta a “cuestiones de seguridad” y “demás factores de consideración”, pero además una novedosa intervención de la lógica penal sobre los procesos pedagógicos. Lo que establece es una intervención sin ambivalencias sobre dos instituciones que responden a otros ministerios (como el de Educación provincial en el caso de la formación de nivel inicial y medio, y el Ministerio de Educación Nacional en el caso de la educación superior), donde se les impone disposiciones sobre cómo realizar los procesos pedagógicos, sin contemplar siquiera la pregunta en torno a si es posible que eso suceda en los términos planteados. Un ejemplo de ello es cómo se despliega el dispositivo de la Universidad Nacional de Rosario en las cárceles del sur de la provincia de Santa Fe, donde los estudiantes privados de su libertad acceden a una carrera de grado –por mencionar solo una de las líneas de intervención–, preparan las asignaturas en calidad de “alumnos libres”, y para ello se despliega el dispositivo de acompañamiento socio-educativo que supone la presencia de actores externos –docentes, graduados, estudiantes– que acompañan el proceso pedagógico (Manchado y Mir, 2023). Sumado a eso, se pone en juego una estrategia de construcción de espacio de

estudio y acceso a material pedagógico, a partir de la asistencia a las aulas universitarias, equipadas con computadoras, y material virtual y/o analógico para avanzar en los procesos de estudio. En ese sentido, ¿de qué modo es posible garantizar el tránsito por estudios superiores para los presos denominados de “alto perfil”?

La respuesta puede comenzar a desasarse al observar lo indicado en el último texto normativo que regula la vida de los presos de “alto perfil”, como es la ley que aquí analizamos; la ley de ejecución penal n° 14.243. A partir de ahora, la aplicación de ese conjunto de medidas reviste un alto grado de discrecionalidad en muchas de sus definiciones, pero al adquirir carácter de ley genera que las acciones antes desplegadas por ciertas normativas internas –por ejemplo, la obturación o restricción del acceso a un conjunto de Derechos básicos como la educación– pasen de ser “ilegales” a tener ahora un alto rango de legalidad. En cierto sentido, lo que la ley configura es una suerte de campo de excepcionalidad convertido en regla que, como sostenía Benjamin (1999), se vuelve altamente peligroso para el trato digno y humano de quienes están privados de su libertad, pero además instala una lógica depositaria que, intensificada en sus prácticas, otorga a esos espacios de reclusión la característica de campos de excepción donde el preso de “alto perfil” reviste una *nuda vida* (Agamben, 2002) habilitante de prácticas altamente deshumanizantes.<sup>12</sup>

Sin embargo, lo que sí hace ley es acotar los sujetos comprendidos en dicha calificación, y de los nueve elementos clasificatorios de la Resolución 001/18, pasan a ser cuatro. Persisten ahora, la participación con organizaciones criminales ligadas al narcotráfico, participación en actos violentos contra funcionarios públicos, antecedentes de evasión o resistencia a la autoridad, y disponibilidad de recursos (económicos, materiales, entre otros) que hicieran “presumir” cualquiera de las circunstancias antes mencionadas. Sin entrar en el análisis de cómo la “presunción” vuelve siempre a dejar intacto algún campo de discrecionalidad posible, nos interesa finalmente revisar qué dice este nuevo capítulo respecto de la posibilidad de los presos de “alto perfil” de acceder a espacios educativos:

Artículo 50: Determinación y alcance. La condición de interno de alto perfil será determinada por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Seguridad o el que lo reemplace en el futuro, a propuesta de la administración penitenciaria. Regirá en todo ámbito institucional de detención o internación, incluyendo los

---

<sup>12</sup> En ese sentido, será interesante observar el devenir de las denuncias de tortura y malos tratos realizadas por la Dirección Regional de Prevención de la Violencia Institucional del Servicio Público de la Defensoría Penal de la provincia de Santa Fe en marzo de 2024, y el resultado de la inspección realizada al mes siguiente por el Comité Nacional contra la Tortura que, hasta el día de la fecha, no han tenido resolución y presentación pública respectivamente. En ese sentido, ver <https://www.pagina12.com.ar/722020-a-los-golpes-picana-y-submarino-a-los-presos> ; <https://www.cels.org.ar/web/2024/03/que-hay-detras-de-la-foto-denuncian-graves-hechos-de-tortura-en-las-carceles-de-santa-fe/> y <https://www.pagina12.com.ar/737341-la-obligacion-de-cualquier-estado>

espacios policiales, penitenciarios, sanitarios, educativos o de otro tipo, y durante los traslados. (Art. 50, cap. 11, ley ejecución penal)

Esta es la única definición que la ley da sobre el vínculo “preso de alto perfil” y educación, lo que entonces supone que podría pensarse la posibilidad de que un detenido, bajo esas condiciones, pueda acceder a un espacio educativo con las medidas de seguridad propias de esa calificación. Si tensionamos entonces el reglamento anterior que circunscribía el tránsito de los presos de “alto perfil” por espacios educativos constituidos de manera remota a los fines de generar condiciones de acceso a la educación y la definición de la ley que indica que el calificativo se “arrastra” a los “espacios educativos”, podríamos pensar en, al menos, un leve avance habilitador del ejercicio del Derecho Educativo. Sin embargo, en las prácticas implementadas en la cotidianidad del encierro se reconoce una regularidad dada por la constante negación del acceso de presos de “alto perfil” a los espacios educativos. Si volvemos al ejemplo de la Universidad Nacional de Rosario, es posible afirmar que en la actualidad ningún preso de “alto perfil” puede acceder a los espacios universitarios, pero tampoco se han generados otras condiciones materiales y pedagógicas para implementar los respectivos acompañamientos socio-educativos (Registro de campo, 2024). En ese sentido, lo que el entramado reglamentario y legal dispone es un alto margen de discrecionalidad que habilita la consolidación de una cárcel depósito para presos de “alto perfil” de la más heterogénea composición, porque incluso en la circunscripción de la nueva ley (que pasó de nueve a cuatro puntos), conviven allí tanto jóvenes “tiratiros” (Cozzi, 2014) que ingresan por primera vez al sistema penal de adultos, como presos sindicados “líderes de organizaciones criminales”; de allí que la indistinción y expansión del estado de excepción genere las condiciones propicias para la estricta vulneración del Derecho a la educación.

#### **4. El aula-celda. Los riesgos de concebir la excepción como regla**

En el primer apartado de este trabajo, hacíamos referencia a la cantidad de veces que la palabra “educación” aparece nombrada en la ley analizada; allí sosteníamos las tres ocasiones, aunque en ellas omitimos una cuarta que si bien no refiere a dicha palabra en su articulado, sí lo hace en relación a los “espacios educativos”. Esto lo hace también bajo dos modalidades distintas: una por omisión y otra por acción. En el primer caso, la omisión se vuelve contundente al momento de la comparación con la ley provincial n° 11.661 de adhesión a la ley nacional n° 24.660 (2011) cuando en su artículo 109, referido a la “ejecución de las sanciones” indica que “la exclusión de las actividades en común consistirá en privar al interno de participar en todo tipo de actividad grupal, con excepción del trabajo y la educación” (art. 109, ley 11.661). Esto suponía que, ante cualquier sanción impuesta, incluso la más gravosa para la persona privada de su libertad, las prácticas laborales y educativas debían tener continuidad; algo que luego en la práctica tenía poca correlación, pero que, en términos simbólicos, daba un estatus prioritario a las prácticas educativas en

el entramado cotidiano de la cárcel. En el capítulo 6, titulado “régimen disciplinario”, la nueva ley de ejecución penal se limita a detallar los tipos e intensidad de las sanciones sin incluir allí la excepcionalidad de la ley precedente; es decir que una persona sancionada, y excluida de los espacios comunes, ya no podrá recurrir legalmente a la posibilidad de que, a pesar de la sanción obtenida, pueda seguir ejerciendo el Derecho a la educación. Pero la segunda dimensión, referida a lo dicho en la letra de la ley, es del capítulo 14, artículo 63, inciso b), donde indica que “podrán alojarse internos, de manera transitoria y ante situaciones de estricta emergencia, en ámbitos penitenciarios destinados a actividades recreativas y culturales” (ley n° 11.661, art. 63). Si bien aquí no refiere a las instituciones educativas, la ambivalencia del término “culturales” en el contexto penitenciario abre un signo de interrogación sobre si las definiciones legales no contemplarán la posibilidad de que, por ejemplo, las salas de escuelas primarias, secundarias y/o universitarias, sean un espacio de detención ante la imposibilidad de alojar a los presos en pabellones comunes. Con el antecedente de lo sucedido durante el período del ASPO en la pandemia del Covid- 19, donde las salas pertenecientes a instituciones educativas fueron utilizadas como espacios de aislamiento para quienes presentaban síntomas o habían contraído la enfermedad (Manchado y Chiponi, 2022), la inscripción de un artículo que genera las condiciones legales para la constitución de aulas-celdas, puede ser al menos una advertencia o un cristal donde mirar cómo la lógica securitaria prepondera por sobre las restantes.

Los riesgos aquí aparecen cuando la condición de sobrepoblación que actualmente existe –y con tendencia a incrementarse, con mayor o menor intensidad– como regularidad de las condiciones carcelarias, convierta la posibilidad de transformar espacios culturales o educativos en celdas, no como excepción sino como regla. Cuando esto suceda, el peligro se situará en dos planos; en primer lugar, por la retirada de los espacios culturales y/o educativos –que ya son escasos y tendrían entonces la posibilidad de reducirse– y en segunda instancia, por la condición de quiénes allí se alojen. La excepcionalidad ha sido, históricamente, la condición preexistente para que el avasallamiento sobre la condición humana sea su resultante más inmediato (Benjamin, 1999; Agamben, 2002).

##### **5. A modo de conclusión. El derrame punitivo por sobre la expansión educativa**

Al considerar que lo que aquí pretendimos es desplegar un ejercicio de hermenéutica jurídica, y bajo la advertencia de que restaría ver cómo las disposiciones legales terminan por desplegarse en la cotidianeidad de las respectivas prisiones, lo que el análisis de la ley de ejecución penal n° 14.243, en lo que las prácticas educativas refiere, nos permite reconocer la configuración de un escenario donde las dinámicas prisionales quedarán sujetas a la primacía de las condiciones objetivas de seguridad. Ya no sólo remitirán a una serie de disposiciones generales que toda prisión establece para organizar su rutina administrada sino también a la definición de nuevas clasificaciones como la de “alto perfil” que no dirime su atención sólo en la legalización de una figura sobre la que podrán recaer la

vulneración de múltiples Derechos, sino que configura también un parámetro homogeneizador indistinguible de singularidades, lo que supone un marco de referencia de que quién ingrese en esa definición “cada vez la van a pasar peor”.<sup>13</sup> Pero existe una segunda preocupación además del efecto homogeneizador, que es la posibilidad de que dicha lógica de funcionamiento derrame no solo sobre un conjunto de personas privadas de su libertad que no tienen tal calificativo –pero que ahora reconocen que su asignación puede implicar un aumento de las condiciones de sufrimiento de su trayectoria en prisión–, sino además un elemento interventor de los procesos pedagógicos ya iniciados antes de la actual gestión gubernamental y la presente ley de ejecución.

Por último, y ante tales condicionamientos, el despliegue de la ley en los términos señalados puede suponer no solo la interrupción de los procesos educativos ya existentes, sino también la no expansión de nuevos. En cierto modo, el actual escenario de prácticas educativas y culturales en las cárceles del sur de la provincia de Santa Fe, reconoce un recurrente planteo de los actores externos que coordinan dichos espacios, en torno a dificultades para concretar la realización de los encuentros, el ingreso de materiales o herramientas para su correcto funcionamiento, entre otras (Registro de campo, 2024).

De este modo, en este primer acercamiento analítico a la nueva ley de ejecución penal podemos sostener que el derrame punitivo –y securitario– prima por sobre la expansión educativa, y quedará entonces por observar si las propias dinámicas, reciprocidades y ajustes del conjunto de actores que intervienen en la trama prisional, tensionan las disposiciones jurídicas para que el sentido práctico sea, tal vez, un mínimo reaseguro del ejercicio del Derecho a la educación y la cultura en tiempos de una renovada expansión punitiva.

---

<sup>13</sup> Aludimos con esta frase, a la publicación realizada en la red social Instagram del Ministro de Seguridad y Justicia de la provincia de Santa Fe, el 05/02/2024. Allí, al texto donde se indicaba que “tenemos el mandato del pueblo santafesino para restaurar la tranquilidad de los vecinos. Los presos están presos, no vamos a aceptar ninguna extorsión y si no lo entienden, cada vez la van a pasar peor.”, lo acompañaba una foto con personas privadas de su libertad en una cárcel santafesina, arrodillados, con sus torsos desnudos y cabezas gachas, replicando imágenes publicadas por el presidente de El Salvador Nayb Bukele, para dar cuenta de sus formas de gestionar la prisión en dicho país centroamericano. Ver [https://www.instagram.com/pablococcioni/p/C4Jl39GxTQJ/?img\\_index=1](https://www.instagram.com/pablococcioni/p/C4Jl39GxTQJ/?img_index=1)

## Bibliografía

- Agamben, G. (2002). *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Editorial Nacional.
- Añaños Bedriñaña, F. (2021). *Tránsitos y retos de la inserción-reinserción social con mujeres en semi-libertad. Propuestas socioeducativas*. Ministerio del Interior del Gobierno de España.
- Benjamin, W. (1999). Tesis de filosofía de la historia. En *Ensayos escogidos*. Ediciones Coyoacán.
- Bonta, J. y Andrews, D. (s/f). Riesgo-Necesidad-Responsividad. Modelo de Evaluación y Rehabilitación de infractores. Traducción realizada con fines pedagógicos. Diplomado Evaluación Diferenciada con Adolescentes Infractores de Ley. FONDEF D08i-1205. <https://www.inisa.gub.uy/images/llam-psic/riesgo-necesidad.pdf>
- Bourdieu, P. (2016). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Anagrama
- Caamaño Iglesias Paiz, C. (2006). *Manual práctico para defenderse de la cárcel*. INECIP.
- Caimari, L. (2004). *Apenas un delincuente: crimen, castigo y cultura en la Argentina: 1880-1955*. Siglo XXI Editores.
- Camblong, A. (2003). *Macedonio. Retórica y política de los discursos paradójicos*. Eudeba.
- Chiponi, M. y Manchado, M. (2020). Derechos educativos y culturales en contextos de encierro. La integralidad universitaria como práctica política. En Alanis, M. et. al.: *Prisiones contemporáneas. Prácticas, disputas y desafíos en el siglo XXI*. Tinta Libre.
- Cozzi, E. (2014). Los tiratiros. Usos y formas de la violencia altamente lesiva entre jóvenes en la ciudad de Santa Fe. *Revista Estudios*, 32, 265-284.
- Foucault, M. (2004). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la Biopolítica*. Fondo de Cultura Económica.
- Lechner, N. (1983) Los derechos humanos como categoría política. Conferencia pronunciada en el Foro Los Derechos Humanos y las Ciencias Sociales en América Latina, en ocasión de la XII Asamblea General del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Buenos Aires, noviembre de 1983.
- Liebling, A.; Price, D.; Elliott, C. (1999). Appreciative inquiry and relationships in prison. *Punishment & Society*, 1(1). [https://www.researchgate.net/profile/Alison-Liebling/publication/249716403\\_Appreciative\\_Inquiry\\_and\\_Relationships\\_in\\_Prison/links/551d004f0cf2fe6c-bf793a14/Appreciative-Inquiry-and-Relationships-in-Prison.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Alison-Liebling/publication/249716403_Appreciative_Inquiry_and_Relationships_in_Prison/links/551d004f0cf2fe6c-bf793a14/Appreciative-Inquiry-and-Relationships-in-Prison.pdf)
- Manchado, M. (2022). *La redención del castigo: el evangelismo y la construcción del orden en las prisiones contemporáneas*. UNR Editora.
- Manchado, M. y Mir, L. (2023). Entre lo punitivo y lo pedagógico. Escenarios de la educación en prisiones desde una perspectiva de los Derechos Humanos. En Della Bianca, M. et. al.: *Escritos sobre Educación, Derechos Humanos y Memoria. Tomo VI*. Inst. Superior del Profesorado N° 3; Secretaría Derechos Humanos. Provincia de Santa Fe.
- Manchado, M. y Narciso, L. (2011). De la “mística penitenciaria” al progresismo penal: Continuidades y discontinuidades en la propuesta de una política penitenciaria progresista en la provincia de Santa Fe. Actas 11° Jornadas Rosarinas Antropología Sociocultural.
- Moles Lopes, E. (2021). *Mujeres y reincidencia en España, factores de protección y riesgo: una*

*aproximación socio-educativa para su prevención*. Tesis doctoral. Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad de Granada.

Ojeda, N. (2024). ¿Resocializando o conteniendo el riesgo de reincidencia? Un recorrido por las prácticas de gestión penitenciaria en Argentina. *Revista del Museo de Antropología*, 17(2), 159-170. <https://doi.org/10.31048/1852.4826.v17.n2.41337>

Sozzo, M. (2009). Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión depósito” en Argentina. *Sistema Penal y Violencia*, 1, 33-65.

### Documentos referenciados

Decreto reglamentario n° 0598/2011 que reglamenta la ley 11.661/1998 de adhesión a la ley nacional n° 24.660

Decreto reglamentario n° 4127/2016, que modifica el decreto reglamentario 0598/2011.

Decreto n° 0591 del Ministerio de Igualdad y Desarrollo Humano, creación del Programa “Reintegrarse” (09/05/2024).

Ley de ejecución penal nacional n° 24.660 (1996).

Ley de ejecución penal de la provincia de Santa Fe n° 14.243 (2024).

Orden interna del Servicio Penitenciario de la provincia de Santa Fe 9/15 (09/03/2015).

Resolución n° 013 de la Secretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos e Igualdad (31/01/2020).

Resolución n° 004 del Ministerio de Seguridad de la provincia de Santa Fe (15/09/ 2017).

Resolución n° 001 del Servicio Penitenciario de la provincia de Santa Fe; (22/10/2018).



# Saber, discurso e interpretaciones validables. Anotaciones hermenéuticas elementales

Eduardo Rojas<sup>1</sup>

Universidad Nacional de General San Martín, Argentina.

RECIBIDO: 13 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 20 de octubre de 2024

## Resumen

A partir de consideraciones de ciencia social en textos de Habermas, Gadamer, Gramsci o Benjamin, el artículo busca apuntar a una hermenéutica “método” de saber aprender. Aprender a leer para evitar las incongruencias de creerlo “exacto” y “transparente”, y más bien, plantearlo como un enigma a imaginar y entender con y desde otros. La hermenéutica se haría, entonces, de los efectos en acto de su práctica y experiencia. Intersubjetividad que, por ejemplo, en la crisis actual del orden del capital ve una “pérdida de sociedad” y enfatiza la necesidad de una democracia que, más que orden político y sistema técnicamente asegurado, resulta de una deliberación pública extensiva.

PALABRAS CLAVE: método; aprendizaje; enigma; intersubjetividad; deliberación.

**Abstract: “Knowledge, discourse, and validatable interpretations.**

**Elementary hermeneutic annotations”**

Based on social science considerations in texts by Habermas, Gadamer, Gramsci or Benjamin, the article seeks to point to a “method” hermeneutic of knowing how to learn. Learning to read avoiding the incongruities of believing it to be “exact” and “transparent”, posing it, rather, as an enigma to be imagined and understood with and from others. Hermeneutics would then be made of the actual effects of its practice and experience. Intersubjectivity that, for example, in the current crisis of the order of capital, sees a “loss of society” and emphasizes the need for a democracy that, more than a political order and technically assured system, results from extensive public deliberation.

KEYWORDS: method; learning; enigma; intersubjectivity; deliberation.

---

<sup>1</sup> Eduardo Rojas, chileno-argentino es “constructor civil”, dirigente sindical y político durante el gobierno de Salvador Allende en Chile en 1970-73, magíster en ciencias sociales del trabajo (FLACSO Argentina), doctor en ciencias sociales (UBA) e investigador docente EIDAES, Universidad Nacional de San Martín.

El hombre es, en el sentido más literal, un *animal político* no solamente un animal social, sino un animal que sólo puede individualizarse en la sociedad. La producción por parte de un individuo aislado, fuera de la sociedad [...] no es menos absurda que la idea de un desarrollo del lenguaje sin individuos que vivan *juntos* y hablen entre sí.

Karl Marx<sup>2</sup>

En cierto modo un autor sólo se entera de lo que ha dicho con su texto por la respuesta de los lectores. Eso le vuelve también consciente de lo que pensaba.

Jürgen Habermas<sup>3</sup>

Que otros se jacten de las páginas que han escrito, a mí me enorgullecen las que he leído.

Jorge Luis Borges

## 1. Introducción

¿Cómo saber fiablemente que aquello que decimos, escuchamos, leemos y actuamos denota realidad? es la pregunta que, desde épocas inmemoriales dirige toda búsqueda de pensamiento y razón humana; pregunta particularmente dramática en la modernidad y sus ciencias de sociedad, diríase con convicción. Se trata de *aprender a leer*, evitar la “ideología literaria de la transparencia” y ejercer “un minucioso rechazo del prejuicio de claridad”<sup>4</sup> hasta “inventar la ley del acontecimiento singular, tener en cuenta el destinatario supuesto o deseado y pretender que así escribiendo/leyendo “se aprenderá a leer (a «vivir»)”.<sup>5</sup> Por esos caminos de la vida podremos sostener que las reglas de la *hermenéutica* juegan con una interpretación que se dice “real”, no exacta ni de verdad definitiva, sino fusión de los sentidos posibles en el horizonte diverso que caracteriza toda experiencia humana.

Solo es saber, según la historia moderna del pensamiento social, aquello que se hace presente al dar cuenta que el hombre es un animal *político*, persona, alguien con derechos a reconocer y reglas a respetar, obrar y hablar en sociedad. Humano significará que no puede leer/escuchar todo lo del mundo, pero sí que siempre intenta superar los riesgos y conflictos que significan comprenderlo. Así, la hermenéutica signa una experiencia de la verdad siempre en riesgo y “no cabe ignorar que la ciencia se encuentra, y se encontrará siempre, con una pretensión de

2 Marx, K. (1978). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858, Volumen 1*. Siglo XXI Editores, p. 4.

3 Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, p. 645.

4 Cusset, F. (2005). *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cia. y las mutaciones de la vida intelectual en Estados Unidos*. Melusina, p. 124.

5 Derrida, J. (2006). *Aprender por fin a vivir. Entrevista con Jean Birbaum*. Amorrortu, p. 29.

comprensión ante la cual fracasa y tiene que fracasar”.<sup>6</sup> Y nadie ha formulado esto tan bien como Gadamer en cuanto a que comprender es una aventura y, como toda aventura, es peligrosa.<sup>7</sup> “El ejemplo de lo clásico en *Verdad y Método I* está destinado a mostrar hasta qué punto la temporalidad de lo que se llama clásico (y que incluye sin duda componentes normativos, pero que no es ninguna denominación de estilo) está lleno de movilidad histórica, haciendo que la comprensión cambie y se renueve constantemente”.<sup>8</sup>

Convergente con esta perspectiva necesariamente práctica y crítica “apalabrada” de afirmar saber, entendimiento y significado, desde sus inicios, la teoría del “actuar comunicacional” (TAC), iniciada hace cincuenta años en trabajos de Jürgen Habermas, destacó que la inteligibilidad y discernimiento verdadero, pretensión de todo análisis de validez reconocible, requiere no solo una observación correcta de los hechos ocurrientes e imaginados por el analista, sino una *comprensión* interactuada cuyo sentido va más allá de lo que el sujeto, en principio, puede considerar.<sup>9</sup> La hermenéutica así interacción discursiva se hará razón práctica de aquello que el orden social suele considerar “racional”:

El intérprete científico-social adopta un estatus similar al de los sujetos observados por él. Solo en el papel de un participante virtual puede emprender sus observaciones y entender los datos recogidos”. Pero a causa de eso, las ideas de la hermenéutica cobran una inmediata relevancia para la descripción de la praxis interpretativa de los propios sujetos agentes, pues la hermenéutica nos clarifica la empresa de la interpretación. Las operaciones de comunicación que en el campo de las interacciones sociales observadas soportan la carga de la coordinación de la acción, se realizan conforma al mismo patrón que las interpretaciones del intérprete científico-social.<sup>10</sup>

Para tal forma comunicante del entendimiento en experiencia humana, se nos aclara entonces hace ya más de un siglo, que la hermenéutica constituye un método de comprensión de las prácticas en sociedad que somete la aspiración legítima de verdad del pensamiento “sabio” a los avatares de la realidad de vida y tiempo observables y racionalmente argumentables por todo interesado. Responde, por consiguiente, no tanto a una filosofía de la historia, por hermosa y prestigiada que esta se muestre, sino más bien a un discurso

<sup>6</sup> Gadamer, H. G. (2002). Ciencia y filosofía. En *Acotaciones hermenéuticas*. Trotta, p. 31.

<sup>7</sup> Teufel, E. (2003). Discurso de homenaje. En *VVAA: El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*. Síntesis, p. 31.

<sup>8</sup> Gadamer, H. G. (1992). *Verdad y método II*. Sígueme, p. 20.

<sup>9</sup> Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II, Crítica de la razón funcionalista*. Taurus, pp. 138 y ss.

<sup>10</sup> Habermas, J. (2011). *Fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje*. Paidós, p. 16.

de normas y derechos políticamente juzgables al confrontarlos con otros. La tesis de una correlación positiva entre saber y juicio general para la cual formular y organizar un Estado democrático, interpretar las necesidades de justicia, que este induce, supone un conjunto de prácticas racionales cuyo sentido normativo supera el que establece el poder judicial y las estructuraciones que podría favorecer. El punto es que, en los contextos de la confunde crisis del orden capitalista actual, sociedad tan de mercados y tecnología que no precisaría ya de prácticas de inteligencia humana, la política democrática y los derechos/necesidades, que presume, parecen perder voluntad, ideas y certeza. Una clarificación valiosa podrá venir desde la tradición analítica dedicada a la interpretación de las culturas:

Un desarrollo nunca es lineal e interno a una sola tradición. De suponerlo, uno se vería obligado a referirse a un “crecimiento” autónomo, a la permanencia de un “esencial” oculto bajo una aparente diversidad, o a una “unidad” profunda que va de lo implícito a lo explícito; pero en realidad ese género de explicación siempre deduce del presente los elementos que, por hipótesis, deben existir “en potencia” en los orígenes.<sup>11</sup>

La dificultad de entender sin distinguir su práctica razonable los desarrollos de Estado, sociedad y derechos, estará en que la fiabilidad y verdad de las interpretaciones –valor hermenéutico– empezó en las últimas décadas a entenderse jurídica “dogmática”, ya no búsqueda inquisitiva, sino “ordenamiento” de la experiencia social por vías de un sistema normativo tan autorreferente y autónomo que salvaría el “hecho de que todo hombre que actúa está atado a su propia manera de ver las cosas”.<sup>12</sup> En países latinoamericanos, por ejemplo, esa idea mecánica y esencialista de la comprensión de la vida en sociedad se ha traducido en una suerte de “judicialización de la política”, visiblemente “antipolítica”, vale decir, incomprensible. Teoría y verdad han de evitar todo juicio “en definitiva” sobre las prácticas que las hacen razonables, pues esto indica simple desconocimiento de la subjetividad de la razón científica, ignora “la variabilidad y libertad de los planteamientos científicos, en los que desembocan a su vez las direcciones variables de la significatividad de las imágenes del mundo que se han vivido”.<sup>13</sup> Así, a diferencia de la general, que antes que definir entiende, la *hermenéutica jurídica*, interpretación sistémica de la ley, “es un hacer creador de derecho”;<sup>14</sup> derecho de juzgar el “orden” del sistema jurídico más que de “comprender” la realidad:

<sup>11</sup> De Certeau, M. (2006). *La debilidad del creer*. Katz, p. 85.

<sup>12</sup> Gadamer, H. G. (1991). *Verdad y método*. Sígueme, p. 612.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid., p. 613.

De hecho, en ella no se trata de una reflexión de carácter metodológico, como ocurre en la filología y en la hermenéutica bíblica, sino que se trata de un principio jurídico subsidiario. Su tarea no es comprender proposiciones jurídicas vigentes, sino hallar derecho, esto es, interpretar las leyes de manera que el ordenamiento jurídico cubra enteramente la realidad.<sup>15</sup>

La hermenéutica más de entender que de ordenar, acá sugerida, leída en el mundo de los años postdictadura, a fines del siglo XX, cuando comprende realidad valoriza el discurso-acción del sujeto, antes que su “naturaleza”. Muestra, por ejemplo, que la “lógica de mercado” transfigura su “racionalidad” sistémica en “natural”, inamovible, que “se impone a las espaldas de la gente”, *autorreferida*, “impermeable a influencias externas”. Lógica abstracta que al “aniquilar la vida concreta” elimina “los desechos de la experiencia”, lo “que no fue, pero pudo haber sido”. Ni los sujetos pueden entonces disponer libremente del sistema social ni este apropiarse del efecto de las prácticas: “La subjetividad siempre produce un excedente extra-sistémico, un «plus» que desborda cualquier institucionalización”.<sup>16</sup> Entonces, ¿qué encontramos de científico en la ciencia, si no un método de interpretación de realidad?, parecerá pertinente preguntarse para una hermenéutica tan comprensiva que llega a incorporar la música como paradigma de la disposición a escuchar efectivamente la palabra de otro.<sup>17</sup> Método significa no solo aquello que regula y conduce nuestro proceder interpretativo, sino su alcance, si no “exacto”, eficaz: “ámbito al cual siempre queremos volver a entrar, como un camino conocido que despierta muchas cosas”, esto es, “justamente, la nueva tarea y no el cumplimiento de reglas, que se asegura precisamente en el dominio de tales reglas, como ya se muestra en la palabra «método»”.<sup>18</sup>

## 2. Entender: intersubjetividad efectual

La idea puede ser descrita como la configuración de la correlación de lo extremo y único con su semejante.

Walter Benjamin<sup>19</sup>

la conciencia de la historia efectual va más allá de la ingenuidad de este comparar e igualar, dejando que la tradición se convierta en experiencia y manteniéndose abierta a la

<sup>15</sup> Ibid., p. 612.

<sup>16</sup> Lechner, N. (2002). *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. LOM, p. 35.

<sup>17</sup> Gadamer, H. G. (2005). Lenguaje y música. Escuchar y comprender. En Schröder G. y Breuninger H. (comps.): *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*. Fondo de Cultura Económica, p. 23.

<sup>18</sup> Ibid., p. 18.

<sup>19</sup> Benjamin, W. (1990). *El origen del drama barroco alemán*. Taurus, p. 17.

pretensión de verdad que le sale al encuentro desde ella. La conciencia hermenéutica tiene su consumación no en su certidumbre metodológica sobre sí misma, sino en la apertura a la experiencia que caracteriza al hombre experimentado frente al dogmático.

Hans Georg Gadamer<sup>20</sup>

Si las personas definen las situaciones como reales, éstas son siempre reales en sus consecuencias

Teorema de Thomas

Si seguimos esas tesis de una hermenéutica general, extendida hoy entre quienes pretenden ocuparse de la cuestión de la “verdad” en nuestras prácticas concretas, esto es, ocuparse, simultáneamente, de todo lo que en ellas otorga derecho a tener la razón y a imponerla para libertad y orden en sociedad, habremos de reconocer que al interpretar experiencias así pretensiosas estamos hablando de una conciencia histórica en acto: *intersubjetiva*. Registro de lo visto, dicho y actuado en el mundo de vida que, al hacerse conciencia, se hace “efecto” de saber práctico permanente, de antes y de hoy, tradición que, por sí misma, consiste en una reflexión y crítica de unos con otros: “Solo un historicismo ingenuo, no reflexivo, verá en las ciencias histórico-hermenéuticas una novedad absoluta que liquida el poder de la reflexión”.<sup>21</sup> Se avizora entonces una especie de “*conciencia histórica efectual*”, no dogmática ni “natural”, sino problemática práctica reflexiva dispuesta a refrendarse en el variopinto uso de la palabra que la manifiesta. La nota distintiva de esta hermenéutica está en que, hasta en tren de lograr su comprensión, el sujeto difícilmente “logra evadirse del contexto histórico” en el que cree encontrarse. El historiador crítico está siempre lejos de abandonar las tradiciones vigentes, las de un Estado nacional, por ejemplo. El punto es que el analista, con su acción, contribuye a formar y conformar e “interviene tanto más cuanto más consciente es su reflexión sobre su condicionamiento hermenéutico” de partida: toda tradición consiste en una interacción lingüística.<sup>22</sup> El saber siempre se hace saber de otros.

La expresión de «intersubjetividad» lleva la carga de la filosofía del sujeto, en tanto en cuanto sugiere que el problema principal es comprender cómo pueden interrelacionarse los sujetos autosuficientes, más que dirigir la atención hacia cómo se constituyen y se forman en y a través de sus interacciones sociales [...]

<sup>20</sup> Gadamer, H. G. (1991). op. cit., pp. 438-439.

<sup>21</sup> Gadamer, H. G. (1992). op. cit., p. 233.

<sup>22</sup> Ibid., pp. 232-233.

integridad de la intersubjetividad de la acción social que implica siempre una *pluralidad* genuina de actores.<sup>23</sup>

De lo que se trata, siguiendo ese carácter metódico “interpretativo” de la experiencia crítica contemporánea, es que la hermenéutica filosófica, como ya sabemos, ciertamente puede hacerse método que responda razonablemente “a la zozobra o falta de seguridad provocada por el historicismo” de toda comprensión real; método en cuanto “refracción reflexiva en el modo de esa apropiación pública de la tradición que efectuamos en cada caso en primera persona del plural”, pero en la práctica la identidad ya no tradición, así buscada en los hechos, aún de historia larga como por ejemplo desde el siglo XIX, “se nutrió todavía de un dogmatismo que se articuló en forma de historia nacional y que mientras tanto se encuentra hoy en disolución”. Lo que hay que hacer presente cuando queremos interpretar válidamente los datos y registros de que disponemos, es que:

un pluralismo de lectura de tradiciones por principio ambivalente da una y otra vez ocasión a discusiones concernientes a autoentendimiento, que permiten ver que los partidos en pugna se sienten ante la exigencia de decidir conscientemente de qué continuidades quieren vivir, cuales tradiciones quieren interrumpir o cuales proseguir. Y en la medida en que las identidades colectivas sólo pueden desarrollarse ya en la forma frágil, dinámica y deshinchada de tal conciencia pública decentrada, se tornan posibles, a la vez que inevitables, discursos *ético-políticos* que calen a suficiente profundidad.<sup>24</sup>

No hay modo entonces de interpretar una norma sin asumir ante otros, no considerados, la carga de hacerlo, saber tan de nosotros como de otros –“extraños”, “ajenos”–; responsabilidad ética que todo discurso cognoscente contiene. Y ello considerando que, desde siempre, el saber entendió palabra extraña o ajena como error; hoy validez significará seguridad e inseguridad. Así, el método *practicista* –“*pragmatista*”– que insinuamos, en un ensayo reciente sobre las inconsistencias de alegar una “razón políticamente correcta”, asegura que *leer el mundo* de verdad significa recrearlo, y solo así juzgarlo:<sup>25</sup> “Gadamer nos dice: «La mejor definición de la hermenéutica es: dejar que aquello que se ha visto alienado

23 Bernstein, R. (1988). Introducción. En VVAA: *Habermas y la modernidad*. Cátedra, op. cit., p. 33.

24 Habermas, J. (1998a). Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho. En Habermas, J. (1998). op. cit., p.162.

25 Rojas, E. (2024). *Corrección política y razón en sociedad. Crítica práctica y entendimiento extensivo*. SEPTESA-EIDAES, en fase de publicación, p. 27.

por la naturaleza de la palabra escrita o por el hecho de haberse distanciado a causa de las separaciones culturales o históricas, hable de nuevo».<sup>26</sup> Para la tesis correspondiente el conocimiento supone siempre “un desafío, y una revaloración racional posteriores. Esta es la «verdad» que se halla contenida en la llamada que hace Popper a un criticismo constante y vigilante”, paralelo a “la insistencia de Gadamer respecto a que un progresivo diálogo no puede llegar nunca a un punto *final*”.<sup>27</sup> El discurso hermenéutico a reconocerse pragmático no da cuenta de un sentido psicológico sino de una práctica ya entendida/actuada de y por otros. La lógica de pragmatismo, se nos aclara en la obra de alguien que lo ha estudiado permanentemente en el mundo contemporáneo, “lleva a definir los conceptos por sus posibles *efectos* prácticos”, para “comprender bien el significado de los signos, hay que conocer sus relaciones y consecuencias”: “Entender una palabra supone una familiaridad con ella que nos permita aplicarla correctamente, así como la comprensión de sus relaciones con otros conceptos y el conocimiento de sus posibles resultados”.<sup>28</sup>

A lo que hemos hecho referencia en el citado texto sobre la pretensión de una “corrección política” sistemática, es que al reflexionar sobre un saber ciencia que se entiende nuevo porque *escucha* efectualmente la experiencia del pasado (*hermenéutica*), en una actual presentación de la obra de Gramsci se vuelve a clarificar cómo, a contrapelo de lo que, en su tiempo, era la tendencia dominante del llamado “pensamiento científico”, aprende a leer el mundo leyendo, durante toda su vida en la cárcel una extensa literatura de los más diversos géneros. En su obra, entonces, saber en sociedad no significará nunca una simple recolección sistemática de datos e información empírica; no tiene ya nada de natural, sino que signa conciencia solo como algo hecho con otros. Saber es “darse cuenta” de una experiencia creadora y ejercer la voluntad humana de derechos y deberes con los demás, cultura y práctica de vida: “dejar de concebir la cultura como saber enciclopédico en el cual el hombre no se contempla más que bajo la forma de un recipiente que hay que rellenar y apuntalar con datos empíricos”; cultura “es organización, disciplina del yo interior, apoderamiento de la personalidad propia, conquista de superior conciencia por la cual se llega a comprender el valor histórico que uno tiene, su función en la vida, sus derechos y sus deberes”; y hacerla es algo que

no puede ocurrir por evolución espontánea, por acciones y reacciones independientes de la voluntad de cada cual, como ocurre en la naturaleza vegetal y animal, en la cual cada individuo se selecciona y especifica sus propios órganos

<sup>26</sup> Bernstein, R. (1991). ¿Cuál es la diferencia que marca una diferencia? Gadamer, Habermas y Rorty. En *Perfiles filosóficos*. Siglo XXI Editores, p 77 [ La referencia a Gadamer es a: “La filosofía práctica como modelo de las ciencias humanas”, *Research on Phenomenology*, 9, 1980, p. 83].

<sup>27</sup> Bernstein, R. (1988) p. 28.

<sup>28</sup> Barrena, S. (2024). Introducción. En Peirce, C. S. *Claves semióticas*, Cactus, p. 14.



inconscientemente, por la ley fatal de las cosas. El hombre es sobre todo espíritu, o sea, creación histórica, y no naturaleza.<sup>29</sup>

Diríase “materialismo histórico”, como lo designaba su autor, pero cuyo “material” es, en realidad, una creación de la voluntad humana visible por cualquiera, es decir, a pesar de los numerosos contendientes que la comprensión gramsciana despertó siempre, crítica de signo hermenéutico por su autocomprenderse práctica efectual de interpretación de experiencias en sociedad.<sup>30</sup>

En realidad, esa convergencia entre el saber práctico, al modo gramsciano y uno efectual, de tradición hermenéutica, no denota solo una “participación”, incluso la que a veces se dice “saber popular” porque parece inclusiva, sino una específica construcción de conocimiento y de juicios válidos. Pero la apelación “gramsciana” que utilizamos, tiene un específico valor en contextos de desarrollo social “pendiente”, como los latinoamericanos y en especial en la Argentina, dónde llegó a designarse “gramscianos argentinos” a varios de los intelectuales de esa nacionalidad citados por nosotros: acuñaron, se nos dice así, “una nueva comprensión de la relación entre cultura y política”, conceptos de una “transformación social” cuyo sujeto –presuntamente “desde abajo”– llegó históricamente a asumirse “peronista”.<sup>31</sup>

En resumen, toda hermenéutica, interpretación válida de una norma en sociedad, no objeta, sino que crítica/construye la tradición y su comprensión en acto. En razón de esa indeterminación de la verdad y del saber, precedentemente evocada, se plantea la pregunta por los modos posibles de realizar interpretaciones reconocibles como una válida crítica de sociedad y de su, necesario, orden de poder y conocimiento. El punto es que, si bien la indeterminación significa que no hay neutralidad posible en el discurso de una ciencia y/o un derecho, la validez de los argumentos que utiliza solo es homologable en el contexto y mundo de vida en que lo hace, nadie puede eludir totalmente los aspectos “determinantes” que surgen de la situación de partida, vulgarmente designados “prejuicios”. Tal lección de rigor en la hermenéutica moderna viene con claridad presentada, por ejemplo, en la tradición francesa “pragmatista” dedicada a entender las formas de justificación y prueba en la sociedad capitalista global actual:

la capacidad de abrir y cerrar los ojos, de dejarse cooptar por la naturaleza de la situación o de sustraerse a ella, no es solamente algo manifiesto en la crítica. Está igualmente a la obra cada vez que las personas deben cumplir con el paso entre situaciones relevantes de mundos diferentes, lo cual, en una sociedad compleja,

<sup>29</sup> Gramsci, A. (2006). *Antología*. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán. Siglo XXI Editores, p. 15.

<sup>30</sup> Rojas, E. (2024). *Ibid.*

<sup>31</sup> Burgos, R. (2004). *Los gramscianos argentinos: Cultura y política en la experiencia de “Pasado y presente”* Siglo XXI Editores, pp. 383-384.

de agenciamientos múltiples, rinde tal capacidad indispensable para la conducta normal de la vida cotidiana. Ese paso no puede ser concebido como un efecto mecánico de la situación [...] exige de parte de las personas un trabajo para apartar los trazos, en la memoria y en los cuerpos, en los pensamientos y en las emociones, de aquello que ha sido experimentado en la situación precedente.<sup>32</sup>

La validez hermenéuticamente resultante de la observación no objetiva sino *efectuada*, así puesta en acto, podrá ser indeterminada pero no es arbitraria; se trata entonces de demostrar, elaborar una teoría que, ante la opinión de cualquiera, esto es, no elegido *a priori*, tiene argumentos que pueden calificarse como de ciencia o como de derecho válidos en la situación analizada. Toda racionalidad y, por consiguiente, toda crítica solo puede valer en cuanto proceso de *reconstrucción* explícita de la realidad de su concepción de partida y del logro que pretende alcanzar: “La elección del paradigma no es, empero, arbitraria, sino que depende de la situación hermenéutica de partida”, su objeto es mostrar teóricamente “cómo el modelo que esa concepción representa es el mejor que acierta con el «negocio» de la ciencia o el «negocio» del derecho”.<sup>33</sup> Y al buscar la articulación de la hermenéutica con teorías de derecho positivo en sociedad, agregase desde allí, se ve un modelo

que a través de una administración discursiva de justicia asegura la «integridad» de las relaciones de reconocimiento recíproco que garantiza a cada miembro de la comunidad jurídica igual consideración y respeto. Con referencia a mi crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza su procedimiento crítico-hermenéutico como una «interpretación constructiva», que hace explícita la racionalidad del proceso de comprensión refiriéndolo a un paradigma o a un “propósito”.<sup>34</sup>

### 3. Verdad sin identidad factible: un enigma

Todo lo que la historia desde el principio tiene de intempestivo, de doloroso, de fallido, se plasma en rostro; o mejor dicho:

<sup>32</sup> Boltanski, L. y Thévenot, L. (1991). *De la justificación. Les économies de la grandeur*. Gallimard, pp. 287-288.

<sup>33</sup> Habermas, J. (1998b). Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia. En Habermas, J. (1998), p. 280.

<sup>34</sup> Ibid. La referencia a Ronald Dworkin que hace Habermas es: Dworkin, R. *Law's Empire*, Cambridge, Mass, 1986, pp. 52 y ss; en nota más agrega la siguiente aclaración: “En los pocos trabajos que ponen en relación el concepto dworkiano de interpretación con la discusión europea, y en especial con las concepciones de Gadamer, Derrida y con la mía, está el de D. C. Hoy, «Interpretating the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives»: *Southern California Law Review* 58 (1985), pp. 135-176; Id., «Dworkin's Constructive Optimisms vs Deconstructive Legal Nihilism»: *Law and Philosophy* 6 (1987), pp. 321 -356 [Cfr. Habermas, J. (1998c). Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia. En Habermas, J. (1998), p. 280].

en una calavera. Y si bien es cierto que esta carece de toda libertad «simbólica» de expresión [...] se expresa plenamente y como enigma, no sólo la condición de la existencia humana en general, sino también la historicidad biográfica de un individuo. Walter Benjamin<sup>35</sup>

Hablar de saber moral resulta equívoco [...] La evidente diferencia entre el sentido de la validez de las convicciones morales y el de las creencias de contenido empírico habla en contra de la equiparación de aquellas a estas. Las aseveraciones dicen lo que es el caso; los mandatos o prohibiciones dicen lo que debe -o no debe- ser. Jürgen Habermas<sup>36</sup>

Historizada, renuente a toda distinción ontológica de crítica y “tradicción”, apurada por la problemática solidificación del Estado de derecho, global financiarizante, a la vez que ante los peligros de error e injusticia que acarrea entender las convicciones personales como si lo fueran de todos, la ciencia social contemporánea solo vale en referencia a la comunidad en que se hace y a los ideales político-culturales, *intersubjetivos*, que así invoca:

Las decisiones valorativas graves son las que tienen que ver, y cambian con, la autocomprensión político-cultural de una comunidad histórica. Ilustración acerca de esta autocomprensión nos la ofrece y suministra una hermenéutica que sirve a la apropiación crítica de nuestras propias tradiciones y con ello a un cercioramiento intersubjetivo de orientaciones de nuestra vida y convicciones valorativas, que se caractericen por su autenticidad.<sup>37</sup>

No hay interpretación ni idea de normas de vida social que no responda a una síntesis de las prácticas diversas y hasta opuestas que manifiesta:

Aquellas «ideas» *mismas* que gobiernan a los hombres de una época, esto es, que operan en ellos de manera difusa, solo pueden ser aprehendidas a su vez con precisión conceptual –en cuanto se trate de formaciones conceptuales algo complicadas– *bajo la forma de un tipo ideal*, porque ellas alientan en las cabezas de una multitud indeterminada y cambiante de individuos y experimentan en ellos las más variadas gradaciones de forma y contenido, claridad y sentido [...] ligazón

35 Benjamin, W. (1990), op. cit., p. 159.

36 Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación*. Trotta, p. 263.

37 Habermas, J. (1998a), op. cit., p. 228.

de artículos de fe, de normas morales y del derecho canónico, de máximas para la conducción de la vida y de innumerables conexiones singulares a las que nosotros reunimos en una «idea»: una síntesis que, sin el empleo de conceptos típico-ideales, jamás podríamos alcanzar.<sup>38</sup>

En ese sentido de un método propiamente sociológico que se esfuerza en una hermenéutica de la acción para hacerla verdad y lograr entendimientos extensivos de valor compartido, desde hace tiempo y sobre todo en contextos nacionales como los nuestros, en los que un enigmático saber de pueblo suele pesar tanto como el conocimiento científico consagrado, hemos destacado el aporte a la autenticidad de la investigación social que puede dar la universalmente reconocida *teoría de la experiencia* acuñada por Walter Benjamin. La clave de ella, dicese por ejemplo anotando su pertinencia analítica, está en que ofrece una “imagen dialéctica” del cambio social, el progreso “no responde ya a la continuidad del decurso del tiempo” ni de la experiencia colectiva, sino a sus interferencias, “allí donde algo verdaderamente nuevo se hace sentir por primera vez con la frescura y transparencia de la aurora”.<sup>39</sup> Un saber que se nos viene en las “ruinas”, “alegorías”, detalles marginados de la historia que permanecieron fuera de todo hasta hoy: “las alegorías son en el reino del pensamiento lo que las ruinas en el reino de las cosas”, aquello “que allí yace reducido a escombros, el fragmento altamente significativo, el trozo, es el material más noble de la creación”, expresión de lo sufriente, reprimido e irredento.<sup>40</sup> Experiencia cuyo sentido proviene tanto de procesos *extensión* como de *intensión*.

Vista así polémica en cuanto los sentidos de lo nuevo provienen más de lo vivido que de lo imaginado idealmente, toda interpretación crítica de regímenes que hacen primar más el poder que la verdad, como los contemporáneamente conocidos, tendrá que, de un modo u otro, constituirse en “recuperadora” de experiencias ocultas en su propio devenir. Una interpretación válida del saber y su acontecer habrá de considerar acciones, valores y relatos suprimidos en acto como seguro de orden del poder dominante, pero que, a pesar de ello, son susceptibles de reconstrucción, no tan institucional como extraña a toda codificación convencional.<sup>41</sup> Máxima fundamental de la interpretación alegórica resultante será la idea de *mortificación* de lo obrado, indagación sensible al gusto y a la apariencia con que

38 Weber, M. (2001). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Amorrortu, p. 85.

39 Habermas, J. (1984). Walter Benjamin. Crítica concienciadora o crítica salvadora. En *Perfiles filosófico-políticos*. Taurus, p. 308.

40 Benjamin, W. (1990), op. cit., p. 171.

41 Rojas, E. (2023). Igualdad y crítica: leer experiencia «desde abajo». En *La distinción del saber popular: igualdad y experiencia democrática. Anotaciones chilenas y argentinas*. EDUNPAZ, p. 40.

la acción y discurso, aludidos, vienen a escena en tiempo actual. Hermenéutica entonces “extraña”, en la cual la ilustración pretendida y traída por el conocimiento histórico clásico, por lo extremadamente vasto de esta pretensión, tiende a extinguirse, quedando la huella de una belleza arruinada pero que, en tanto experiencia colectiva y de comunidad se hará saber y conciencia:

Lo que queda es el detalle raro de las referencias alegóricas: un objeto de saber que anida en los edificios reducidos a escombros según un cuidadoso plan. La crítica consiste en la mortificación de las obras [...] no se trata, por tanto, a la manera romántica, de un despertar de la conciencia en las que están vivas, sino de un asentamiento del saber en estas obras, que están muertas. La belleza que perdura constituye un objeto del saber. Y aunque cabe preguntarse si la belleza que perdura aun debería seguir llamándose bella, lo que sí es cierto es que no hay nada bello que no encierre algo digno de ser sabido.<sup>42</sup>

Vemos así una hermenéutica socialmente compleja, no habría verdad en las ciencias históricas si no se muestran capaces de captar en las prácticas analizadas aquello que no se ofrece a la vista ni vale de modo evidente, sino que requiere una particular atención para los detalles del pasado que el analista no ve, entre otras cosas, porque le parece que no importa en el mundo en que vive. La tradición sociológica así se dará cuenta que siempre que interpreta lo que parece dado, el proceso de conocer y emitir juicios solo resultará claro si enfrenta, con éxito verificable, no solo la evidencia sino también lo que no es inteligible a primera vista ni entendible en las formas corrientes y codificadas de entender; “*enigma*” que toda experiencia humana revela cuando lee conocimiento efectivo en aquello que, en realidad, es una mediación educativa normalizadora -naturalizadora- del poder en el mundo real. Tal enigma, se nos remarca desde la investigación sociológica actual del *espíritu del capitalismo* –sociología que investiga la investigación social para distinguir el carácter *pragmatista* que la crítica siempre pretendió manifestar–, “es suscitado por un acontecimiento, cualquiera que sea su importancia aparente, que llama la atención, destacándose ante un *fondo*” o por las huellas que un acontecer pasado, del que no fue ni es testigo el analista, “imprimió en la textura del estado de cosas”.

Lo que importa con esa comprensión enigmática y pragmatista del método científico es que el “fondo” de lo que se analiza no denota ninguna “esencia” sino solo disposiciones ordinarias, “tal como se encuentran conocidas por mediación de autoridades (especialmente educativas), y por medio de la experiencia que”, asociada a las costumbres, “ofrece un marco

---

42 Benjamin, W. (1990), op. cit., p 175.

relativamente predecible de la acción”. Es entonces una singularidad (todo acontecimiento es singular), “singularidad que posee un carácter al que se puede calificar de *anormal*, que rompe con la manera en que las cosas se presentan en las condiciones supuestamente *normales*, de modo que la mente no llega a inscribir esta inquietante extrañeza en el terreno de la realidad. El enigma viene a rasgar así el tejido inconsulto de la realidad; “resultado de una irrupción del *mundo* en el seno de la *realidad*. Por mundo hay que entender aquí «todo lo que sucede» –para retomar una fórmula de Wittgenstein– y aun todo lo que sería capaz de ocurrir, lo que remite a la imposibilidad de conocerlo y dominarlo en su totalidad”.<sup>43</sup>

Saber efectivo en sociedad, por lo visto, significa para la ciencia social de nuestro tiempo hacerse cargo de que no es posible ontologizar, ni los derechos ni las normas de vida, sin costos a pagar por quienes no tienen poder para imponer su voluntad; responsabilidad que, como recordamos desde el inicio de este ensayo, está en el centro de la teoría crítica del *actuar comunicacional*, hermenéutica en su método de interpretación *práctica* de las realidades sociales. Resulta ya evidente, por ejemplo, que al intento de moralización/normalización asimilable a toda ontología, afirmación “natural” de sabiduría y conocimiento válidos en sí mismos, le falla la capacidad de distinguir entre justicia y aplicación, esto es la pregunta sobre “cuales principios generales son apropiados para cada caso y cuáles, de las muchas circunstancias posibles, son relevantes en cada instancia”: es un hecho inexcusable que;

existe un buen número de prácticas discursivas bien establecidas en las que los participantes presuponen performativamente que existen respuestas correctas e incorrectas acerca de lo que discuten, mientras que al mismo tiempo están conscientes, reflexivamente de que existen desacuerdos persistentes acerca de cuáles son éstas en cada caso.<sup>44</sup>

Práctica significa que no hay modo de evitar que un discurso de la verdad, al emitirse, forme e instale argumentos entendibles como verdaderos y/o falsos. La conclusión es decisiva: para entender la realidad “no es necesario apelar a ningún presunto «metalenguaje»; las gramáticas de los juegos de lenguaje pueden ser elucidadas «desde dentro» por medio de una aplicación reflexiva de esas gramáticas mismas”. La aparente circularidad que esto mostraría se torna inofensiva precisamente porque lenguaje y práctica son indescifrables el uno sin la otra:<sup>45</sup>

43 Boltanski, L. (2016). *Enigmas y complots. Una investigación sobre las investigaciones*. FCE, p. 25.

44 McCarthy, T. (2005). Respuesta. En Herrera M. y De Greiff, P. (comps.): *Razones de la justicia Homenaje a Thomas McCarthy*. UNAM, p. 233.

45 McCarthy, T. (1987). *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tecnos, p. 200.

Seguir una regla es algo análogo a obedecer una orden. Uno es instruido en ello y reacciona a una orden de determinada manera. Pero ¿qué pasa si uno reacciona de una manera y otro de otra a la orden y a la instrucción?, ¿quién tiene entonces razón? Supón que llegas como explorador a un país desconocido con una lengua que te resulta totalmente extraña ¿Bajo qué circunstancias dirías que los naturales del país dan órdenes, entienden y obedecen órdenes, se rebelan contra las ordenes, etc.? La forma común de actuar de la gente es el sistema de referencia mediante el cual interpretamos y nos introducimos en una lengua extraña.<sup>46</sup>

Más aún, una hermenéutica de lo que está bien, en el nivel de la razón y el derecho de prácticas democráticas, por mor de científicidad, habrá de asegurarse como interpretación que diferencia la norma (“democracia”) y su valor práctico (“igualdad”); esto es, no identifica regla con intención. El recurso argumental al “deber ser” no vale como un logro de “ser”. El uso de la palabra moral, tan habitual como es en las discusiones que se creen de la verdad política en el presente, no vale ni como bien ni como justicia, salvo que así lo determine el discurso social rectamente instituido. El meollo de esta consideración –nos aclara la ciencia social hace más de un siglo– está en que A no puede estar seguro de estar siguiendo la regla moral en cuestión “si no se da la posibilidad de que su comportamiento quede expuesto a una crítica por B, crítica en principio susceptible de consenso”.<sup>47</sup> En suma, toda hermenéutica al pretenderse verdad de vida humana se abre a confundir los principios que, su autor cree, rigen la acción analizada (“normas”) con los bienes que tal acción presupone alcanzar y la explican (“valores”). Los *principios* tienen un sentido “deontológico”, exigen a sus destinatarios practicar el comportamiento que la sociedad espera que se respete y generalice, en cambio los *bienes* lo tienen “teleológico”, fines preferenciales de un colectivo para obtener determinadas adquisiciones mediante una acción-discurso dirigida a ello: “Las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas”, en cambio, los valores definen relaciones de preferencia no binaria sino incluso gradual, preferencias para las cuales ciertos “bienes son más atractivos que otros, de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consiente grados”.<sup>48</sup>

46 Wittgenstein, L. (*Philosophische Untersuchungen*, parr. 206), citado en McCarthy, T. (1987), p. 200 [Cfr. Wittgenstein L. (1988) *Investigaciones filosóficas*. UNAM, p. 205].

47 Habermas, J. (2010), op. cit., p. 477.

48 Habermas, J. (1998d). Justicia y legislación. En Habermas, J. (1998), op. cit., p. 328.

#### 4. Crisis y operación técnica: pérdidas de sociedad

Lo no pensado se hace posible en lo pensado cada vez.  
Michel Theunissen<sup>49</sup>

La solidez del hilo no se encuentra en una fibra que corre todo a lo largo, sino en el entrecruzamiento de muchas fibras.  
Ludwig Wittgenstein<sup>50</sup>

Una aproximación propiamente de sociedad a las crisis, como la que buscamos, permitirá destacar, por ejemplo, que los recelos anarquistas contra el Estado de derecho, resurgentes en los contextos actuales de la democracia argentina, dificultan todo entendimiento y discurso hablados o escritos en sociedad; esto es, el análisis correcto exigirá un giro metodológico crítico “hacia ambos lados: tanto contra la ceguera sistémica de una teoría normativa de la democracia que sigue sin enterarse de la expropiación burocrática de la base sobre la que opera, como contra el extrañamiento fetichizador de una teoría de sistemas que liquida lo normativo y excluye, incluso analíticamente, la posibilidad de comunicación en la que la sociedad pueda focalizar sobre sí misma como conjunto”.<sup>51</sup> Para la correspondiente lección hermenéutica, el sentido en Estado de derecho no proviene de la “naturaleza” del texto que lo expresa, sino de su comprensión, no de técnica experta, sino práctica de mayorías en sociedad que resuelve la *correcta* aplicación de la regla:

Al igual que las leyes, también las decisiones judiciales son «creaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas». <sup>52</sup> El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativa* [...] ya no resulta transitable la opción que representa el derecho natural racional [...] La hermenéutica jurídica

<sup>49</sup> Ver Theunissen, M. (2003). La hermenéutica filosófica como fenomenología de apropiamiento de la tradición. En VVAA: *El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*. Síntesis, p. 93.

<sup>50</sup> Citado en Dreyfus, L. y Rabinow, P. (2017). *Michel Foucault. Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Monte Hermoso, p. 123.

<sup>51</sup> Habermas, J. (1998e). La soberanía popular como procedimiento. En Habermas, J. (1998), op. cit., p. 607.

<sup>52</sup> La cita de Habermas acá es a: Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*, Barcelona, p. 154.



tiene el mérito de haber hecho valer de nuevo [...] la idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación.<sup>53</sup>

Al remarcar inconsistencias sistemáticas en la comúnmente llamada “corrección política”, remarca evocada más arriba, decíamos que, ante las crisis actuales del orden y autoridad capitalista tradicional, podíamos avizorar constructivamente una razón científica que, por reconocerse “práctica”, se hace *imaginar y entender* como acción y palabra hablada e interactuada por muchos, vale decir, en experiencia cruzada de hilos de sociedad. Pero si en vez de ello la corrección política, tan imperecedera como se la cree, llega a pretenderse “natural”, explicante sin razones distinguibles en su experiencia humana, la sociedad habrá perdido capacidades de pensarse e integrarse, se avendrá en ella la barbarie y la crueldad hasta hacerse “monstruosa”: “Cuando, por tanto, en el sentido más extremo ‘las palabras de la razón’ son puestas en el haber de la naturaleza”, la razón misma se priva de trazar unos límites; “falta de diferencias, la existencia se entrega al concepto de una naturaleza que crece hasta lo monstruoso”.<sup>54</sup> En suma, tal “naturalización” de la razón en sociedad, habitual en el mundo de hoy, llega a parecer un sistema técnico del saber que, siguiendo a Gramsci en su lectura práctica de la verdad y el cambio, por afirmarse “mecanismo” o “aparato” productor de sociedad, pierde “autoridad”, actualiza la «cuestión de los jóvenes» y un escepticismo que “impide que quien puede dirigir acceda y lleve a cabo su misión”.

Con tales arrebatos tecnificantes de la idea “realidad”, tras la apelación “natural” que suscita, viene en los hechos una figura de actor, inteligencia, pensamiento y sociedad “programada”, como en el siglo XXI. De modo que la *teoría crítica*, tan a menudo invocada por el análisis hermenéutico de la acción en sociedad, ha de reconfigurar sus afirmaciones sobre la injusticia del orden del capital -ahora “normalizado”- asumiendo la multivariabilidad interpretativa que hoy exige la lectura real de toda experiencia y práctica del pasado. Con razón se nos enfatizará que “lo esencial es ver que, más allá de la crisis o del optimismo occidental, más allá del agotamiento de un pensamiento puramente crítico y en contra de las ilusiones de la sociedad de consumo se constituyen nuevas apuestas y nuevos actores sociales”, búsqueda urgente de nuevas categorías para producir sociedad: la crisis “impone el restablecimiento de la comparación con la conciencia histórica del pasado, no para hacerla revivir, sino para tomarla como modelo de análisis y a la vez liberarse de ella”, aprender a orientarnos, a organizar nuestra vida colectiva y a limitar “las desigualdades y las injusticias” que acentúa.<sup>55</sup>

53 Habermas, J. (1998b), op. cit., p. 268.

54 Benjamin, W. (2006). Las afinidades electivas de Goethe. En *Obras, libro I / vol. 1*. Abada, pp. 153-154.

55 Touraine, A. (1995). Prefacio a la segunda edición revisada. En *Producción de la sociedad*. UNAM-IFAL, pp. 20-21.

El problema implícito en ese trazado de las dificultades teórico-prácticas para una lectura adecuada de la razón en sociedad, se nos dice desde una perspectiva cercana, estriba en el intento clásico de concebir la filosofía del derecho como una razón histórica inequívocamente concreta de realización del poder. Especie de comprensión práctico-moral mercantilmente “experta”, que la modernidad capitalista consagra verdadera sin necesidad de entenderla y extenderla, al menos por los medios que proporciona una comunidad organizada. Lo que le falta a esta equívoca “moralización” de la práctica humana, es una sensibilidad para darse cuenta que al confundir razón práctica con norma racional, el recurso verdaderamente amenazado es de “una solidaridad social conservada en estructuras jurídicas y necesitada de regeneración”.<sup>56</sup> La crisis del orden del capital financiero, agravada por procesos desafiantes como la “limitación ecológica del crecimiento económico”, las nuevas guerras “y las luchas internacionales por la distribución de la riqueza”, hacen muy difícil a los Estados de derecho converger con otros: “Al abrigo de fórmulas retóricas, es la pusilanimidad lo que reina”.<sup>57</sup>

Agregaremos que una comprensión propiamente sociológica de tal pusilanimidad, esto es, crítica en sociedad sustentada hermenéuticamente en la diferenciable realidad desconsiderada, podrá afirmarse que, si la indolencia analítica del caso significa algo concreto, esto consistirá en que el orden del capital convence mayorías a aceptar que la complejidad económica moderna impone ajustes *sin razón humana* visible. Ya a muchos no parece posible, sin problemas prácticos considerables pensar en conjunto “las figuras de una sociedad centrada en el Estado y la de una compuesta de individuos”, la razón práctica llega a confundirse con una filosofía de la historia tan certera que cree posible “una sociedad que se administra democráticamente ella misma y absorbe el poder burocrático del Estado tan bien como lo hace la economía capitalista”, la llamada teoría de sistemas, por su parte, se le suma en tanto “renuncia a todo contenido normativo de la razón práctica”; el Estado será “un subsistema entre otros, cada uno de estos teniendo su función específica; como las personas y su sociedad, tienen entre ellos relaciones del tipo sistema-entorno”. Con esos trazos, “partiendo de la autoafirmación de los individuos concebidos de manera naturalista”, la línea de una eliminación de la razón práctica conducirá, incluso en clásicas tesis como la de Niklas Luhmann, a concebir “la *autopoiesis* de sistemas regulados de manera autorreferencial”.<sup>58</sup> Autopoiesis de sistema, es decir creatividad “humana” proveniente de un ente no humano ¿inteligencia artificial o divina? En realidad, a lo que apuntan hoy estas tendencias tecno-sistémicas supuestamente vividas en sociedad, más que a una

---

56 Habermas, J. (1998), op. cit., p. 60.

57 Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie. Entre faites et normes*. Gallimard, p. 12.

58 Ibid., pp. 15-16.

inteligencia técnicamente asegurada, como lo afirman muchos, es a un *tecnofeudalismo*, sostiene un reconocido economista cuyas investigaciones se hicieron globales luego de la llamada “crisis griega”, nuevo modo de extracción de valor, “dónde los dos pilares del capitalismo han sido marginados (el mercado es reemplazado por plataformas digitales y las ganancias por las rentas de la nube), la IA simplemente acelera el poder de los propietarios del capital de la nube. Ellos son los señores tecnofeudales de nuestra era o, como yo los llamo, nuestra nueva clase dominante”.<sup>59</sup>

Vamos concluyendo hasta acá que la posible autonomía tecno-sistémica del derecho (dogma moralmente aceptable) se desprende de la comprensión extensible de la ley; capacidad de quien juzga para hacerse cargo predictivamente de las consecuencias de la acción en experiencia en sociedad (*praxis*). Los llamados Critical Legal Studies son un ejemplo de la crítica “política” crítica al formalismo dogmático que suele evidenciar el sistema judicial: todo juicio verdadero es indeterminante, no resulta de una ilusoria práctica jurídica unívoca, siempre puede evidenciarse antisistema. Juicio entre la palabra del juez y su acto, siempre pesan así supuestos básicos de fondo no reflexionados y “prejuicios sociales que se condensan en ideologías profesionales” con buenas razones para justificar “intereses no confesados”. La crítica al “dogmatismo” tecnocrático del derecho podrá “conmover la conciencia normativa de los juristas” en cuanto la autorreflexión «disfuncional» del sistema –presupuesta– se hace *práctica*, acto de racionalidad a la que se le puede tomar la palabra y volverla “contra las prácticas legales” vigentes. El peso argumental de todo código instituye siempre un aguijón autocrítico capaz de “horadar y romper ese autoengaño o esa autoilusión que Luhmann eleva falsamente a necesidad sistémica” en sí.<sup>60</sup> El valor del derecho se prueba en la *praxis* de lo que es y no de lo que se desea que fuese:

De este modo llegamos a la raíz de lo que llamamos teoría: ver lo que es. Ello no significa la trivialidad de la constatación de lo efectivamente existente. Tampoco en las ciencias se define el «hecho» como lo mero existente que puede sujetarse midiendo, pesando o contando; el «hecho» es más bien un concepto hermenéutico, es decir, continuamente referido a una relación del suponer o del esperar, a una relación del comprender investigador de índole completa. No tan compleja, más tan difícil como ello, es conseguir en la *praxis* vital de cada uno ver lo que es, en lugar de lo que desea que fuese.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Varufakis, Y. (2024). Entrevista con Néstor Restivo en *Tiempo Argentino* N° 2490, 07/07/2024. [www.tiempoar.com.ar](http://www.tiempoar.com.ar)

<sup>60</sup> Habermas, J. (1998f). Derecho y moral. En Habermas, J. (1998), op. cit., p. 569.

<sup>61</sup> Gadamer, H. G. (1993). *Elogio de la teoría, discursos y artículos*. Península, p. 38.

## 5. La norma democrática: deliberación social

El ejercicio de la soberanía popular asegura a la vez los derechos del hombre.  
Jürgen Habermas<sup>62</sup>

Por lo que leemos hasta este punto, en Estado de derecho, la permanencia moderna de la libertad crítica depende más de la acción interpretativa de base social que del ajuste del sistema “desde arriba”: “En última instancia, los sujetos jurídicos privados no pueden gozar de libertades subjetivas iguales, a menos de darse cuenta *ellos mismos*, ejerciendo en común su autonomía política, de los intereses y criterios que son legítimos, y a menos de determinar de común acuerdo los aspectos significativos en función de los cuales conviene tratar parecidamente aquello que es parecido y diferentemente aquello que es diferente”.<sup>63</sup> La lección dirá que solo asumiendo como *procedimiento* un principio de igualdad se hacen comprensibles objetivos de libertad y soberanía popular, una “práctica colectiva de los sujetos iguales y libres como formación soberana de la voluntad común” dirigida a una Constitución de división de poderes que, formalmente, “nace de la voluntad ilustrada del legislador democrático”.<sup>64</sup> Y, a la vez, si se comprende que la distinción del sujeto hermenéutico, personas y/o pueblo, ha de hacerse en sociedad, al leer posibilidades efectivas de crítica habremos de leer un singular Estado de derecho, una “*democracia radical*”; práctica normativamente generalizada de igualdad, entendimiento igualitario de la libertad de las personas y enraizamiento en la práctica de las acciones y discursos de soberanía política requeridos.<sup>65</sup>

Al respecto, tenemos que insistir en que las razones de nuestra polémica lectura de la obra de Gramsci, que la homologa a una hermenéutica, apuntan al notable énfasis de este en diferenciar sus teorías de toda comprensión metafísica, concebirlas como prácticas y discurso en y de la realidad, antes que como “pensamiento” abstraído de esta: “Porque la historia nos interesa por razones «políticas» no objetivas aunque sea en el sentido de científicas”, solo el conocimiento de un proceso histórico “puede dar cuenta del presente y dar cierta verosimilitud de que nuestras previsiones políticas sean concretas”.<sup>66</sup> Púdose entonces leer, con razón considerable, que dar valor de pueblo a la idea de democracia significa una reconstrucción “subalterna” de la realidad práctica académica, “ruptura epistemológica” del transcurso mismo de la investigación en saber y ciencia, no precisamente

<sup>62</sup> Habermas, J. (1998e), op. cit., p. 599.

<sup>63</sup> Habermas, J. (1997), pp. 12-13.

<sup>64</sup> Habermas, J. (1998e), p. 598.

<sup>65</sup> Rojas, E. (2023), op. cit., pp. 63 y ss.

<sup>66</sup> Gramsci, A. (1999). *Cuadernos de la cárcel. Tomo 5*. ERA-UNAM, p. 151.

“divulgación”, sino racionalidad *efectual* de vida corriente: “reivindicación del sentido común, no evaluado como irracional, dicotómicamente separado de los conocimientos científicos, sino como otro saber, inevitable y en continua interacción con la ciencia”; pasaje de uno a otro que “involucra tanto la tesis de las rupturas epistemológicas en la constitución y transcurso de la investigación, como el uso ulterior de los conceptos en la vida cotidiana, como el retorno hacia el sentido común, en la difusión de las indagaciones”, de modo que “ciertas categorías en ciencias son una reelaboración del vocabulario común”, muy distante de las que “mantienen una actitud despectiva a todo saber no científico”.<sup>67</sup>

Pero el problema es que la crisis del capital que, al parecer de muchos, sustituye inteligencia humana por tecnología informacional, actualiza formas de ejercicio del poder e instituciones que deshacen la sociedad. Hacerse cargo desde el Estado de derecho significa darse cuenta de que verdad y entendimiento consisten en una experiencia traducida en saber, de modo que solo como proyecto histórico puede mantener la democracia “un sentido normativo que vaya más allá de lo jurídico —es decir, su fuerza explosiva y su capacidad de alumbrar estructuras”.<sup>68</sup> Por lo tanto, “derecho” implica reconocer que toda justificación de normas trasunta indeterminación, no es nunca unívoca, su palabra expresa reglas que un sistema funcionalmente autorreferencial no puede poner en reflexión sin desestabilizarse (desajustarse). Norma y conocimiento no son ya una y solo una “cosa del saber”, su validez impone interpretarles como experiencia generalizable a todos, incluso si se les lee como palabra supratemporal o de Dios:

La hermenéutica en el ámbito de la filología y de la ciencia espiritual de la historia no es un «saber dominador», no es apropiación como conquista, sino que ella misma se somete a la pretensión dominante del texto [...] La interpretación de la voluntad jurídica o de la promesa divina no son evidentemente formas de dominio sino más bien de servidumbre. Al servicio de aquello cuya validez debe ser mostrada, ellas son interpretaciones que comprenden su aplicación [...] también la hermenéutica histórica tiene que llevar a cabo una cierta aplicación, pues ella también sirve a la validez de un sentido en la medida en que supera expresa y conscientemente la distancia entre el tiempo que separa al intérprete del texto.<sup>69</sup>

La validez de un ejercicio hermenéutico, entonces, responderá a una experiencia de recuperar significados de un texto para renovarlos, entenderlos de nuevo. Como recordáramos al teorizar el saber popular en las condiciones de este tiempo, la interrogante del saber

<sup>67</sup> Castorina, J. A. (2020). Relaciones entre conocimiento científico y sentido común. Problemas, conflictos y aperturas. *Ucronías*, 2, pp. 71-72.

<sup>68</sup> Habermas, J. (1998e), op. cit., p. 597.

<sup>69</sup> Gadamer, H. G. (1991), op. cit., pp. 382-383.

que se planteaba desde la TAC apuntaba a las posibilidades actuales de una teoría *organizante* en sociedad tal que, en régimen democrático del capital financiero, pueda concebir un ejercicio del poder con valor epistémico tan “justo” cuanto distinguible en igualdad.<sup>70</sup> Es decir, agregaríamos hoy siguiendo una pertinente investigación actual, de contextos asimilables a los nuestros, la idea de que la razón política, si es propiamente razón, se realiza como argumentación racional abierta a todos, espacio público no solo de las creencias sino del conocimiento posible en movimientos de sociedad:

lo que se retiene generalmente del espacio público, es que es el lugar, físico o simbólico, en el cual las ideas circulan y son discutidas, de manera racional, con el fin de cristalizarlas en opinión pública. El espacio público es comprendido como un «espacio discursivo», donde los actores no se limitan a representar lo que creen, hacen o esperan, sino que igualmente elevan el nivel de conocimiento de los problemas y de las posibles soluciones, por la comparación argumentada entre diferentes «razones». Por eso mismo, se impone como un antídoto a la violencia.<sup>71</sup>

Con esos trazos, la interrogación epistémica de la TAC sobre la relación entre democracia y capitalismo sugiere tres modelos analíticos; uno de régimen *liberal*, otro *republicano* y un tercero *deliberativo*, distinguibles tipológicamente según la densidad que adquiera el valor de experiencia común para *deliberar* racionalmente en público, es decir, hacerse de una mayor o menor experiencia de calidad deliberativa.<sup>72</sup> Para tal tesis, i) en la tradición “liberal”, “deliberante” indica una función discreta, el bien es un bien individual y saber o poder se afirman agregados de saber y poder individual, un *saber aditivo*; ii) en la tradición “republicana”, a su vez, el valor político provendrá de las posibilidades de asegurar una autodeterminación nacional, soberanía popular y voluntad general; saber o poder referirán al Estado, “una praxis de autodeterminación ejercida en común por los ciudadanos asociados”, un *saber común* y, por último, iii) en el modelo “deliberativo” la apelación “deliberante” será de realización en la esfera pública, institución civil y Estado, su valor indexará un potencial de generalización sin límites a priori, un *saber/poder co-operativo*, inteligencia de igualdad que “dirige la atención de una manera más intensa a las funciones cognitivas de la formación de la opinión y de la voluntad que a la elección racional o al *ethos* político” y cuya co-operación “ocupa el lugar de

<sup>70</sup> Rojas, E. (2023), op. cit., p.322.

<sup>71</sup> Albertini, F. et Corchia, L. (2022). La Corsica et son espace public politique. Défis pour le présent et l'avenir. En *Habermas en terrain insulaire. La Corsica et son espace public. Avec un essai de Jürgen Habermas*. Pisa University Press, p. 70.

<sup>72</sup> Habermas, J. (2009). ¿Tiene aún la democracia una función epistémica? Investigación empírica y teoría normativa. En *¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos*. Trotta, pp. 139-140.

la agregación de preferencias en términos de democracia competitiva o el lugar de la autodefinición colectiva de una nación”.<sup>73</sup> El tema es que para su correcta y consistente interpretación ha de enfatizarse que la política deliberativa no expresa derechos “caídos del cielo”, sino un espíritu *solidario* que el Estado constitucional democrático debe necesariamente *perpetuar* en sí mismo y con recurso a él mismo.<sup>74</sup> Dado que ciudadanía significa reconocer en los derechos subjetivos “el mismo valor” para unos y otros, la garantía de tal trato igualitario no tiene la menor posibilidad sin una política de reafirmación del derecho apremiante, entre ciudadanos y parlamentarios, a escucharse de modo de generar bienes y valores entre y para ambos. Este reconocimiento solidario del actor social y de la representación institucional del interés general, en cuanto uno y otro solo existen si estabilizan, virtuosamente para ambos, interés privado e interés general, conforman un círculo que, en funcionamiento habitual, se estabiliza por sí mismo.

Ahora bien, la realidad no habla por sí sola, pero tampoco se agota en el discurso (la pobreza es una realidad “dura”, como lo es el modo de producción y distribución de los bienes). Hemos aprendido a tomar en serio las dinámicas de la economía. Pero dependerá de los códigos de interpretación la forma en que percibimos y abordamos los fenómenos. A esta construcción simbólica de lo real contribuye de una manera decisiva la política [...] producir y reproducir las representaciones simbólicas mediante las cuales estructuramos y ordenamos “la sociedad”, incluyendo la “puesta en escena” de la propia política. Ella actúa, pues, a un doble nivel [...] [delimita] no sólo el campo de lo que está a disposición de la voluntad política, sino igualmente el campo de lo posible, lo factible, lo deseable.<sup>75</sup>

La necesidad de una hermenéutica que torne deliberantes saber de verdad y práctica política en Estado de derecho, se hace palmariamente evidente en situaciones de excepción – pandemia, guerra– en las que la solidaridad constitutiva de toda democracia suena ya inexcusable para garantizar derechos y libertad. Ahora bien, si en estas crisis, la creencia en un ajuste que por sistémico garantice justicia y democracia resulta ya insostenible, lo que importa es que la necesidad de articular política solidaria y libertad no rige solo en caso de catástrofes y, por consiguiente, de peligros que irrumpen de manera contingente, sino también, aunque *de otra manera*, en casos de conflictos en los que “diversas capas sociales o grupos culturales se consideran ignorados, reprimidos o incluso solo desorientados, se

---

73 *Ibid.*, p. 143.

74 Habermas, J. (2023). *Espace public et démocratie délibérative: un tournant*. Gallimard, p. 11.

75 Lechner, N. (2002), *op. cit.*, p. 25.

dividen respecto del resto de la población y «se retiran» de la cultura política común al oponerse frontalmente «al sistema».

En numerosos países, agrega esta tesis que lee la *necesidad como un derecho*, “los dos potenciales parecen asociarse cuando, esas manifestaciones se implican como negadoras de la gravedad de la crisis sanitaria y partidarias de la extrema derecha”. La auto-estabilización política del sistema fracasará, entonces, porque éste “no puede más mantener su equilibrio flexible habitual sin emprender esfuerzos colectivos extraordinarios”. Los procesos “naturales” del contexto llegan a desafiar la existencia de la sociedad al punto que el Estado ha de “movilizar las *fuerzas solidarias* de las ciudadanas y los ciudadanos contra un peligro que ha irrumpido, de manera contingente, *desde el exterior* y que amenaza *la colectividad en su conjunto*”. Estado de excepción convergente con una proporción *relativamente alta* de solidaridad: solo por esta razón las medidas estatales – que hacen primar la protección de la salud pública– llegan a modificar “el equilibrio del proceso circular, habitual, que *se estabiliza por sí mismo* y que, en tiempo normal”, obra “entre las contribuciones de los ciudadanos del Estado a la formación de la voluntad política” general y el margen de maniobra “que permite la utilización de los derechos de libertad subjetiva”.<sup>76</sup>

Lo anterior no puede sino significar que la norma política y el derecho en democracia se caracterizan como tales en tanto aparecen como efecto práctico de un entendimiento y producción en sociedad. Integran, así, por una parte, argumentos liberales de derechos fundamentales y, por otra, argumentos republicanos de entendimiento ético-político; procedimiento de deliberación y toma de decisiones que, en condiciones de una información adecuada de los problemas a resolver, hace nítida la fiabilidad y validez de la acción emprendida. Una deliberación que se dirige a un compromiso entre derechos liberales y derechos republicanos, apoyándose, en cuanto a los contenidos, “en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura en la que se ha crecido y se está”, la TAC hace el procedimiento:

una conexión interna entre las consideraciones pragmáticas, los compromisos, los discursos de autoentendimiento y los discursos relativos a justicia y fundamenta la presunción de que bajo las condiciones de un suficiente suministro de información relativa a los problemas de que se trate y de una elaboración de esa información, ajustada a la realidad de esos problemas, se consiguen resultados racionales, o, respectivamente, resultados *fair*. Conforme a esta concepción, la razón práctica [...] [se hace norma en base a] la estructura de la comunicación lingüística y del orden no sustituible que representan la socialización y «sociación» comunicativas.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Habermas, J. (2023), op. cit., pp 15-16.

<sup>77</sup> Habermas, J. (1998c), op. cit., pp. 372-373.



El punto estaría así en que la distinción liberal del Estado de derecho difícilmente puede favorecer una comprensión política basada en la creencia de que es posible disciplinar normativamente el poder del Estado de modo de reconocer los intereses sociales en juego como puente entre norma e interés y viceversa; en los hechos, entre partidos políticos y entre gobierno y oposición, realismo político no tanto de voluntad ciudadana como de éxito de la gestión estatal. Lo que hay es una formación de la voluntad de ciudadanos autointerés que “asocia expectativas normativas comparativamente débiles” y que, así, manifiesta “sólo un elemento dentro de una constitución” que ha de disciplinar el Estado mediante dispositivos normativos como los derechos fundamentales, la división de poderes, la vinculación a la ley, es decir, teniendo en cuenta intereses y orientaciones valorativas en competencia: “Esta *comprensión de la política, centrada en el Estado*, puede renunciar al supuesto poco realista de una ciudadanía capaz de acción colectiva. Se orienta, no por el *input* que representa una formación racional de la voluntad política, sino por el *output* que representa un balance exitoso de resultados por parte de la actividad estatal”. Confunde ajuste del sistema con deliberación ciudadana.<sup>78</sup> Habremos de concluir entonces que una comprensible hermenéutica de los derechos e intereses en democracia solo alcanza validez en cuanto se reconoce procedimentalmente pública. El “yo” de la comunidad jurídica, su sujeto, desaparece en cuanto la comunicación discursiva de una voluntad general tenga “a su favor la presunción de racionalidad”. Acción comunicativamente rigurosa estatal y de sociedad civil, distinguible ésta del Estado como del mercado:

El «sí misma», el *self* de la comunidad jurídica que se organiza a *sí misma* desaparece en las formas de comunicación, no susceptibles de ser atribuidas a ningún sujeto, ni en formato pequeño ni en formato grande [...]. Esta soberanía popular, por anónima que sea la forma que ahora adopta, no ha hecho sino replegarse sobre (o traducirse en) los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a fin de hacerse valer como poder comunicativo [...] «formación de la voluntad» institucionalizada en términos de Estado de derecho, y los espacios públicos movilizadas culturalmente, que a su vez tiene su base en las asociaciones de una sociedad civil que guarda la misma distancia respecto del Estado que respecto de la economía.<sup>79</sup>

---

78 Ibid., pp. 373-374.

79 Ibid., pp. 377-378.

## Bibliografía

- Albertini, F. et Corchia, L. (2022). La Corsica et son espace public politique. Défis pour le présent et l'avenir. En *Habermas en terrain insulaire. La Corsica et son espace public. Avec un essai de Jürgen Habermas*. Pisa University Press.
- Barrena, S. (2024). Introducción. En Peirce, C. S.: *Claves semióticas*, Cactus.
- Benjamin, W. (1990). *El origen del drama barroco alemán*. Taurus.
- Benjamin, W. (2006). Las afinidades electivas de Goethe. En *Obras, libro I / vol. 1*. Abada.
- Bernstein, R. (1988). Introducción. En VVAA: *Habermas y la modernidad*. Cátedra.
- Bernstein, R. (1991). ¿Cuál es la diferencia que marca una diferencia? Gadamer, Habermas y Rorty. En *Perfiles filosóficos*. Siglo XXI Editores.
- Boltanski, L. y Thévenot, L. (1991). *De la justificación. Les économies de la grandeur*. Gallimard.
- Boltanski, L. (2016). *Enigmas y complots. Una investigación sobre las investigaciones*. FCE.
- Burgos, R. (2004). *Los gramscianos argentinos: Cultura y política en la experiencia de pasado y presente*. Siglo XXI Editores.
- Castorina, J. A. (2020). Relaciones entre conocimiento científico y sentido común. Problemas, conflictos y aperturas. *Ucronías*, 2. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4397883>
- Cusset, F. (2005). *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cia. y las mutaciones de la vida intelectual en Estados Unidos*. Melusina.
- De Certeau, M. (2006). *La debilidad del creer*. Katz
- Derrida, J. (2006). *Aprender por fin a vivir. Entrevista con Jean Birbaum*. Amorrortu.
- Dreyfus, L. y Rabinow, P. (2017). *Michel Foucault. Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Monte Hermoso.
- Gadamer, H.G., y Risser, J. (1979). Practical Philosophy as a Model of the Human Sciences. *Research in Phenomenology*, 9, 74-85. <http://www.jstor.org/stable/24654329>
- Gadamer, H. G. (1991). *Verdad y método*. Sígueme.
- Gadamer, H. G. (1992). *Verdad y método II*. Sígueme.
- Gadamer, H. G. (1993). *Elogio de la teoría, discursos y artículos*. Península.
- Gadamer, H. G. (2002). *Ciencia y filosofía. En Acotaciones hermenéuticas*. Trotta.
- Gadamer, H. G. (2005). Lenguaje y música. Escuchar y comprender. En Schröder G. y Breuninger H. (comps.): *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*. Fondo de Cultura Económica.
- Gramsci, A. (1999). *Cuadernos de la cárcel. Tomo 5*. ERA-UNAM.
- Gramsci, A. (2006). *Antología. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán*. Siglo XXI Editores.
- Habermas, J. (1984). Walter Benjamin. Crítica concienciadora o crítica salvadora. En *Perfiles filosófico-políticos*. Taurus.
- Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie. Entre faites et normes*. Gallimard.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Habermas, J. (1998a). Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de derecho. En Habermas, J. (1998).

- Habermas, J. (1998b). Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia. En Habermas, J. (1998).
- Habermas, J. (1998c). Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia. En Habermas, J. (1998).
- Habermas, J. (1998d). Justicia y legislación. En Habermas, J. (1998).
- Habermas, J. (1998e). La soberanía popular como procedimiento. En Habermas, J. (1998).
- Habermas, J. (1998f). Derecho y moral. En Habermas, J. (1998)
- Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación*. Trotta.
- Habermas, J. (2009). ¿Tiene aún la democracia una función epistémica? Investigación empírica y teoría normativa. En *¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos*. Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II, Crítica de la razón funcionalista*. Taurus.
- Habermas, J. (2011). *Fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje*. Paidós
- Habermas, J. (2023). *Espace public et démocratie délibérative: un tournant*. Gallimard.
- Lechner, N. (2002). *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. LOM Ediciones.
- Marx, K. (1978). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858, Volumen 1*. Siglo XXI Editores.
- McCarthy, T. (1987). *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tecnos.
- McCarthy, T. (2005). Respuesta. En Herrera M. y De Greiff, P. (comps.): *Razones de la justicia. Homenaje a Thomas McCarthy*. UNAM.
- Rojas, E. (2023). *Igualdad y crítica: leer experiencia «desde abajo»*. En *La distinción del saber popular: igualdad y experiencia democrática. Anotaciones chilenas y argentinas*. EDUNPAZ.
- Rojas, E. (2024). *Corrección política y razón en sociedad. Crítica práctica y entendimiento extensivo*. SEPTESA-EIDAES (en prensa).
- Teufel, E. (2003). Discurso de homenaje. En VVAA: *El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*. Síntesis.
- Theunissen, M. (2003). La hermenéutica filosófica como fenomenología de apropiamiento de la tradición. En VVAA: *El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*. Síntesis.
- Touraine, A. (1995). Prefacio a la segunda edición revisada. En *Producción de la sociedad*. UNAM-IFAL.
- Varufakis, Y. (2024). Entrevista con Néstor Restivo en Tiempo Argentino N° 2490, 07/07/2024. [www.tiempoar.com.ar](http://www.tiempoar.com.ar)
- Weber, M. (2001). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Amorrortu.
- Wittgenstein L. (1988) *Investigaciones filosóficas*. UNAM.

---

## RESEÑAS

# Comentario del libro *Borges y el derecho. Interpretar la ley, narrar la justicia*, de Leonardo Pitlevnik. Siglo XXI Editores, 2024

José María Gil<sup>1</sup>

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

Este libro ofrece al menos dos aportes dignos de mención para la hermenéutica jurídica. Por un lado, y tal como se propone en la introducción, logra asomarse al derecho desde la ficción y, de manera complementaria, consigue asomarse a la ficción desde el derecho. Esas aproximaciones de ida y vuelta permiten mostrar que aquello que comúnmente se llama “relato” es tanto un instrumento de normatividad como un recurso para la organización social. Por otro lado, este libro constituye también un ejercicio de la lectura en “modo Borges”. En efecto, una de las propuestas más provocadoras y estimulantes de Borges es que el significado de un texto no está depositado en el texto mismo ni en las interpretaciones consagradas, sino, más bien en cada lectura individual, que es tributaria del sistema de conocimiento de cada lector. Por ello, el ejercicio de leer no es menos original ni menos creativo que el de escribir. Estos dos aportes se ponen de manifiesto en ensayos sobre cuatro relatos en función de algún problema jurídico. Los análisis de los ensayos se benefician de la referencia concreta a un texto de Borges, pero de ninguna manera se reducen a ellos, puesto que las conexiones con otros cuentos, ensayos o poemas son abundantes y variadas.

---

<sup>1</sup> Profesor en Letras por la UNMDP, investigador de posgrado de la Universidad de Birmingham, Inglaterra (con beca del British Council), doctor en Filosofía por la UNLP e investigador postdoctoral de la Universidad Rice, EE.UU. (con beca Fulbright). Ejerció la docencia en los niveles primario, secundario y universitario, grado y postgrado. Gracias a diversas becas y subsidios internacionales, trabajó en Inglaterra, México, Italia, EE.UU., China, Uruguay y Perú. Tiene más de cien trabajos publicados sobre lingüística, filosofía de la ciencia y educación. Es profesor titular concursado de Lógica y Taller de Tesis en el Departamento de Filosofía de la UNMDP, e investigador independiente del CONICET. En la actualidad investiga la enseñanza de la lengua a partir de la literatura con especial dedicación a los textos de Borges en el nivel secundario.

El primer ensayo, “La lotería en Babilonia, entre el merecimiento y la suerte”, presenta un epígrafe de los conocidos “Fragmentos de un evangelio apócrifo”, en el que se concede bienaventuranza a quienes no demandan justicia porque ellos saben que, después de todo, la suerte es inescrutable. Así, la ubicua compañía de la lotería babilónica del cuento de Borges permite entender la antinomia entre la justicia y el azar. Esta antinomia conlleva una ética personal más realista, para la cual no hay una justicia cósmica, para la cual, en definitiva, la idea de que a cada persona le toca lo merece es una ilusión muy poco adecuada a la evidencia. En el marco de una relación inquietante entre el azar y el sistema penal, se distinguen la criminalización primaria y la secundaria. La criminalización primaria pertenece al ámbito de las leyes del estado, son las conductas punibles en función de las normas legitimadas por el congreso. La idea de criminalización secundaria alude al menos armónico ámbito de la aplicación real de las leyes, que parece estar condicionada por la cercanía al poder. Hay también una cifra negra, conjunto umbroso en el que se incluyen los hechos delictivos que no llegan a ser tratados por el sistema de justicia. Más allá de las taxonomías lo pertinente es que la criminalización secundaria permite dar cuenta de cómo efectivamente funcionan las leyes en la sociedad. La criminalización secundaria involucra una especie de lotería de Babilonia porque su funcionamiento, por desgracia, se correlaciona con el origen socioeconómico de los imputados. Cuanto más lejos se está de las estructuras de poder, mayores posibilidades hay de que la condena sea muchísima más dura, y viceversa, quienes gozan de la cercanía al poder mayores posibilidades tendrán de verse beneficiados con interpretaciones benévolas. De esta forma, el énfasis observacional puede determinar si una persona es condenada a siete meses de cárcel o a quince años. Lo que se revela aquí es que el mundo está manejado por una conjura. Pero todos somos parte de esa conjura. Y esa conjura permite empezar a entender el sistema de la administración de justicia.

El segundo ensayo se titula “Emma Zunz, ¿cuántas versiones hay de un delito”. En este caso, el epígrafe corresponde a una de las referencias a “Juan Muraña”, de cuya historia importa poco si fue verdad o no, pero sí importa que se haya contado y creído. Al final del conocido cuento sobre la joven vengadora judía puede decirse que la policía y la justicia creen que Emma se defendió después de una violación, mientras que el lector puede llegar a creer que estamos, por ejemplo, ante una venganza justa o ante el desahogo existencial de una obsesión. En este contexto, Emma construye una “teoría del caso” y consigue que se la crean. El objetivo es narrar y convencer. Pero, por otro lado, los agentes de justicia deben ser intérpretes sofisticados, no pueden comportarse como Anastasio el Pollo en el *Fausto* de Estanislao del Campo. Así las cosas, el hecho de contar historias es fundamental en el ejercicio del derecho; los tipos penales mediante los cuales se tipifican los delitos no son otra cosa que relatos breves en futuro imperfecto del subjuntivo que permiten encastrar actos concretos de personas imputadas. De este modo, quienes se dedican al derecho se verán beneficiados por la posibilidad de entender las estructuras narrativas globales. En efecto, Borges ve en la trama del asesinato de Julio César la misma trama en la que, en el sur de la

provincia de Buenos Aires, a un gaucho lo matan sin que sepa que muere para que se repita una escena. En este contexto, donde se encastran historias concretas en leyes redactadas en futuro imperfecto del subjuntivo, en el que historias siempre diferentes se tipifican en un único modelo de historia, Jaime Malamud Goti ha dicho que ejercer el derecho es una forma de simplificación. De vuelta en relación con Ema Zunz, el arte de contar historias, el proceso de *storytelling* puede llegar a ser un recurso que permita jerarquizar los derechos de las personas vulnerables. Pero antes que nada deberá ser un recurso que permita el desarrollo de la capacidad de análisis y del espíritu crítico. Nada tiene que ver con una perspectiva ingenua de la administración de justicia. Por el contrario, la capacidad de armar y de contar historias nunca habrá de abandonar una mirada equilibrada. Después de todo, el derecho no debe caer en la trampa de desconocer la evidencia.

El tercer ensayo se llama “Deutsches Requiem. ¿Cómo narrar y juzgar el mal absoluto?”. El epígrafe, una vez más, ayuda a entender hacia dónde va la argumentación. En un diálogo con Willis Barnstone, Borges sugiere que el juicio final, en contra de lo que su nombre evoca, es algo que continuamente está ocurriendo. El tema de este ensayo es inquietante porque parece demandarnos una ética muy sofisticada, compleja y humanitaria, que nos desafía a entender a los criminales de lesa humanidad, como Hitler, Goebbels, Eichmann. En conexión con este último resuena el libro de Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, y su tesis sobre la banalidad del mal: Uno de los máximos responsables de la deportación y exterminio de los judíos en los campos de concentración no era un monstruo, no era una persona inmensamente malvada, no era un psicópata, tal vez ni siquiera un antisemita; Eichmann era más bien burócrata mediocre y sobre adaptado a su entorno, incapaz de cuestionarse lo que estaba bien o lo que estaba mal a pesar de las consecuencias horriblemente devastadoras de sus actos. Desde otra perspectiva no menos intensa, resuena también la actividad militante de Eva Moze Kor, sobreviviente de Auschwitz, sobreviviente de los experimentos de Mengele en Auschwitz. Eva Kor adoptó a Rainer Hoss, nieto de un criminal de guerra nazi y, sobre todo, perdonó a los criminales nazis a título personal, no para librarlos de la culpa legal ni para desconocer los horrores del Holocausto, sino para abandonar de una vez y para siempre su condición de víctima. Se señala aquí que a diferencia por ejemplo de Vargas Llosa en la *Fiesta del Chivo*, Borges jamás describe o narra los detalles del horror. De modo valiente y comprometido, Borges, fervoroso militante antinazi, trata de entender a Alemania. Así las cosas, Borges muestra que “narrar y entender” permiten empezar a lidiar con lo horrible.

El cuarto y último ensayo, “Pierre Menard, autor del Quijote: Cómo leer e interpretar las leyes” guarda una relación explícita con la hermenéutica jurídica y con el básico y noble trabajo de la comprensión lectora en general. El epígrafe, tomado de “La Biblioteca de Babel”, alude al perturbador cuestionamiento de la capacidad referencial del lenguaje humano: “Tú, que me lees, ¿estás seguro de entender mi lenguaje?”. Se trata aquí una posible síntesis de la concepción estética y aun ética de Borges. Leer es (como) escribir. Leer,

comprender lo que se lee, asignar sentido a las letras de un texto (que hasta el momento de la lectura no significaban nada) es una forma de inevitable creatividad. Todo esto parece funcionar muy bien para la literatura, un ámbito en el que la vaguedad y la polisemia son motivo de gusto y placer. ¿Qué valor puede tener todo esto para el derecho o aun para la teoría del derecho? Ocurre que Borges nos obliga a pensar lo que la ley dice. Si nos aferramos a la letra escrita de la ley, podríamos inferir que el significado no debería cambiar. Pero la verdad es que cambia, y que los jueces, los abogados, los fiscales, también los jurados, son lectores, y sus sistemas de conocimiento son los que asignan significado a los textos de las leyes. Por ejemplo, el término “seguridad” puede aludir a la previsibilidad del orden jurídico, pensada para no favorecer ni perjudicar. Pero también puede aludir a la paz social ante la delincuencia. La lectura en modo Borges, como la de Pierre Menard, encuentra justificación y deberes en el campo de la hermenéutica jurídica y de la administración de justicia en general. Por un lado, en las palabras de la ley penal, el lenguaje jurídico debe evitar la ambigüedad y la incertidumbre, tan propias de los regímenes totalitarios, que justamente recurren a la imprecisión para favorecer las decisiones arbitrarias de los poderosos. Por otro lado, la capacidad interpretativa y analítica de las personas comprometidas en la administración de justicia permite algún margen de interpretación libre. ¿Cómo conciliar o asignar coherencia a estos dos términos en tensión? La lectura en modo Borges expuesta en el cuento de Pierre Menard obliga a buscar un equilibrio entre las verdades unívocas e inmodificables y la interpretación caprichosa. Ese es el balance más desafiante y productivo de la lectura en modo en Borges para entender problemas del derecho: Algo hay entre el dogma revelado y el capricho.



# Comentario del libro *Ne bis in idem* y juicio de reenvío, de Nicolas O. Vargas. Editorial Didot, 2024

Melisa Brito Aller<sup>1</sup>

Grupo LEPP Géneros y Feminismos, Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Olivia R. Irala González<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

El libro *Ne bis in idem* y juicio de reenvío es fruto de la tesis doctoral presentada en el año 2022 por Nicolas O. Vargas en el marco del Doctorado en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Lanús. En un lenguaje comprensible y de fácil lectura el libro ofrece al lector dos partes bien diferenciadas. La primera se titula “Origen, concepto, fundamento y alcance de la garantía *ne bis in idem* con especial mención y desarrollo de la cuestión del juicio de reenvío”. En los primeros cuatro capítulos, luego de un recorrido histórico completo, el autor se adentra a identificar el concepto, las características y los fundamentos así como también la aplicación del *ne bis in idem* frente al juicio de reenvío.

El punto de partida de este trabajo inicia con una breve explicación acerca de cuál es la expresión jurídica más acertada a la hora de referirnos a esta garantía. Ello porque los términos *ne bis in idem* y *non bis in idem* han sido utilizados indistintamente dentro de la tradición jurídica. En el texto, el autor, se inclina por el uso del *ne bis in idem* en tanto entiende que es la expresión que más se adecúa considerando que los orígenes del vocablo provienen del latín. De este modo, logra que el lector evite confusiones y mantenga una lectura uniforme a lo largo de toda su obra.

---

<sup>1</sup> Abogada, Facultad de Derecho de la UBA. Licenciada y Profesora en Ciencia Política, por la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Doctoranda en Derecho Penal y DD.HH. (UNPAZ). Coordinadora del grupo LEPP Géneros y Feminismos (UNPAZ-UBA). Email: allermelisa@gmail.com

<sup>2</sup> Abogada, Profesora Universitaria, forma parte de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El primer capítulo propone un panorama histórico del *ne bis in idem* que da cuenta de forma acabada de los distintos registros de esta garantía presentes desde la Antigüedad, pasando por la Grecia Antigua de los siglos VI y V a. C., el Código de Hammurabi en el siglo II a.C., el Antiguo Testamento, el derecho hebreo y el derecho romano así como también el autor se detiene a identificar sus antecedentes en los distintos sistemas inquisitivos y en la península británica. Luego, el análisis se centra en el reconocimiento de la garantía en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y en el derecho argentino. Finalmente, se aborda como novedad su consagración en los distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En suma, la obra advierte que la posibilidad de que una persona pueda ser juzgada o castigada dos veces por el mismo hecho siempre ha estado presente de manera constante en las distintas sociedades y culturas jurídicas aunque la discusión en lo atinente a su legitimidad se ha caracterizado por avances y retrocesos.

En esa dirección, el autor, en el capítulo dos se orienta a definir el *ne bis in idem* dentro de los límites de autores como Cafferata Nores que expresarán que: “nadie puede ser condenado por el mismo hecho delictivo por el que ya fue sobreseído o absuelto, ni tampoco ver agravada, por una nueva condena, otra anteriormente impuesta por su comisión; y ni siquiera ser expuesto al riesgo de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal”. Así, analizará que los fundamentos y las características de la garantía entendiendo que: “se trata de una garantía que, en su faz protectora hacia las personas sometidas a un proceso penal, integra los componentes del debido proceso y el juicio justo y constituye un límite a la pretensión punitiva estatal o, por qué no, ante la ejercida por acusadores particulares”; todos rasgos correspondientes a un Estado de derecho.

El libro procura analizar, además de las características propias del *ne bis in idem*, el requisito de la triple identidad que se le exige para que pueda aplicarse, esto es: identidad en la persona, en el hecho y en la causa. En otras palabras, la garantía sólo protege a “la persona que ya sufrió una persecución o castigo, sin que sea extensiva a otras personas”. A su vez, el autor se refiere a la identidad del hecho traducida como la plataforma fáctica que engloba la comprensión del hecho desde su materialidad, esto implica que “se debe evaluar que se trata de la misma acción u omisión en concreto”, es decir, someter el mismo hecho a una calificación legal diferente, realizar un cambio en el grado de participación así como un mero cambio de circunstancias no habilitaría una nueva persecución. Finalmente, como último requisito se encuentra la pretensión punitiva que “se activa mediante la persecución penal por el mismo objeto y contra la misma persona”.

Al finalizar el capítulo, el autor reflexiona acerca de un elemento más que si bien no está incluido como un requisito para la aplicación de la garantía, lo cierto es que cree valioso mencionar: el *bis*. En este contexto, vale el interrogante acerca de: “si el nuevo juicio que se realiza como consecuencia de la anulación de un sentencia es un nuevo juicio o si ese nuevo juicio forma parte de las vicisitudes del proceso penal”, una cuestión que invita a pensar en los capítulos siguientes.

En cuanto al capítulo tres, Vargas se ocupa de los diversos campos de aplicación del *ne bis in idem* desde una mirada focalizada en la jurisprudencia constitucional y en los pronunciamientos de los organismos encargados de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos. El autor subraya el carácter voluble de esta garantía, cuyos límites y el delineamiento están en permanente situación de construcción y discusión.

Sostiene el autor, en el capítulo cuatro “*Ne bis in idem* y juicio de reenvío”, a nuestro juicio el capítulo central de esta obra, que da cuenta en un primer momento sobre cómo funciona el sistema recursivo en el Código Procesal Penal de la Nación y en los casos en qué procede el juicio de reenvío.

También el autor da cuenta de la validez del juicio de reenvío a la luz de la garantía *ne bis in idem* por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como por parte de la Corte IDH. Los dos organismos aceptan la vigencia de esta garantía en casos de cosa juzgada. Mientras que en el ámbito doméstico, el autor señala que, mayoritariamente la realización del juicio de reenvío vulnera la garantía *ne bis in idem*.

Luego, Vargas repasa de cómo algunos juristas como Clariá Olmedo, Daniel Pastor, Javier De Luca, Julio Maier, Angela Ledesma, Alberto Binder entre otros trataron y trabajaron la cuestión. A este respecto, el autor resalta que sobre la vigencia del *ne bis in idem* en los casos de juicio de reenvío da lugar a intensos debates en el marco de la doctrina y como los mismos se replican en el ámbito de la jurisprudencia constitucional y de las cámaras de casación. A su vez, las preguntas que introduce el análisis son: *¿continuing jeopardy o double jeopardy?* ¿Qué pasa cuando intervienen los jueces naturales que establece la Constitución Nacional? ¿Tienen los acusadores un derecho fundamental a recurrir la sentencia absolutoria?

La segunda parte de la publicación se titula “*Ne bis in idem* y juicio de reenvío en la jurisprudencia”, en el cual nos invita a conocer los avances y retrocesos en la jurisprudencia. El trabajo de Nicolás Vargas ahonda exhaustivamente en los aspectos que hacen a la garantía *ne bis in idem* en uno de sus campos de rendimiento como lo es el juicio de reenvío y a su validez. Parfraseando al autor, el objeto de esta obra se centró en, si es válido realizar un nuevo juicio luego de que un primer juicio haya sido realizado. A su vez, hace un recorrido sobre el comportamiento pendular en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Federal de Casación Penal y de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

En el quinto capítulo, el autor reconoce cinco etapas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa articulación cobra relevancia el reconocimiento, la constitucionalización de la mencionada garantía, la entrada en escena de la jurisprudencia norteamericana sobre *double jeopardy* como así también el análisis de una cuarta etapa en la cual se otorga un mayor rendimiento a la garantía para luego acotarse. Y por último, reconoce una quinta etapa, en que la Corte adopta una concepción amplia en lo que hace al rendimiento de la garantía, asumiendo la doctrina de que un juicio válidamente celebrado que culmina con una absolución no puede volver a realizarse.

En el último eje, el autor subraya que el criterio de la mayoría de los jueces y juezas que integran la Cámara Nacional de Casación penal, se basa en el principio *ne bis in idem* no impide que la persona acusada sea sometida a un juicio nuevo. En este recorrido, Vargas puntualiza hitos y resalta los estándares que surgieron a nivel jurisprudencial.

*Ne bis in idem* y *juicio de reenvío* no es un libro más en la materia, sino que se trata de una referencia teórica ineludible para el estudio de una de las garantías fundamentales en clave constitucional y convencional fuerza que sirva para contrarrestar.

“*Everything's flowing all at the same time*” (Todo fluye al mismo tiempo), dice la letra de “*I contain multitudes*” de Bod Dylan, lírica que resume que este tema aún es materia de discusión.

NRO. 03 · MARZO 2024

Centro de Estudios de Hermenéutica  
UNSAM

Laboratorio de Investigación  
en Ciencias Humanas  
EH-LICH\_UNSAM

Núcleo de Estudios Socioculturales  
sobre el Derecho y sus Instituciones  
NESDI\_EIDAES\_UNSAM

#### UNSAM EDITA

Edificio de Containers, Torre B, PB  
Campus Miguelete, 25 de Mayo y Francia,  
San Martín, prov. de Buenos Aires, Argentina  
[unsamedita@unsam.edu.ar](mailto:unsamedita@unsam.edu.ar)  
[www.unsamedita.unsam.edu.ar](http://www.unsamedita.unsam.edu.ar)

