

Estudios Sociales sobre Derecho y Pena

DOSSIER SOBRE HERMENÉUTICA JURÍDICA (VOL. 2)

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

compilado por
Gonzalo Nogueira



Centro de Estudios de Historia de la
Ciencia y la Técnica "José Babini"
CEJB-EH_UNSAM

Laboratorio de Investigación
en Ciencias Humanas
LICH-EH_UNSAM

Núcleo de Estudios Socioculturales
sobre el Derecho y sus Instituciones
NESDI_EIDAES_UNSAM

Centro de Estudios
de Hermenéutica
UNSAM



UNSAM Edita

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

Vicerrectora: Ana María Llois

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

Prólogo al segundo volumen
del dossier

Carlos Ruta

5

Apuntes para una teoría de
la zanahoria. Bases para la
fundamentación de un “derecho
premier” ampliado

Gustavo Arballo

8

Peirce y el segundo Wittgenstein,
pragmatistas. ¿Dos mundos aparte?

María Gabriela Scataglini

29

El Derecho como *performance*.
Apuntes desde la Filosofía
del Derecho

Bernardo Vitta

40

Pensar la cuestión del doble
enjuiciamiento más allá de sus
implicancias (estrictamente)
procesales. O por una lectura en clave
constitucional del proceso penal

Nicolás Omar Vargas

59

Perspectiva de género en la
interpretación legal. Implicaciones
para litigantes y jueces

Leticia Lorenzo

70

Violencia institucional de género.
Detenciones flagrantes de mujeres
cis y trans en la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires

Larisa Paula Zerbino

85

RESEÑAS

*Acerca de Seguimiento de reglas: el
“aguijón pragmático” en la teoría
del Derecho, de María Gabriela
Scataglini. Marcial Pons, 2021*

Alejandro Guevara Arroyo

99

Trabajo sexual y ensamblaje penal.
A propósito del libro de Marisa
Tarantino *Ni víctimas ni criminales:
trabajadoras sexuales. Una crítica
feminista a las políticas contra la trata
de personas y la prostitución.*

Fondo de Cultura Económica, 2021.

Sergio Tonkonoff

108

Prólogo al segundo volumen del dossier

Carlos Ruta¹

Universidad Nacional de General San Martín, Argentina

Quizá podría decirse que la hermenéutica jurídica preexiste a la misma hermenéutica. Su existencia, configurada por aquel ejercicio práctico y desvelo reflexivo que le dieron cuerpo por siglos, precede al intento mayúsculo de una especulación más ambiciosa, cuyo alcance supere la demarcación de un territorio limitado al mundo de las leyes. Sin duda fue uno de los antecedentes que decantaron en ese fecundo y pionero intento de Schleiermacher por fundar una teoría general de la hermenéutica, que diera cabida, fundamento, y dirección a todos sus empeños parciales. Junto a la hermenéutica literaria y la hermenéutica bíblica, aquella hermana enredada en el marasmo de las leyes humanas, la hermenéutica jurídica, recorrió siglos de andadura sin saber incluso del rótulo que paulatinamente le fuera otorgado. La historia muestra cómo el ejercicio de un esfuerzo comprensivo atrapó el aliento más humano ante las dificultades de intelección, primariamente, de textos de diversa índole. En su punto de partida siempre estuvo aquello que (nuevamente) Schleiermacher consideraba el inicio de toda hermenéutica: la incompreensión, el acontecer macizo de un hermetismo anudado a la palabra transmitida por el curso de tradiciones diversas; la provocación de una clausura férrea a la intelección inmediata o simplona. Frente a tal hecho, vivido como un desafío implacable ante la urgencia de comprender una letra que abría tanto el pasado como el presente, el espíritu humano no claudicó. Así, en el corazón de ese empeño por descerrajar la cerrazón de las palabras, sean literarias, teológicas o legales, se encuentra el deseo, innato al ser humano, de comprender y por tanto de interpretar y explicar. Esa raíz insta una comunidad de origen y destino a todas las regiones de la hermenéutica y, a su vez, proyecta sus interrogantes hacia el amplio terrero que el horizonte más amplio de la, casi reciente en términos históricos, teoría hermenéutica elaboró. Sin embargo, los lazos que unen a la hermenéutica jurídica y a la hermenéutica, tanto a la teoría o filosofía del comprender, como al ejercicio natural del comprender que empeña desde sí mismo el vivir, no se detienen en los rasgos que he señalado. Hay otro trasfondo,

1. Doctor en Filosofía. Director del Centro de Estudios de Hermenéutica de UNSAM.

más opaco para una consideración desprevenida, pero que hinca el filo de su empeño en el sentido del fenómeno hermenéutico que da vida a ambas. Es el lazo con la justicia. Si hay un sentido posible para el esfuerzo de comprensión para la hermenéutica jurídica, es el empeño por acercarse a un cumplimiento más cabal del secular anhelo de justicia. Esto que parecería concederse con exclusividad a la hermenéutica llamada jurídica, yace sin embargo en el nudo de ese deseo existencial por comprender. Pues todo empeño, todo intento, todo acto de comprensión busca en definitiva hacer justicia a las cosas, devolverles o develarles su verdad, su sentido más cabal. Pero justamente, ese gesto primordial del comprender como acto de justicia a todo acontecer lleva en sí los rasgos que definen tanto su ancestral identidad como su proyección hacia la ya consciente teoría o filosofía hermenéutica. Pues allí también se hacen esenciales a su marcha la conciencia de la labilidad de sus pasos, la fragilidad de sus hallazgos, el tono titubeante de sus palabras. Ese gesto hermenéutico que empuña su ceguera para alumbrar desde dentro las cosas urgiéndolas a que ellas mismas muestren su verdad, nos hablen de lo que son; se sabe precario, más aún fragmentario, sesgado a pesar de sus esfuerzos. Y en todo ello, cobra entidad propia lo que les subyace. Toda razón hermenéutica, para ser ella misma, sufre la prerrogativa de su anhelo de verdad, esa condición ineludible que le otorga su identidad y dignidad frente a todo otro intento pretencioso de una razón segura de sí. Cabe decirlo sin ambages. La razón que sostiene y ejerce todo gesto comprensivo, florece, tan solo, en la humildad que le da cuerpo y robustez. La humildad de saberse frágil, precaria, titubeante: en su marcha, en sus logros, en el cumplimiento de su anhelo de justicia. Aquel que pueda despejar el significado de estar vivos, el sentido siempre perfectible de una vida en común.

ARTÍCULOS

Apuntes para una teoría de la zanahoria. Bases para la fundamentación de un “derecho premial” ampliado

Gustavo Arballo¹

Universidad Nacional de La Pampa, Argentina.

RECIBIDO: 25 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 31 de octubre de 2024

Resumen

Este trabajo propone una teoría ampliada del derecho premial, concebido como un conjunto de normas que incentivan conductas deseables mediante premios y beneficios. La propuesta busca estructurar un sistema de premios que abarque, además de reconocimientos simbólicos, incentivos prácticos en diversas áreas del derecho. Analiza cuatro motivos principales para premiar: el incentivo, la reparación compensatoria, el reconocimiento y la política de igualdad, al apoyarse en teorías de autores como Bentham, Rawls, Sandel, Sen y Nussbaum. A través de estos ejes, se explora cómo el derecho premial puede complementar el derecho sancionador, lo que contribuye a una regulación normativa más equilibrada que no solo castigue, sino que también recompense conductas beneficiosas. Asimismo, se examinan las implicancias constitucionales y la aplicabilidad del derecho premial tanto en el ámbito público como en el privado, y subraya la importancia de principios de imparcialidad, proporcionalidad y transparencia en la adjudicación de estos beneficios.

PALABRAS CLAVE: acciones afirmativas; incentivos; premios; justicia restaurativa; teoría del derecho; igualdad de oportunidades.

Abstract: “About “Carrots” in the Law: Towards a Unified Theory of Benefits, Incentives, Rewards, and Affirmative Actions”

This paper proposes an expanded theory of reward law, conceived as a set of norms that incentivize desirable behaviors through awards and benefits. The proposal seeks to structure

1. Profesor Adjunto de Derecho Público, Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. Especialista en Derecho Público (UNC). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (UA). Doctor en Derecho (UNC).

a reward system that encompasses, beyond symbolic recognitions, practical incentives across various areas of law. It analyzes four primary motivations for rewarding: incentive, compensatory reparation, recognition, and equalization policy, drawing on the theories of Bentham, Rawls, Sandel, Sen, and Nussbaum. Through these themes, it explores how reward law can complement punitive law, contributing to a more balanced regulatory system that not only penalizes but also rewards beneficial conduct. Additionally, it examines the constitutional implications and applicability of reward law in both the public and private sectors, highlighting the importance of impartiality, proportionality, and transparency in the allocation of these benefits.

KEYWORDS: affirmative actions; incentives; rewards; restorative justice; legal theory; constitutional law.

1. La idea de un derecho “premio” ampliado

La concepción estándar del derecho premial la ubica como el conjunto de normas que establecen los requisitos, procedimientos y efectos jurídicos de los reconocimientos oficiales, que pueden manifestarse en diversas formas, desde los títulos nobiliarios hasta las condecoraciones militares, pasando por premios culturales, científicos o deportivos. Esta área ha tenido un cierto desarrollo, pero siempre se ha mantenido en lo relativo a reconocimientos simbólicos o protocolares (*inter alia*; Barrios Pintado *et al.*, 2023; Rubio Gordo, 2006).

Nuestra propuesta es examinarlo desde una perspectiva mucho más amplia que reconozca todos los tipos de reconocimientos e incentivos (“zanahorias”) que aparecen jurisdicadas en nuestro ordenamiento, y que construyen una vertiente menos explorada que las versiones que implican su correlativo deóntico: la “teoría del palo” (castigos, multas y condicionamientos).

De ese modo, el objetivo de este trabajo es el de unificar las manifestaciones de esa práctica “premio” que se encuentran dispersas en otras ramas del derecho, las cuales aparecen como carentes de una teoría propia y se consideran parasitarias del derecho penal, del derecho administrativo, o del derecho privado.

En este punto, conviene establecer un contraste con su anunciado polo opuesto, altamente conocido y destilado a lo largo de siglos de historia del derecho: el sistema penal, que regula la imposición de castigos y penas, que marca a su vez la matriz de sus reflejos “no penales” en los sistemas sancionatorios administrativos y disciplinarios. El derecho penal tiene coordinadas básicas indiscutibles (no retroactividad, legalidad, una “teoría del delito”, etc.) de la que nuestro derecho premial “ampliado” carece (no hay una “teoría general del premio”).

La falta de un marco teórico (incluso de un nombre que lo conceptúe en el sentido que propiciamos), propicia que toda el área de “zanahorias” crezca de modo silvestre y ajuridizado, y por ende quede como un área de discrecionalidad ajena al derecho. Esto es particularmente incongruente con un sistema donde no se asume que la única obligación del

Estado sea vigilar y castigar, sino que (por los estándares y obligaciones que se derivan de la expansión del derecho) se requieren prestaciones estatales y acciones positivas, no meramente represivas.

De esto se trata este artículo: el bosquejo general del derecho premial nos ofrece un marco conceptual para comprender cómo el Estado puede utilizar incentivos, reparaciones, reconocimientos y políticas de igualación para regular la interacción entre el poder público y los ciudadanos.

A través del premio entendido en sentido amplio, el Estado –veremos– otorga beneficios o privilegios con distintos objetivos: inducir conductas deseables, reparar daños, reconocer logros o corregir desigualdades estructurales.

Pero la noción de un “derecho premial ampliado” que va más allá del ámbito estatal es igualmente aplicable al sector privado, donde las prácticas de incentivo y reconocimiento también pueden utilizarse como mecanismos de regulación y discriminación. Un privado puede implementar estrategias premiales no solo para fomentar ciertas conductas o valores, sino también para eludir normas restrictivas. Por ejemplo, si una ley prohíbe aplicar recargos, una empresa podría sortear dicha restricción a través de bonificaciones selectivas o descuentos, con lo que alcanzaría el mismo efecto de exclusión o diferenciación. Así, el derecho premial en el ámbito privado se vuelve una herramienta que permite moldear conductas y establecer diferencias, y por ello debe ser igualmente escrutada sobre bases constitucionales.

Este artículo propone una exploración detallada de las cuatro razones fundamentales para premiar en el ámbito jurídico: incentivo, reparación compensatoria, reconocimiento y política de igualación. Cada uno de estos enfoques se desarrolla con base en las contribuciones teóricas de autores clave como Jeremy Bentham, John Rawls, Michael Sandel, Amartya Sen y Martha Nussbaum, quienes aportan perspectivas esenciales sobre cómo el premio puede servir para inducir conductas deseables, reparar injusticias, reconocer méritos y corregir desigualdades estructurales. La propuesta es, en última instancia, construir un marco teórico para un derecho premial robusto que complemente y equilibre la función del derecho sancionador, para avanzar hacia un sistema normativo en el cual las “zanahorias” (recompensas e incentivos) coexistan y dialoguen con los “palos” (sanciones).

2. Cuatro razones para “premiar”

A continuación, se exponen cuatro categorías principales de manifestaciones para ser adscriptas a nuestra teoría: el premio como *incentivo*, el premio como *reparación*, el premio como *reconocimiento* y el premio como *política de igualación*.

2.1. Premio como incentivo

El premio como incentivo tiene como objetivo principal motivar ciertos comportamientos que se consideran valiosos para el interés público. En este caso, el Estado otorga un

beneficio o exención con el propósito de fomentar conductas que contribuyan al bienestar social, la eficiencia económica o el orden público. La lógica subyacente es la inducción conductual: mediante la concesión del premio, se espera que los individuos ajusten su conducta hacia la dirección deseada.

Desde una perspectiva constitucional, el premio como incentivo se enmarca dentro de las competencias del Estado para promover el bien común y el orden público, de modo que responde a mandatos explícitos de fomentar conductas que beneficien a la sociedad en su conjunto. De hecho, esto aparece congruente con políticas que suponen instancias de “promoción” del derecho, de lo que da fe tanto nuestra Constitución en su versión siglo XIX con la “cláusula de la prosperidad” como en su actualización de 1994 que introdujo la cláusula del “desarrollo humano”.

Sin embargo, su implementación requiere un análisis atento a la protección de derechos, la igualdad ante la ley y el respeto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pilares fundamentales del constitucionalismo.

2.1.1. Jeremy Bentham y los premios como incentivos

En el contexto del utilitarismo de Jeremy Bentham, el premio como incentivo aparece como una herramienta eficaz para promover comportamientos alineados con el interés público y el bienestar colectivo. La teoría utilitarista, basada en la maximización de la felicidad y la minimización del sufrimiento, posiciona al Estado como un facilitador de conductas sociales positivas, que, a través de recompensas, orienta a los individuos hacia acciones que beneficien al conjunto de la sociedad (Bentham, 1789). Bentham conceptualiza el premio como incentivo y lo enmarca en una estructura estatal diseñada para fomentar conductas socialmente valiosas en pos del bien común.

En *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham (1789) define el principio de utilidad como la base de la ética y el derecho, y sostiene que la acción correcta es aquella que produce la mayor felicidad para el mayor número. Este principio guía el diseño de políticas que buscan maximizar el bienestar social, ya sea mediante sanciones para conductas perjudiciales o premios para las que generan beneficios. Para Bentham, el premio como incentivo es particularmente relevante, pues permite una “inducción conductual” (Bentham, 1970) hacia comportamientos que fortalecen el orden público, la eficiencia económica y el desarrollo social. Los premios operan entonces no solo como una forma de compensación, sino también como reguladores de la conducta y se alinean con los objetivos del Estado para el bien común (Quinton, 1989).

El mecanismo de premios que Bentham fomenta responde a una estructura de incentivo que va más allá de la mera aprobación social. Según Bentham, el Estado tiene la responsabilidad de estructurar un sistema de recompensas que incentive acciones beneficiosas y desaliente otras, en una “suma de placeres y dolores” orientada a la felicidad colectiva (Bentham, 1789). Este sistema permite que la política pública utilice los incentivos como

herramientas para guiar la conducta, con la idea de que “los actos que producen un placer positivo para la sociedad son, en esencia, premios implícitos” (Schofield, 2006, p. 214). Un beneficio fiscal para empresas que adoptan prácticas sostenibles encarna esta filosofía, de modo que induce a las corporaciones a contribuir al bien común mediante una recompensa que favorece tanto al beneficiario individual como al interés general.

Desde la perspectiva utilitarista de Bentham, el Estado asume un rol central como promotor del bienestar colectivo, y los premios se consolidan como estrategias de política pública dirigidas hacia ese fin. El gobierno, bajo esta concepción, no se limita a actuar en términos punitivos, sino que se convierte en un agente activo que facilita y fomenta comportamientos beneficiosos para la sociedad. Bentham subraya que los incentivos deben estar “acorde al principio de utilidad” (Bentham, 1970, p. 15) para ser legítimos, evitar arbitrariedades y asegurar que cada incentivo otorgado tenga una función social clara y tangible (Burns, 2005).

El premio como incentivo se sustenta así en principios que priorizan el interés general sobre las preferencias individuales, lo que genera una estructura en la que los ciudadanos son inducidos a actuar conforme a valores que beneficien a la comunidad en su conjunto. Al otorgar incentivos, el Estado fomenta una cultura en la que los individuos ajustan su conducta hacia el bienestar colectivo y alinean sus acciones con los objetivos comunes de prosperidad y orden público. Esta lógica de inducción conductual refuerza el compromiso estatal de promover el bien común, lo que asegura que los incentivos no solo beneficien a los individuos, sino que contribuyan al desarrollo armónico de la sociedad. Así, el enfoque benthamiano resalta la importancia de un sistema estatal de premios como motor de conductas valiosas y configura un marco ético y social en el que el bienestar colectivo es la meta última y la función más elevada del Estado.

2.1.2. Condiciones y límites constitucionales

En un Estado de Derecho el premio debe justificarse como incentivo bajo objetivos legítimos que estén constitucionalmente respaldados, tales como la protección del medio ambiente, la promoción del desarrollo económico o el acceso a la salud pública. En este sentido, el diseño del incentivo debe mostrar un vínculo claro con los derechos y valores protegidos en la Constitución, y evitar así arbitrariedades para fundamentarse en la legitimidad de los fines perseguidos. La igualdad ante la ley es una condición esencial: el incentivo no puede ser diseñado para beneficiar injustamente a ciertos grupos o individuos por razones discriminatorias, sino que debe basarse en criterios objetivos y accesibles a cualquier ciudadano o entidad que cumpla con los requisitos establecidos. Además, la transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales para garantizar que el incentivo esté orientado hacia el interés público y evitar así su uso como herramienta de favoritismo o preferencia.

En cuanto a los límites constitucionales, los premios como incentivo están regidos por principios que protegen los derechos individuales y la estructura de libertades y garantías.

El principio de proporcionalidad implica que el incentivo debe ser adecuado, necesario y no excesivo en relación con el objetivo constitucional que se busca alcanzar. En este sentido, un incentivo no debe sobrepasar el beneficio que se espera de la conducta promovida, ni derivar en consecuencias indeseadas o desiguales.

También, el principio de razonabilidad demanda coherencia entre el incentivo y los objetivos constitucionales, lo que evita la imposición de cargas o beneficios que generen inequidades injustificadas. Además, es crucial mantener el respeto por los derechos fundamentales; los incentivos no pueden comprometer o vulnerar derechos como la privacidad, la igualdad, o la libertad de elección, ni condicionar derechos esenciales.

Así, existen diversas manifestaciones constitucionalmente permitidas de premios como incentivo que son compatibles con los principios constitucionales. Los beneficios fiscales para empresas que implementan políticas de empleo inclusivo o prácticas ambientales sostenibles ejemplifican cómo el Estado utiliza incentivos para cumplir con objetivos constitucionales en áreas de desarrollo social y protección ambiental. En el ámbito penal, la reducción de penas por buena conducta responde a los principios de rehabilitación y reintegración social, y se alinean con los derechos de dignidad y no discriminación. Asimismo, los subsidios o becas en el ámbito educativo, otorgados como incentivo para estudiantes con destacados logros académicos, cumplen con el mandato constitucional de garantizar el acceso a la educación y fomentar el desarrollo humano.

2.1.3. Proyecciones e implicancias

Los premios-incentivo, al promover conductas beneficiosas en sintonía con los principios constitucionales, tienen el potencial de provocar cambios culturales y estructurales en la sociedad. A través de ellos, se puede inducir la adopción estable de conductas deseables, como prácticas empresariales sostenibles o políticas de inclusión social, para así contribuir a un entorno más justo y equitativo. Estos incentivos no solo cumplen con el objetivo de proteger derechos fundamentales, como el respeto al medio ambiente, sino que también fortalecen el principio de igualdad de oportunidades al distribuir los beneficios de manera más equitativa. Sin embargo, la Constitución exige una revisión periódica de estos incentivos para evitar que se conviertan en privilegios permanentes o en mecanismos de exclusión, y asegurar que sigan cumpliendo los objetivos sociales para los que fueron creados.

Este análisis sobre los incentivos se torna especialmente relevante cuando examinamos casos en los que los premios se entrelazan con sistemas de imposición de penas, como en la *probation*, la delación premiada y los *plea bargains* (acuerdos de culpabilidad). En estos contextos, los incentivos no buscan solo fomentar conductas positivas, sino también facilitar la administración de justicia y la rehabilitación, lo cual introduce desafíos éticos y legales. En el caso de la *probation*, por ejemplo, el incentivo de evitar una pena de prisión se combina con la condición de que el individuo asuma ciertas conductas rehabilitadoras o de servicio comunitario. Este tipo de incentivo mixto busca que el sujeto modifique su

comportamiento sin imponer la sanción completa, lo que representa una fusión de los objetivos del derecho premial y el derecho penal.

La delación premiada y los *plea bargains* también ejemplifican esta intersección, en la cual se ofrece una reducción de pena como recompensa a quienes colaboren con la justicia o acepten la culpabilidad. Aunque estos incentivos pueden ser efectivos para agilizar los procesos judiciales y obtener información crucial en casos de criminalidad organizada, también plantean preguntas sobre la equidad y el equilibrio de poder en la negociación. En estos casos, el premio no solo es un incentivo para el cumplimiento de la ley, sino que actúa como una estrategia para maximizar la eficiencia del sistema judicial, a veces a costa de renunciar a un juicio completo. La eficacia de estos incentivos en la prevención del delito y en la rehabilitación de los individuos debe ser evaluada, para considerar si realmente contribuyen a los principios constitucionales de justicia y rehabilitación o si, por el contrario, generan riesgos de coacción indebida y disparidades en el acceso a la justicia.

En definitiva, aunque los premios-incentivo pueden ser una herramienta poderosa para promover conductas en beneficio del bien común, su implementación debe ser cuidadosamente equilibrada y revisada, sobre todo cuando se combinan con mecanismos punitivos.

En estos casos, es fundamental que el Estado asegure la transparencia y la proporcionalidad en la aplicación de estos incentivos y evitar que se conviertan en instrumentos de presión desmedida o que erosionen los derechos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad jurídica.

2.2. Premio como reparación compensatoria

El premio como reparación tiene un enfoque distinto: no se otorga para inducir una conducta futura, sino para **resarcir** un daño o injusticia sufrida por una persona o grupo. Este tipo de premio se aplica cuando existe un reconocimiento de que un sector ha sido perjudicado o excluido de derechos o beneficios que les correspondían, y su propósito es corregir ese déficit.

Desde una perspectiva constitucional, el premio como reparación se sustenta en el principio de justicia correctiva y en el deber del Estado de proteger y restituir derechos vulnerados. Este tipo de premio responde al mandato constitucional de igualdad real y corrección de las desigualdades estructurales, reconociendo perjuicios históricos o actuales que han afectado a grupos específicos. Para que el premio como reparación sea legítimo y efectivo, debe cumplir con criterios específicos de equidad, proporcionalidad y no discriminación, además de estar claramente fundamentado en el marco de derechos constitucionales.

2.2.1. John Rawls y los premios en la “Teoría de la Justicia”

La teoría de la justicia de John Rawls se fundamenta en el principio de la diferencia, que sostiene que las desigualdades sociales y económicas solo son aceptables si benefician a los más desfavorecidos. Esta idea resulta crucial para entender el premio como reparación,

ya que busca responder a situaciones de desigualdad o exclusión, lo que restablece un equilibrio alterado para que los sectores más vulnerables puedan acceder a una igualdad de condiciones. A diferencia de los incentivos que promueven conductas futuras, el premio como reparación está diseñado para corregir injusticias específicas y mitigar el impacto de desigualdades estructurales, con el objetivo de garantizar una igualdad real.

Rawls (1971) postula que la justicia como equidad debe regir la estructura básica de la sociedad y la distribución de derechos y oportunidades, de manera que cualquier desigualdad solo pueda justificarse si favorece a quienes se encuentran en desventaja. Así, el premio reparador se convierte en una herramienta de justicia correctiva que atiende a aquellas injusticias, históricas o estructurales, que impiden que ciertos grupos logren un nivel de igualdad efectivo. Esta visión implica que el Estado asume un rol activo en la restauración de derechos y oportunidades, especialmente para quienes han sido sistemáticamente excluidos, lo que asegura que puedan competir en igualdad de condiciones en la sociedad.

Rawls (1993) también subraya que el premio reparador debe ser asignado de manera que no solo repare el daño, sino que respete la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Esto requiere, en parte, una estructura transparente de asignación y criterios objetivos, elementos que aseguren que la reparación sea justa y que los recursos se destinen de manera equitativa y razonable a quienes hayan sido más perjudicados, para contribuir a una cohesión social más sólida.

De acuerdo con Rawls, este enfoque también debe respetar el principio de proporcionalidad, es decir, que el premio reparador debe ser adecuado al perjuicio sufrido, sin generar beneficios permanentes o ventajas que puedan desvirtuar la justicia distributiva. La reparación, por tanto, no pretende crear un nuevo privilegio sino reequilibrar una situación desigual. Con esta lógica, el Estado no solo actúa como un agente de redistribución, sino como garante de un sistema equitativo donde los derechos y oportunidades sean accesibles para todos, especialmente para aquellos que históricamente se han visto relegados.

La reparación bajo el enfoque rawlsiano no es simplemente un acto compensatorio sino un componente esencial del deber estatal de promover la justicia. Al restablecer un equilibrio en favor de los sectores más desfavorecidos, el Estado reafirma su compromiso con una estructura justa y con el principio de igualdad real. De esta forma, el premio como reparación se puede alinear con los valores de equidad y justicia, para promover la cohesión social y permitir que todos los ciudadanos puedan participar y competir en igualdad de condiciones en la sociedad.

2.2.2. Condiciones y límites constitucionales

¿Qué condiciones de validez puede tener un premio de este tipo?

En primer lugar, el premio como reparación debe estar dirigido a corregir un perjuicio comprobado y específico que haya afectado a personas o colectivos en particular, ya sea como resultado de una omisión del Estado o por discriminaciones sistemáticas. Esto implica que

el reconocimiento del daño sea objetivo y responda a antecedentes verificables que justifiquen la intervención reparadora del Estado.

Además, el premio reparatorio se fundamenta en principios de **igualdad real y justicia social**, con el propósito de reconocer el derecho de las personas a recuperar oportunidades o condiciones de las que fueron injustamente privadas. También, debe haber una **claridad en los criterios de acceso** y en el procedimiento para obtener el premio, con el fin de garantizar que quienes hayan sufrido el perjuicio puedan acceder a la reparación sin discriminación. Además, el principio de **igualdad ante la ley** impone que la reparación no debe crear nuevas desigualdades o discriminar a otros sectores de la población que no han sido objeto del daño reparado.

Adicionalmente, este “premio” está limitado por el principio de proporcionalidad, de modo que la reparación debe ser adecuada a la magnitud del daño o perjuicio sufrido y no puede otorgarse de forma desmedida o injustificada. Por otro lado, el principio de razonabilidad establece que el premio reparatorio debe estar justificado en función de la necesidad de restituir derechos o beneficios perdidos, y no debe interpretarse como un privilegio que se perpetúe, ya que su propósito es únicamente corregir un daño específico. También se puede tener en cuenta para establecer un límite temporal: la reparación debe ser suficiente para compensar el perjuicio, pero no debe extenderse indefinidamente ni convertirse en una ventaja comparativa permanente que altere el principio de igualdad entre todos los ciudadanos.

Las manifestaciones del *premio como reparación* pueden incluir desde cupos laborales o educativos para víctimas de discriminación o exclusión, hasta compensaciones económicas para personas afectadas por violaciones de derechos humanos o daños producidos por políticas públicas inadecuadas. En el ámbito de políticas afirmativas, un ejemplo es la inclusión de cuotas en empleos públicos o programas de becas dirigidas a grupos históricamente marginados, como minorías étnicas o personas con discapacidad, con el fin de garantizar su acceso a oportunidades que les fueron negadas. Estas manifestaciones son válidas constitucionalmente cuando el Estado demuestra que responden a un daño real y concreto, y que contribuyen a restablecer la igualdad de condiciones, sin exceder la finalidad reparadora del premio.

2.2.3. Proyecciones e implicancias

Desde una perspectiva constitucional, los premios reparadores pueden allanar el camino para un acceso más equitativo y una mejor integración de sectores desfavorecidos, siempre y cuando mantengan su propósito y no se conviertan en mecanismos perpetuos que generen ventajas excesivas. Y a largo plazo, el premio como reparación proyecta un impacto significativo en la **construcción de una sociedad más equitativa** y en la restauración de la confianza en las instituciones públicas. La reparación de daños históricos o sistémicos es un instrumento para reducir desigualdades estructurales y sentar bases de igualdad real, con el objetivo de promover un acceso más justo a derechos y recursos.

En síntesis, el premio como reparación cumple con una función constitucional de justicia correctiva, lo que requiere un equilibrio entre el reconocimiento del daño y la búsqueda de una igualdad real. Este tipo de premio debe diseñarse y aplicarse de manera proporcional y razonable y con respeto del principio de no discriminación, con el fin de que logre un restablecimiento adecuado de derechos, sin crear ventajas desproporcionadas ni inequidades futuras.

2.3. Premio como reconocimiento

El premio como forma de reconocimiento dentro de una sociedad busca resaltar el mérito individual o colectivo de aquellos que contribuyen de manera significativa al bienestar común, a través de la consolidación de los valores cívicos y del refuerzo de la cohesión social. A diferencia de los premios orientados a reparar injusticias o a incentivar conductas futuras, el premio por reconocimiento se enfoca en honrar logros que, por su impacto positivo, son valorados como dignos de aprecio público. Esta clase de reconocimiento plantea cuestiones esenciales sobre la justicia y el mérito en el marco de las sociedades modernas, donde el éxito individual muchas veces se enmarca en factores que exceden la capacidad de esfuerzo personal. Aquí, el pensamiento de Michael Sandel resulta especialmente relevante para entender las limitaciones de una meritocracia rígida y proponer una visión más inclusiva y equitativa del mérito.

2.3.1. Michael Sandel y los Premios

En *The Tyranny of Merit*, Sandel (2020) critica la meritocracia pura con el argumento de que el éxito personal no es meramente producto del esfuerzo individual, sino también de factores como la suerte y las circunstancias sociales. Desde esta perspectiva, un sistema que premia el mérito sin cuestionamientos puede crear desigualdades y reforzar una idea de superioridad moral entre quienes alcanzan el éxito y quienes no.

En cambio, Sandel propone una justicia del reconocimiento, en la que los logros se premian no solo por su mérito intrínseco, sino también como un reflejo de valores compartidos por la sociedad. En este sentido, el premio como reconocimiento se configura como una manifestación de gratitud hacia quienes contribuyen al bien colectivo, sin caer en la trampa de valorar exclusivamente la “autosuficiencia” individual.

El reconocimiento, entonces, no es un mecanismo para estimular conductas específicas ni para corregir injusticias, sino una afirmación de los valores cívicos que la sociedad considera importantes. Al premiar a individuos que han demostrado excelencia en ámbitos como el servicio público, el premio se convierte en un reflejo de la identidad y las prioridades de una sociedad que respeta y fomenta la igualdad de oportunidades.

Ello acarrea ciertas implicancias: para Sandel, la legitimidad del premio como reconocimiento se basa en su imparcialidad y en criterios de mérito que se aplican con transparencia, sin preferencias arbitrarias. En este enfoque, el premio no solo visibiliza los logros individuales, sino que fortalece los valores de excelencia y responsabilidad cívica. Sandel

sostiene que la visibilidad de estos premios fomenta un sentido de comunidad, ya que el reconocimiento de logros destacados crea modelos a seguir que inspiran a otros a contribuir al bienestar colectivo (Sandel, 2020). Esta función cívica se ajusta a la idea de que los premios de reconocimiento deben ser vistos como un honor que refuerza el compromiso con los ideales comunes, lo que promueve una cultura de respeto y aprecio mutuo por el esfuerzo y la contribución social.

Como condición especial, la asignación de estos premios requiere imparcialidad y un respeto claro por la igualdad de oportunidades, lo cual implica que todo aquel que realice una contribución significativa en un área valorada por la sociedad debe tener la posibilidad de ser considerado. La imparcialidad en el premio como reconocimiento es fundamental para que la sociedad perciba el mérito como un valor legítimo y no como una manifestación de favoritismo.

Bajo el enfoque de Sandel, este reconocimiento no solo celebra la excelencia en sectores críticos para el bienestar común, sino que también crea un ciclo de motivación y respeto, en el que los ciudadanos se sienten impulsados a contribuir al bien común. Este tipo de premio fortalece la cohesión social, fomenta un sentido de identidad cívica y visibiliza a quienes representan los ideales fundamentales de la comunidad, lo que promueve una responsabilidad compartida y un orgullo en las habilidades y logros individuales.

2.3.2. Condiciones y límites constitucionales

El premio como reconocimiento requiere que la valoración del mérito esté basada en criterios claros, objetivos y no arbitrarios, de manera que el reconocimiento refleje auténticamente logros destacados. Además, debe cumplirse el principio de igualdad ante la ley, lo que garantiza que todos aquellos con esfuerzos comparables o logros similares tengan igualdad de oportunidades para ser considerados. Es crucial también que el premio no entre en conflicto con derechos de terceros ni con otros valores constitucionales, para asegurar que no discrimine por motivos ajenos al mérito, como la condición económica, el origen étnico o cualquier otra categoría sospechosa de discriminación. El principio de imparcialidad, a su vez, requiere que los mecanismos de selección y evaluación sean transparentes y libres de favoritismos, con el fin de preservar el valor simbólico del premio.

Existen múltiples formas constitucionalmente válidas de premio como reconocimiento, que van desde condecoraciones estatales por servicios excepcionales hasta becas de excelencia académica. Ejemplos como la Orden del Libertador General San Martín o los premios académicos por mérito reflejan el compromiso estatal de destacar logros que benefician a la sociedad, siempre en función de criterios de mérito.

2.3.3. Proyecciones e implicancias

A nivel constitucional, el premio como reconocimiento proyecta un efecto motivador en la sociedad al establecer modelos a seguir y promover una cultura de mérito y responsabilidad

cívica. Al visibilizar logros individuales y colectivos, estos premios fortalecen valores como el respeto a la dignidad y el compromiso con el bien común, lo que fomenta el esfuerzo y la cohesión social. No obstante, su efectividad depende de que el reconocimiento sea percibido como justo, imparcial y merecido, con el objetivo de mantener la confianza pública en el sistema de premiación y en los valores constitucionales que simboliza.

En el sector privado, premios como los concursos literarios o los premios a la innovación en empresas cumplen un rol similar. Un concurso literario, por ejemplo, permite que escritores de diversas trayectorias encuentren un espacio de validación de su talento, alentando a otros a participar y mejorar sus habilidades. De manera paralela, los premios a la innovación en una empresa privada reconocen y estimulan la creatividad de sus empleados, motivándolos a aportar ideas que puedan generar avances significativos. En ambos sectores, la visibilidad y el prestigio asociados al reconocimiento ayudan a consolidar la cohesión social, fortaleciendo valores de equidad y esfuerzo.

En todo caso, la efectividad de estos premios, tanto en el ámbito público como en el privado, depende de que los procesos de selección y adjudicación sean percibidos como justos, imparciales y basados en el mérito. Esto es esencial para mantener la confianza pública en el sistema de premiación y en los valores que este representa. La transparencia y objetividad en los criterios de selección garantizan que el premio sea merecido y que los ciudadanos confíen en la integridad del proceso, reforzando así los valores constitucionales de justicia y equidad en el contexto de los premios como reconocimiento.

2.4. Premio como política de igualación

El premio como política de igualación busca corregir las desigualdades estructurales en la sociedad mediante la redistribución de recursos y oportunidades. A diferencia del premio reparatorio, que mira hacia el pasado para corregir un daño específico, el premio igualador se enfoca en crear condiciones más equitativas de partida para aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja.

Este tipo de premio se diferencia del premio reparatorio en que no se enfoca necesariamente en corregir un daño específico del pasado, sino en garantizar un acceso más justo y balanceado a derechos y oportunidades, facilitando que todos los ciudadanos puedan competir en igualdad de condiciones en la sociedad. Su implementación requiere cumplir con condiciones de equidad, sustentabilidad y eficacia, respetando los principios constitucionales que orientan la inclusión y la igualdad.

En este punto es pertinente advertir que un modelo de igualdad basado en la simple redistribución de recursos materiales puede resultar insuficiente si no se consideran las capacidades reales de las personas para transformar esos recursos en oportunidades concretas y significativas. Las igualaciones patrimoniales, que buscan homogeneizar los bienes que poseen los individuos, no necesariamente conducen a una igualdad en términos de acceso y participación en la vida social.

Nuestra alternativa será postular un enfoque basado *en capacidades*, lo que permite abordar las desigualdades estructurales desde una perspectiva más profunda y efectiva, ya que se centra en la habilidad de cada persona para usar los recursos de manera que enriquezca su vida y le permita alcanzar sus objetivos. Es aquí donde los enfoques de Amartya Sen y Martha Nussbaum resultan esclarecedores, ya que ambos proponen una visión de la justicia distributiva que trasciende la simple posesión de bienes y aboga por el desarrollo de las capacidades individuales como camino hacia una sociedad más equitativa.

El marco de capacidades, propuesto por Sen y Nussbaum, se enfoca en los factores que realmente habilitan o limitan a una persona para desplegar su potencial en diversas áreas de la vida, como la salud, la educación y la participación política. Desde esta perspectiva, los premios y beneficios no deberían entenderse como una simple compensación de carencias materiales, sino como herramientas que faciliten el acceso efectivo a derechos y oportunidades. Este enfoque busca que cada persona, independientemente de su punto de partida, pueda participar en igualdad de condiciones en el conjunto de posibilidades que la sociedad ofrece.

2.4.1. Sen, Nussbaum, y el enfoque de las capacidades

El filósofo y economista Amartya Sen, reconocido por su teoría de las “capacidades”, propone un enfoque de justicia distributiva que promueve la igualdad efectiva de oportunidades a través del desarrollo de habilidades y recursos. La política de igualación, vista a través de la lente de Sen, es un tipo de premio que no se orienta a reparar daños específicos ni a incentivar conductas particulares, sino a establecer condiciones equitativas que faciliten el acceso a derechos y recursos esenciales para personas o grupos en desventaja. En *Development as Freedom*, Sen (1999) expone que la justicia distributiva debe enfocarse no solo en los bienes materiales, sino también en la capacidad efectiva de los individuos para llevar una vida plena. Para Sen, la verdadera igualdad no reside únicamente en la distribución de recursos, sino en la habilidad de cada persona para convertir esos recursos en oportunidades reales. Así, la política de igualación se configura como un premio estructural que aborda las desigualdades sistémicas que limitan el desarrollo de capacidades en sectores desfavorecidos, en lugar de centrarse en compensaciones por injusticias pasadas o en incentivos individuales.

La política de igualación en la visión de Sen tiene un impacto profundo en la cohesión social, pues fomenta un entorno en el que todos, independientemente de sus circunstancias iniciales, tengan la posibilidad de desarrollar su potencial. Lejos de crear ventajas desproporcionadas o beneficios permanentes, este enfoque promueve una redistribución equitativa que, a largo plazo, permite reducir las brechas de acceso y participación en la sociedad. Al asegurar que todos los ciudadanos tengan oportunidades reales de éxito, contribuye a una estructura social más justa y sostenible, donde los derechos y recursos están distribuidos de forma que favorezca el bien común sin generar nuevas inequidades.

Además, Sen considera que la justicia distributiva es un proceso continuo y que las políticas de igualación no deben ser medidas únicas, sino esfuerzos estructurales que permitan construir una sociedad cohesionada, en la que la igualdad de oportunidades sea la norma y no una excepción (Sen, 2009).

Un aspecto crucial de la política de igualación en el marco de Sen es la eliminación de barreras iniciales, entendida como la remoción de obstáculos que limitan las posibilidades de ciertos grupos para acceder a una vida digna. Estas barreras pueden incluir desigualdades económicas, discriminación y exclusión social, factores que restringen las oportunidades reales de los individuos. Para Sen (1999), la igualdad real no se alcanza mediante la simple provisión de recursos, sino asegurando que cada persona tenga la capacidad de utilizarlos para alcanzar sus objetivos. La política de igualación debe, entonces, diseñarse de manera que las personas puedan acceder efectivamente a derechos y servicios esenciales, fomentando una justicia que se base en la capacidad de todos para participar plenamente en la sociedad.

En esta misma línea, la filósofa Martha Nussbaum complementa y enriquece la noción de justicia distributiva basada en capacidades. Nussbaum defiende que la igualdad efectiva de oportunidades no se logra únicamente mediante la redistribución de recursos, sino asegurando que cada persona pueda desarrollar plenamente sus capacidades fundamentales para vivir una vida digna. Nussbaum profundiza en una lista de capacidades esenciales, como la integridad física, la afiliación social y la participación política, que considera universales y necesarias para el florecimiento humano (Nussbaum, 2011). Su enfoque enfatiza la eliminación de barreras estructurales y sociales que impiden el acceso a estas capacidades, particularmente para grupos en situación de desventaja. De esta forma, Nussbaum también suscribe la política de igualación al abogar por una justicia estructural que permita que todos puedan prosperar en igualdad de condiciones, construyendo un contexto que facilite el desarrollo integral y equitativo.

2.4.2. Condiciones y límites constitucionales

La política de igualación exige que los premios se dirijan a corregir desigualdades estructurales y no a casos individuales, de modo que se enfoquen en grupos en situación de desventaja o vulnerabilidad comprobada mediante criterios claros y objetivos. Desde la perspectiva de la igualdad real, el premio como política de igualación se basa en el deber del Estado de promover condiciones que equilibren las oportunidades de acceso a derechos esenciales, como el empleo, la educación y la salud, evitando que factores como el origen socioeconómico o el género influyan negativamente en dichas oportunidades. Este principio encuentra respaldo en la Constitución Argentina, particularmente en el artículo 75, inciso 23, que otorga al Congreso la facultad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato,” orientando así la creación de políticas igualadoras que beneficien a sectores en desventaja, como una herramienta

concreta para alcanzar la justicia social. La transparencia en la asignación es esencial, ya que asegura que el proceso sea claro, accesible y libre de sesgos o favoritismos, permitiendo que los recursos se distribuyan de manera justa.

Además, el premio como política de igualación está limitado por el principio de proporcionalidad, lo cual implica que la distribución debe ser adecuada y razonable en relación con el objetivo de inclusión que se persigue, sin exceder el marco de equidad que se busca establecer. El principio de no discriminación también es fundamental: aunque el premio puede dirigirse a sectores específicos en situación de desventaja, su implementación no debe marginar injustamente a otros grupos ni crear ventajas desproporcionadas que deriven en privilegios. Asimismo, la política debe preservar el principio de sostenibilidad, proyectándose de manera que no imponga cargas excesivas o insostenibles para el Estado o la sociedad en general, sino que fomente una distribución progresiva y realista de los recursos.

En la práctica, el premio como política de igualación se manifiesta en programas de acción afirmativa, cupos laborales y subsidios condicionados que buscan mejorar las condiciones de vida y el acceso a oportunidades para los grupos en situación de vulnerabilidad. Ejemplos de estas políticas incluyen las cuotas en universidades para estudiantes de bajos ingresos o los cupos laborales para mujeres, minorías y personas con discapacidad, que garantizan su inclusión en sectores tradicionalmente excluyentes. También, los subsidios o becas para familias en situación de pobreza con el fin de acceder a servicios esenciales, como la salud o la educación, responden a esta lógica de igualación. Estas manifestaciones son constitucionalmente válidas cuando promueven la inclusión sin exceder el objetivo de reducir las desigualdades estructurales, respetando los principios de justicia y equidad.

2.4.3. Proyecciones e implicancias

A largo plazo, la política de igualación tiene un impacto estructural y cultural significativo, pues reduce las brechas de acceso y participación y contribuye a una sociedad en la que todos los ciudadanos puedan desarrollar sus capacidades y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, independientemente de sus circunstancias de origen. Estas políticas fomentan una cultura de equidad e inclusión que no solo responde a una necesidad actual, sino que también se proyecta como un valor estructural para las generaciones futuras. Desde el punto de vista constitucional, las políticas de igualación representan un esfuerzo por hacer efectiva la igualdad de oportunidades y promover una distribución justa de los recursos, evitando la perpetuación de desigualdades y fortaleciendo valores como la dignidad, la justicia y la solidaridad, conforme a los principios de desarrollo humano y justicia social establecidos en los artículos 75, incisos 19 y 23, de la Constitución Argentina.

En conclusión, el premio como política de igualación es una herramienta constitucionalmente válida y necesaria para reducir las desigualdades estructurales y asegurar que todos los ciudadanos tengan acceso a derechos y oportunidades en condiciones de igualdad. Bajo los principios de proporcionalidad, sostenibilidad y no discriminación, este tipo de

premio permite avanzar hacia una sociedad más inclusiva, comprometida con una justicia distributiva que materialice la igualdad como un derecho efectivo y tangible.

3. Lo que el derecho de las zanahorias puede aprender del derecho de los palos y viceversa

El derecho premial, concebido como el conjunto de normas e incentivos que premian comportamientos deseables, y el derecho sancionatorio, orientado a castigar las conductas lesivas, representan dos caras de la intervención estatal. A pesar de sus aparentes contrastes –incentivar versus castigar–, ambos comparten objetivos y desafíos comunes: inducir conductas que beneficien al bien común, garantizar la justicia y estructurar un marco normativo legítimo y coherente.

Esta sección conclusiva explora cómo el derecho premial podría fortalecerse a partir de ciertos principios del derecho sancionador y cómo, a su vez, la disciplina de las sanciones puede beneficiarse del estudio de los mecanismos premiales.

3.1. Lo que el derecho de las zanahorias puede enseñarle al derecho de los palos

El derecho premial, que busca incentivar conductas deseables a través de premios y beneficios, ofrece lecciones valiosas al derecho sancionador, que suele centrarse en la disuasión mediante el castigo. Una de las principales enseñanzas es que la inducción positiva, en lugar de la simple disuasión negativa, puede generar un mayor compromiso de la ciudadanía con las normas y valores que la sociedad considera importantes. Como señalan Braithwaite y Pettit (1990) en *Not Just Deserts*, el enfoque republicano de la justicia sugiere que, para lograr una sociedad más equitativa y justa, el derecho debe ir más allá del castigo y también fomentar actitudes de colaboración. Braithwaite (2002) también destaca que un enfoque restaurativo permite que las personas asuman responsabilidad en un contexto de reparación y apoyo en lugar de uno meramente punitivo, lo cual fomenta un sentido de justicia más inclusivo. Incorporar elementos de motivación positiva dentro del derecho sancionador permite que el cumplimiento normativo esté basado no solo en el temor al castigo, sino también en el reconocimiento y la retribución de las conductas beneficiosas, así como permite una mejor internalización de la conducta debida y genera medidas de reparación genuina y simbólica.

Otro aprendizaje que el derecho sancionador puede extraer del derecho premial es la flexibilidad. El sistema de premios es, en muchos casos, más adaptable a las demandas y contextos cambiantes de la sociedad, ajustándose a nuevas necesidades y valores. Esta flexibilidad es limitada en el derecho sancionador, que tradicionalmente ha sido rígido en sus métodos y en las consecuencias que impone. Sin embargo, una mayor adaptabilidad permitiría al derecho penal o disciplinario ajustarse a las realidades y circunstancias de cada caso. En lugar de aplicar penas de manera uniforme, un enfoque más flexible permitiría diseñar sanciones que, en ciertos casos, favorezcan la rehabilitación y la justicia restaurativa, respondiendo mejor a las necesidades de las personas y las comunidades afectadas (Johnstone & Van Ness, 2007).

Los *Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal* destacan la importancia de la justicia restaurativa en la resolución de conflictos y la reparación de daños, enfatizando la necesidad de que las respuestas penales fomenten la participación de las víctimas, los infractores y la comunidad en la búsqueda de soluciones y en la restauración de las relaciones afectadas.

La lección, de hecho, está en proceso avanzado de aprendizaje. Desde la década de 1990, varias provincias en Argentina comenzaron a experimentar con prácticas de justicia restaurativa, integrando métodos alternativos de resolución de conflictos penales en sus propios códigos procesales. Este cambio refleja un reconocimiento creciente de las limitaciones del sistema punitivo tradicional y el interés en formas de justicia más inclusivas y reparadoras (Lolo Doval, 2022).

En todo caso, el enfoque permite que el derecho sancionador no solo busque la retribución, sino también el restablecimiento de los vínculos sociales y el fortalecimiento de lazos comunitarios y de sentimientos de justicia (Daly, 2016). Así, un mecanismo punitivo que inicialmente podía pensarse como simplemente sancionador puede convertirse en su *enforcement* una herramienta de regulación más humana y efectiva, basada en el entendimiento de que no todas las conductas sancionables son iguales ni requieren el mismo tratamiento.

Por último, el derecho premial también enseña que un sistema normativo puede y debe considerar el bienestar colectivo, no solo la corrección individual. En el ámbito sancionador, las penas se enfocan en la conducta del infractor, pero este enfoque a menudo pierde de vista el impacto en la comunidad y en la víctima. Los incentivos, en cambio, suelen ser diseñados pensando en el beneficio de toda la sociedad. Aplicar esta perspectiva al derecho sancionador puede llevar a explorar sanciones y programas que no solo penalicen al infractor, sino que también generen beneficios a largo plazo para la comunidad, ya sea a través de la justicia restaurativa o de programas de resarcimiento colectivo.

De esta manera, el derecho de los palos puede enriquecerse al adoptar elementos del derecho de las zanahorias, logrando que las sanciones, además de reprimir, contribuyan al bienestar social y refuercen los valores colectivos.

3.2. Lo que el derecho de los palos puede enseñarle al derecho de las zanahorias

El derecho sancionador tiene una base normativa sólida, construida sobre principios de proporcionalidad, legalidad y no discriminación, que garantizan su legitimidad y limitan la discrecionalidad en la imposición de sanciones. Estos principios son igualmente aplicables al derecho premial, que se enfrenta al riesgo de arbitrariedad y favoritismo si no cuenta con reglas claras y transparentes para la asignación de premios.

La legalidad, un pilar en el derecho sancionador, puede ayudar al derecho premial a construir un sistema en el que las recompensas y beneficios estén claramente definidos en la ley y sujetos a criterios objetivos. Esto no solo haría el sistema de incentivos más

predecible y confiable, sino que evitaría situaciones en las que ciertos individuos o grupos reciban beneficios de forma injustificada, lo que debilitaría la confianza en el sistema de premios.

Además, el derecho penal cuenta con requisitos especiales de procedimiento y adjudicación que garantizan que toda sanción sea aplicada de manera justa, lo que permite respetar los derechos fundamentales de los individuos. Estos procedimientos incluyen el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la obligación de motivar las decisiones y la existencia de instancias de apelación como garantías del “debido proceso”. En el ámbito de los premios, sin embargo, estos mismos requisitos suelen estar ausentes: la adjudicación de incentivos y beneficios frecuentemente se basa en criterios poco claros y se lleva a cabo mediante procesos discretos que permiten una amplia discrecionalidad. Además, la falta de transparencia y de procedimientos formales para la concesión de premios hace que la infracción de estos principios no sea considerada como un agravio, ni en cuanto al proceso ni respecto al resultado.

Esta situación debería cambiar, ya que la discrecionalidad y la opacidad en el derecho de premios, subsidios y beneficios pueden socavar la confianza en el sistema de incentivos y abrir la puerta al favoritismo o la arbitrariedad. Al igual que en el derecho penal, en el derecho premial debería garantizarse un proceso claro y fundamentado, donde la adjudicación de beneficios esté sujeta a criterios objetivos, a procedimientos verificables y a la posibilidad de revisar las decisiones.

Incorporar estas salvaguardas en el derecho premial no solo haría el sistema de “zanahorias” más equitativo y confiable, sino que también permitiría a los ciudadanos percibir los incentivos como legítimos y bien adjudicados, fortaleciendo el compromiso con las conductas y valores que estos premios buscan promover.

Relacionado con ello, la irretroactividad es un caso particular del principio más amplio de seguridad jurídica, que garantiza estabilidad y previsibilidad en el ordenamiento legal, protegiendo las expectativas legítimas de las personas. En el derecho penal, este principio asegura que nadie sea castigado por acciones que, en su momento, no eran punibles, protegiendo así a los individuos de cambios retrospectivos desfavorables. En el derecho premial, la seguridad jurídica es igualmente crucial: los incentivos y premios deben ser estables y confiables, evitando revocaciones o modificaciones arbitrarias que erosionen la credibilidad del sistema. Al respetar este principio, el derecho premial fomenta la confianza de los ciudadanos en la permanencia de los beneficios que obtienen, incentivando su participación y reforzando el compromiso con conductas deseables. Integrar la seguridad jurídica en el derecho premial fortalece su legitimidad y eficacia, promoviendo un sistema de incentivos justo y predecible, donde los beneficios no se conviertan en herramientas de incertidumbre o discrecionalidad.

3.3. La perspectiva del burro (agente y sujeto del derecho)

Desde la perspectiva del individuo como sujeto y agente del sistema normativo, el derecho premial y el derecho sancionador representan incentivos y disuasivos que orientan la conducta hacia ciertos ideales sociales. Sin embargo, la juridificación del derecho premial obliga a repensar conceptos como el de legitimidad y daño en la distribución de beneficios. Tradicionalmente, la legitimidad de las reclamaciones y el acceso a la justicia se ha asociado a la existencia de un agravio o daño específico. Sin embargo, cuando hablamos del derecho premial, la exclusión de beneficios o la posposición en la asignación de prestaciones comienza a ser considerada una forma de “daño propio.” Esta idea redefine el concepto de daño, ya que en lugar de entenderlo solo como la reparación de un perjuicio, se incluye también la privación de acceso a oportunidades o ventajas que deberían estar disponibles para todos de manera equitativa.

En este sentido, la figura del “burro”, que responde a los incentivos y sanciones del sistema normativo, se convierte en un agente que reclama legitimidad no solo para evitar el castigo, sino también para recibir los beneficios a los que tiene derecho. Cuando el sistema premial se convierte en una parte formal y reconocida del orden jurídico, los individuos pueden demandar estos beneficios como un derecho y no como un favor o una concesión arbitraria. Esto significa que la exclusión de beneficios, por acción u omisión, puede percibirse como un agravio que compromete los derechos y oportunidades del sujeto. La legitimidad, por lo tanto, no depende únicamente de la reparación de un daño tangible, sino que también abarca la posibilidad de exigir una igualdad en el acceso a los beneficios e incentivos que el derecho premial promete.

Desde la perspectiva del sujeto, esta ampliación de lo que constituye “daño” o “exclusión” refuerza su rol activo y su capacidad de agencia en el sistema jurídico. El individuo deja de ser un mero receptor pasivo de normas y comienza a demandar acceso a prestaciones o premios como un elemento de justicia distributiva. Este cambio en la percepción del derecho premial subraya la necesidad de un sistema que sea transparente, equitativo y no discriminatorio en la asignación de beneficios. La exclusión de un incentivo legítimo o la posposición sin causa justificada no solo generan descontento, sino que erosionan la confianza en el sistema, especialmente cuando el acceso a ciertos premios y beneficios se vuelve fundamental para alcanzar la igualdad de oportunidades y la justicia social.

Por último, esta visión plantea que el derecho debe integrar el concepto de legitimidad no solo en la reparación de daños sino también en el acceso justo a beneficios. Así, el derecho premial y el derecho sancionador no solo regulan la conducta, sino que también forman parte de un marco ético que reconoce la importancia de las oportunidades como derechos, generando una nueva concepción de justicia en la que la falta de acceso a beneficios puede, en sí misma, constituir un agravio.

En definitiva, cuando el derecho de las zanahorias se toma en serio, el “burro” deja de ser simplemente el receptor de premios o castigos y pasa a ser un sujeto de derecho activo,

que demanda equidad tanto en la evitación de sanciones como en la recepción de oportunidades, lo que consolida una legitimidad basada en el acceso igualitario a las prestaciones “beneficiosas” del sistema normativo que con el tiempo exceden –en mucho– a las “punitivas”, y reclaman por ello nuestra plena atención teórica y práctica.

Bibliografía

- Barrios Pintado, F., Alvarado Planas, J. y García-Mercadal, F. (Dir.) (2023). *Introducción al Derecho Premial: La concesión de honores y distinciones*. Dykinson.
- Bentham, J. (1789). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford University Press. [Edición en español: Bentham, J. (2008). *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*. Claridad].
- Bentham, J. (1970). *Of laws in general* (ed. H.L.A. Hart). Athlone.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford University Press.
- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990). *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford University Press. [Edición en español: Braithwaite, J. y Pettit, P. (2015). *No solo su merecido: Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Siglo XXI Editores].
- Burns, J. H. (2005). *Jeremy Bentham and the principles of utility*. Clarendon Press.
- Daly, K. (2016). *Rehabilitation and Restoration: A Restorative Approach to Justice*. Springer.
- Lolo Doval, M. S. (2002). *Aplicación práctica de la justicia restaurativa en procesos penales en el fuero nacional y federal*. *Revista Pensar en Derecho*, 20, 105-165.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Creating capabilities: The human development approach*. Harvard University Press. [Edición en español: Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós].
- Quinton, A. (1989). *Utilitarian ethics*. Macmillan.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press. [Edición en español: Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica].
- Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. Columbia University Press. [Edición en español: Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica].
- Rawls, J. (2001). *Justice as fairness: A restatement*. Harvard University Press. [Edición en español: Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós].
- Rubio Gordo, P. V. (2006). *Derecho Premial*. Ediciones Protocolo.
- Sandel, M. (1996). *Democracy's discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press. [Edición en español: Sandel, M. (2023). *El descontento de la democracia: América en busca de una filosofía pública*. Debate].
- Sandel, M. (2020). *The tyranny of merit: What's become of the common good?* Farrar, Straus and Giroux. [Edición en español: Sandel, M. (2020). *La tiranía del mérito: ¿Qué ha sido del bien común?* Debate].

- Schofield, P. (2006). *Utility and democracy: The political thought of Jeremy Bentham*. Oxford University Press.
- Sen, A. (1980). Equality of what? En S. McMurrin (Ed.): *The Tanner lectures on human values*, 195-220. Cambridge University Press.
- Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Oxford University Press. [Edición en español: Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Planeta].
- Sen, A. (2009). *The idea of justice*. Harvard University Press. [Edición en español: Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Taurus].

Peirce y el segundo Wittgenstein, pragmatistas. ¿Dos mundos aparte?

María Gabriela Scataglini¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

RECIBIDO: 2 de septiembre de 2024

ACEPTADO: 18 de octubre de 2024

Resumen

En este trabajo realizo algunas reflexiones comparativas sobre el pragmatismo de Charles Peirce y el del segundo Wittgenstein. Señalo aspectos en los cuales ambas posiciones filosóficas se asemejan y difieren. Además, traigo a colación algunas consideraciones históricas relativas a la recepción del pragmatismo norteamericano en la Europa de principios del Siglo XX que permiten advertir algunas de las razones de las divergencias entre ambas concepciones, pero también sus puntos de contacto.

PALABRAS CLAVE: Peirce; segundo Wittgenstein; Pragmatismo.

Abstract: “Peirce and the second Wittgenstein, pragmatists. Two worlds apart?”

In this paper I make some comparative reflections on Charles Peirce’s and second Wittgenstein’s pragmatism. I point out aspects in which both philosophical positions are similar and differ. In addition, I bring up some historical considerations related to the reception of American pragmatism in Europe at the beginning of the twentieth century that allow us to notice some of the reasons for the divergences between the two conceptions, but also their points of contact.

KEYWORDS: Peirce; second Wittgenstein; Pragmatism.

1. Introducción

Contemporáneamente se ha afirmado que la nota característica del pragmatismo lingüístico consiste en la negación de que la semántica es conceptualmente autónoma de la pragmática (MacFarlane, 2010), o para decirlo de otro modo, en rechazar que entre semántica y

1. Doctora en Filosofía del Derecho (UBA). Profesora Adjunta (interina) de Teoría General de Derecho en UBA. Profesora de Posgrado de UBA y de la Universidad Torcuato di Tella. g_scataglini@hotmail.com

pragmática, entendidos como aspectos o dimensiones del significado, haya una distinción tajante.

En este sentido, puede afirmarse que el pragmatismo lingüístico contemporáneo desafía lo que ha sido considerada una *concepción estándar* del significado. En dicha *concepción estándar*, el lenguaje es visto como un sistema de signos articulables entre sí mediante reglas de combinación (sintaxis), dichos signos expresan convencionalmente los significados, que a su vez se encuentran en relación con objetos o estados de cosas en el mundo –a los cuales representan– (semántica), y estos significados son usados por los hablantes para realizar diversas acciones comunicativas (pragmática).

Lo que el pragmatismo rechaza de la *concepción estándar* es la asunción –no siempre explícita– de que la semántica estudia de manera autónoma lo que los significados *son* y de modo conceptualmente posterior la pragmática explica nuestros comportamientos lingüísticos al usar esos significados *ya siendo* tales; lo cual supone el entendimiento de que la pragmática constituye un nivel conceptualmente secundario en la explicación del significado.

1.1. Peirce

Las tres dimensiones del significado actualmente designadas con los términos “sintaxis”, “semántica” y “pragmática” habían sido, en su origen, identificadas y estudiadas por el lógico y filósofo norteamericano Charles S. Peirce en el marco de su teoría general de los signos, a la que denominó “semiótica”. Como es sabido, Peirce –además de ser considerado junto con Frege el padre de la lógica moderna– es, a la vez, el fundador del pragmatismo como movimiento filosófico. Cabe decir que el pragmatismo filosófico excede la concepción sobre el significado; constituye una propuesta general sobre la verdad, el conocimiento y los valores, todo lo cual es concebido como íntimamente ligado con la acción humana y los propósitos de dicha acción.

Como parte de sus ideas pragmatistas, Peirce entiende que las tres funciones o aspectos del signo constituyen elementos inseparables (1999, pp. 281-285). Los tres aspectos, que en su designación original eran llamados respectivamente, *ícono* (lo que representa en virtud de la *semejanza* de su forma), *índice* (lo que muestra algo sobre la cosa con la que se conecta en un contexto determinado), y *símbolo* (asociado con su significado por el uso) son entendidos como una unidad y sin revestir superioridad unos respecto del otro. Señala Peirce: “En todo razonamiento tenemos que usar una mezcla de semejanza, índices y símbolos. No podemos prescindir de ninguno de ellos. El todo complejo puede ser llamado símbolo” (p. 285).

Es decir que en el origen de la concepción semiótica peirciana –y en consonancia con sus ideas pragmatistas– la noción de símbolo incorpora al aspecto relacionado con el hacer y la práctica de los hablantes como intrínsecamente constitutivo y fundamental en la noción de significado.

2. Wittgenstein

Por su parte, en la filosofía europea posterior a la Segunda Guerra Mundial, se produce en el seno de la Filosofía Analítica del Lenguaje –hasta entonces dominada por el análisis lógico– un movimiento filosófico al que luego se alude como el “giro pragmático”. Ese giro tiene su origen en la obra del llamado “segundo Wittgenstein”, en referencia al último período filosófico de quien había sido, pocas décadas atrás, el autor del *Tractatus*, una de las obras cumbre del análisis lógico del lenguaje. En su nueva obra, *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein impone un cambio radical en la manera de entender las relaciones entre lógica, semántica y pragmática. La nueva consigna es la de entender que al significado como uso, lo que implica que el hacer o la actividad intersubjetiva de los hablantes constituye (en sentido amplio) las correlaciones entre las palabras y el mundo; esto es, la pragmática adquiere un rol fundamental en la constitución del significado.² El lenguaje es concebido por Wittgenstein como entramado con la praxis humana o forma de vida, y en este sentido se trata de un tipo de filosofía a la que también se considera y denomina “pragmatista”.

En atención a esta concepción coincidente en torno a que son las acciones humanas las que constituyen el significado, Hintikka señala que Peirce y el “segundo Wittgenstein” son quienes inauguran, cada uno por su lado, un enfoque pragmatista sobre el lenguaje (Hintikka, 1998, pp. 239-242). Sin embargo, afirma también respecto de ambos filósofos que “pese a estar uno muy cerca del otro, ambos son mundos aparte” (p. 242).

Mi propósito en este trabajo es realizar algunas reflexiones sobre esta afirmación, y señalar en qué sentido las ideas de sendos filósofos, a quienes se ha considerado “pragmatistas”, se asemejan y difieren. Además, traigo a colación algunas consideraciones históricas relativas a la recepción del pragmatismo norteamericano en la Europa de principios del Siglo XX que permiten advertir las razones de esos mundos separados, pero también sus puntos de contacto.

3. Diferencias y similitudes

3.1. Diferencia: la posibilidad de una *teoría* en filosofía

Para el denominado “segundo Wittgenstein” hacer filosofía no consiste en la construcción de una teoría, sino más bien en una actitud filosófica de *mirar* a la práctica, y a lo sumo, exponerla, describirla. De acuerdo con ello, hablar de “pragmatista” para caracterizar la concepción de Wittgenstein sobre el significado no es hacer referencia a una *teoría* filosófica

2. De este modo, lo que se propone es un cambio de dirección en la explicación, no ir de los significados a las leyes que los conciernen y luego a nuestro comportamiento lingüístico, sino en la dirección inversa: de nuestro comportamiento lingüístico a los significados. El último nivel de explicación en semántica no está dado en referencia a la forma de los objetos o los significados, sino en referencia a la actividad de significar de los seres humanos, actividad encarnada en su respaldo de reglas (Coffa, 1991, p. 267).

entendida como un sistema unificado de explicación acerca de qué es el significado. En cambio, la propuesta es la de tomar una *actitud filosófica* de aclarar –o *elucidar*– cómo el lenguaje y nuestras acciones se encuentran interrelacionadas. Es así que para Wittgenstein todo lo que hay que saber acerca del significado está expuesto, *se muestra* de manera perspicua en la práctica de seguir reglas; dicha práctica exhibe la relación *interna* que se da entre el significado y sus aplicaciones. La idea de elucidación es la de poner de manifiesto aquello que ya –de algún modo no necesariamente articulado– asumimos al actuar la manera en que lo hacemos. La filosofía como tal no “descubre” nada respecto de la relación entre el lenguaje y el mundo, por lo que carece de sentido formular tesis al respecto con pretensión de verdad.

En relación con el rechazo a postular tesis filosóficas se ha hablado del (así llamado) “quietismo” de Wittgenstein. Por ejemplo, se ha dicho que ese “quietismo” consiste en que en su tratamiento sobre el seguimiento de reglas lo que Wittgenstein hace es disipar la apariencia de misterio que podría presentar una concepción errada, pero una vez mostrado ello, considera que ya no hay nada más que la filosofía tendría que hacer al respecto (MacDowell, 2019); en otros términos no hay nada respecto del significado que deba o pueda ser explicado por medio de una *teoría*.

Es por ello que el “método” de Wittgenstein en filosofía no es nada parecido a una metodología científica, sino que consiste en lo que –en una de las posibles lecturas– se ha llamado un método terapéutico, esto es, una especie de “cura” para despojarnos de los problemas que una concepción errada del lenguaje podría ocasionarnos. En este sentido, su posición puede considerarse afín al pragmatismo, en cuanto se enfoca en la actividad cotidiana de los seres humanos viviendo en sociedad y no en una abstracción.

Sin embargo, en torno a la posibilidad y utilidad de una teoría se advierte un fuerte contraste con Peirce. El fundador del pragmatismo norteamericano entiende a la filosofía como una disciplina que, de hecho, puede ayudar a resolver problemas reales. En este sentido la de Peirce sí es una *teoría* que propone tesis sobre el significado, la verdad y la acción humana en general. La teoría pragmatista peirciana está intrínsecamente ligada a la acción, pero aun así consiste en un enfoque sistemático, unitario, con la pretensión de alcanzar ciertas verdades, como así también de proponer algunas máximas de comportamiento con carácter general.

3.2. Similitud: la noción de regla y normatividad como ligadas a la práctica

Lo que sin dudas constituye un elemento que “acerca” los enfoques de Peirce y el segundo Wittgenstein es la vinculación de la normatividad con la práctica y la acción humanas. Peirce concibe el significado como un hábito, señala que para desarrollar la significación de un pensamiento tenemos simplemente que determinar qué hábitos involucra. Pero hay que destacar que la noción de *hábito* en la explicación peirciana no es meramente una regularidad de comportamiento, sino que conlleva un elemento

normativo, se lo entiende como *regla* de comportamiento;³ y en este sentido, una creencia es “una regla para la acción”.

A partir de ello puede trazarse una similitud con la concepción wittgensteiniana, que expone su concepción del significado a partir de la elucidación sobre seguir una regla. La idea de regla supone un curso de acción que puede ser seguido correcta o incorrectamente. La clave del *insight* wittgensteiniano en el célebre párrafo 201 de *Investigaciones Filosóficas* es que comprender una regla consiste en una *captación* de qué es lo que se debe hacer, y no en dar nuevas formulaciones verbales –“interpretaciones”– de la misma, ya que estas serían nuevas reglas que requerirían a su vez nuevas interpretaciones, lo cual nos sume en un regreso al infinito. En cambio, la captación del significado de la regla *se muestra* de caso en caso de aplicación en lo que consideramos seguir la regla o violarla; por ello, concluye en el párrafo siguiente (202) que “seguir reglas es una práctica”.

Por su parte, en Peirce la normatividad es siempre diacrónica: la consideración de un significado como correcto se da en el marco de un trasfondo dinámico, de modo que dicha corrección o verdad se configura *in the long run* como resultado último e ideal del proceso llevado adelante por la comunidad de investigadores.⁴

Sin embargo, esta idea de avance en el conocimiento está ausente en Wittgenstein, para quien no hay progreso en filosofía; el mero transcurso del tiempo y/o el desarrollo de prácticas, por sí mismos, no “nos acercan” a alguna verdad o práctica superadora. Las múltiples prácticas conviven en igualdad de condiciones y tampoco hay prácticas privilegiadas o de distinto orden.

En *How to make our ideas clear*, Peirce (1988) establece que la creencia tiene tres propiedades: primero, debe implicar algún tipo de asentimiento mental; segundo, debe aplacar la irritación de la duda; y tercero, debe involucrar el establecimiento en nuestra naturaleza de una regla de acción, o, como se dijo, un hábito. Así adoptar una creencia es comprometerse con el mismo hábito porque nos es útil en nuestra vida práctica (Peirce [1903], CP 5.18).

Todas estas tesis se encuentran vinculadas con la “máxima pragmática”, la que si bien recibe diversas formulaciones,⁵ se puede resumir en la consigna de que nuestras creencias,

3. Apel (1979, p. 104) indica que el *hábito* en Peirce no tiene una connotación conductista, sino más bien trascendental. A su vez, señala que la noción de *interpretante* debe ser analizada en tres dimensiones: como “intérprete inmediato” (característico del uso del lenguaje), “intérprete dinámico” (relativo al efecto psicológico de la comunicación) e “intérprete lógico” (interpretación conceptual, normativa y correcta), y, por último –en el “*ultimate logical interpretant*”–, la costumbre convertida en regla de comportamiento (“*habit*”) (p. 186).

4. Es interesante advertir que la concepción diacrónica de Peirce es retomada por teóricos del discurso y la argumentación, como Habermas y Apel, para dar forma a la noción de comunidad ideal de hablantes en cuyo seno *el* significado o lo que es *verdadero* o *correcto* se constituye como resultado final del proceso argumentativo.

5. Algunas de estas formulaciones son: “*I understand pragmatism to be a method of ascertaining the meanings, not of all ideas, but only of what I call ‘intellectual concepts,’ that is to say, of those upon the structure of which, arguments concerning objective fact may hinge (...). [T]he whole meaning of an intellectual predicate is that certain kinds of events would*

teorías y conceptos estén vinculados a la experiencia, las expectativas o las consecuencias de ellas; también se propone que evaluamos nuestras creencias (y las asumimos como verdaderas) de acuerdo a si nos resultan útiles para la práctica.

La noción de utilidad tiene un rol fundamental en el pragmatismo norteamericano, y no está presente del mismo modo en la segunda filosofía wittgensteiniana; pero lo que sí puede entenderse como común entre Peirce y el segundo Wittgenstein es que la normatividad está fundada en –y a la vez forjada por– prácticas intersubjetivas, y que es *en el marco* de esas prácticas es donde se articula la idea de lo que es útil, lo que sirve para nuestros propósitos prácticos.

4. Variantes del pragmatismo norteamericano

Las formulaciones de la máxima pragmática aludiendo a la “utilidad”, en conjunto con algunas afirmaciones y parte de la obra de William James –discípulo de Peirce– dan forma a la idea generalizada de que el pragmatismo sostiene una concepción de la verdad como “lo que funciona”, a la cual también se conoce como la teoría instrumental de la verdad.

Cabe señalar que James es forjador de una versión propia del pragmatismo, en la cual los elementos subjetivos cobran una fuerza particular. Peirce en su momento considera que James se aleja de los fundamentos del pragmatismo original, y para diferenciarse, rebautiza su propia posición con el nombre de “pragmaticismo”.

Al respecto hay que aclarar que lo que Peirce sostiene es que *estamos justificados* a creer que las entidades y principios de nuestra mejor teoría existen y son verdaderos. Pero hay una diferencia entre afirmar esto y sostener que la verdad “es lo que funciona” a la manera de un relativismo que propone la “utilidad” (para fines ya previamente definidos) como el *único* criterio para la acción y para la justificación de la verdad o falsedad de un enunciado.

Al establecer el contraste con la posición de James, Peirce dice: “*if Truth consists in satisfaction, it cannot be any actual satisfaction, but must be the satisfaction which would ultimately be found if the inquiry were pushed to its ultimate and indefeasible issue*” (1908, CP 6., p. 485).

La noción de verdad en Peirce tiene, a diferencia de en James, una aspiración de objetividad; en ese marco se hace inteligible y se admite la idea de error, como a su vez la de revisión y superación. A partir de ello, la de Peirce representa una posición que ha sido caracterizada como un pragmatismo “de tipo objetivo” que busca distanciarse, por un lado, de un relativismo “de tipo subjetivo” hacia el cual –tomadas sin los recaudos necesarios– puede deslizarse la comprensión de las ideas de James, y por el otro, de un realismo científico que busca demasiado en la idea de verdad (Misak, 2016).

happen, once in so often, in the course of experience, under certain kinds of existential conditions. [CP 5., pp. 467-468, 1907], o también: “*(we) must look to the upshot of our concepts in order to rightly apprehend them*” (CP 5. 3, 1902).

5. Consideraciones históricas: recepción del pragmatismo norteamericano en Europa

En un estudio histórico y conceptual publicado en 2016 titulado *Cambridge Pragmatism. From Peirce and James to Ramsey and Wittgenstein*, Cheryl Misak da cuenta de las características de la llegada del pragmatismo norteamericano a la Europa de principios del Siglo XX. Resumidamente, el pragmatismo que llega a conocimiento de Russell y Moore en la década de 1910 y luego a los miembros del Círculo de Viena en la década posterior, es el de William James. Señala también la autora que aunque en la primera década Peirce está aún vivo, sus ideas no llegan a tener la suficiente influencia como para contrarrestar esa imagen pública del pragmatismo como una teoría “instrumental”, la cual, basada en algunas afirmaciones de James, da lugar a la idea de “verdad como lo que funciona”. Como no podía ser de otro modo, una teoría sustentada en la mera utilidad solo encuentra repudio por parte de Russell, Moore y los demás representantes del positivismo lógico, que son quienes dominan la escena del saber por esos años.

En particular, la comprensión por parte de Russell es que, según el pragmatismo norteamericano, las creencias deben ser juzgadas como verdaderas si las consecuencias de adoptarlas son buenas: así, entiende que para un pragmatista es verdadero que Dios existe si creer en su existencia redundaría en un beneficio para el sujeto, como, por ejemplo, el de ocasionarle mayor felicidad y confianza. Pero esta es una comprensión bastante tosca de lo que el pragmatismo sostiene como teoría filosófica, inclusive el de James, quien solía deslizar afirmaciones de este tipo.

En particular, respecto del pragmatismo de Peirce, unos de los *insights* principales es que podemos estar justificados *en cierta medida* –aunque no de manera definitiva– a sostener la verdad de algunos enunciados. Por ejemplo, estamos justificados a sostener como verdaderos aquellos enunciados que surgen del método abductivo, como la mejor explicación disponible hasta ahora; pero ello no quiere decir que los aceptemos sin más o sin someterlos a ulteriores pruebas, sino, por el contrario, que son los enunciados elegidos para seguir siendo testeados porque esas nuevas pruebas podrían ayudar a reforzar nuestra creencia en ellos.

En ese sentido, la propuesta peirciana, concibe a las consecuencias de una creencia o las acciones que surgirán a partir de ella, como una condición más que cuenta en favor de la verdad de dicha creencia, pero no como la *única* condición o como una *condición suficiente* para su verdad.

Por su parte, y en el sentido inverso, los pragmatistas como James o Dewey tampoco consideran aceptable la teoría verificacionista del Círculo de Viena, ni la denominada “teoría pictórica” desarrollada por Wittgenstein en el *Tractatus*. Una de las razones es que tales concepciones, propias del “positivismo lógico”, presuponen una dicotomía insalvable entre hecho y valor, lo cual resulta completamente ajeno al espíritu del pragmatismo norteamericano: una teoría filosófica no puede despegarse o divorciarse de la experiencia y necesidades humanas, y estas incluyen, entre otras, lo que consideramos valioso desde el punto de vista ético.

Ahora bien, la filosofía pragmatista estrictamente peirciana es introducida en Europa por Frank Ramsey. Un dato significativo es el siguiente: el matemático y filósofo británico declara en el prefacio de su libro *Truth and Probability* que su obra está “almost entirely based on the writings of C.S. Peirce” (Ramsey, 1990, p. 90).

Ramsey toma la filosofía de Peirce para distanciarse de la idea –de corte netamente corresponsionista– de que los hechos *hacen* verdaderas o falsas a las creencias, dependiendo de si resultan verificadas o refutadas por estos. En cambio, centra su atención en la idea de *grados de creencia*, y enfatiza que cuando estamos inseguros de la verdad, necesitamos asimilar más evidencia y mantener nuestros grados de creencia consistentes. En este sentido, se ha afirmado que Ramsey estaba tratando de lograr el mismo equilibrio que Peirce: aferrarse tanto al pensamiento de que la verdad es lo mejor que podemos pedir a la mente humana, como al de que la verdad está ligada a los hechos y a la realidad (Misak, 2016, pp. 179-181), y que de hecho, es la única persona en Cambridge que realmente entiende el pragmatismo de Peirce y no la versión jamesiana del pragmatismo (p. 242).

Es sabido que en 1923 Ramsey (1990) formula una crítica al *Tractatus* de Wittgenstein en la cual, entre otras cuestiones, plantea lo que se conoce como el “problema de la exclusión del color”,

La cuestión es la siguiente: Wittgenstein, en el marco del atomismo lógico defendido en la obra cumbre de su primer período, concibe que los enunciados simples y primitivos como: “*x* es rojo” y “*x* es azul”, en tanto no pueden ser ambos verdaderos al mismo tiempo, son lógicamente contradictorios; señala que el que ambos no puedan ser verdaderos al mismo tiempo y respecto del mismo objeto constituye una imposibilidad lógica.

Así como solo existe la necesidad *lógica*, solo hay, también, imposibilidad *lógica*. Por ejemplo, que dos colores estén en el mismo lugar en el campo visual es imposible, es decir, lógicamente imposible, puesto que se halla excluido por la estructura lógica del color. (Wittgenstein, *Tractatus*, 6.375-6.375)

Como señala Simpson (1975, p. 134), la consideración precedente se apoya en un uso peculiar de las palabras “contradicción” y “lógica”, ya que se atribuye la imposibilidad a “la estructura lógica del color”, aunque tal imposibilidad no sea reducible a una contradicción formal (del tipo simbolizado por “*p*. *p*”) En efecto, la forma de lógica de los enunciados “*x* es rojo” y “*x* es azul” es respectivamente, “*p*” y “*q*”, o también, expresada en lógica de predicados, “*Pa*” y “*Qa*”, y en ninguno de los niveles las dos proposiciones resultan, desde el punto de vista formal, contradictorias entre sí.

Este problema había merecido la fundada objeción por parte de Ramsey. Cuando Wittgenstein retoma su actividad filosófica luego de años de un “exilio académico” autoimpuesto, esto es, para 1929, el primer escrito con el que reinicia su actividad es “*Some remarks on logical form*”, en el cual intenta dar una respuesta a este problema. Aquí su posición

cambia: ya no sostiene que se trata de enunciados contradictorios. Expresamente señala que ambos enunciados “se excluyen” y que “no se contradicen”, y que hay una diferencia entre ambas nociones, ya que las proposiciones atómicas aunque no se contradigan pueden excluirse una a la otra (Wittgenstein, 1929, p. 168). Llega a sugerir también que se trata de casos en los que la tabla de verdad de la conjunción tiene solo tres líneas (en lugar de cuatro) porque la verdad de ambos enunciados representa una combinación imposible. Su conclusión filosófica es la siguiente: que hay una deficiencia en la notación lógica, ya que no previene la formación de tales construcciones, las cuales, en una notación perfecta deberían resultar excluidas; a su entender lo que sucede es que aún no se ha alcanzado el último análisis respecto de ese tipo de proposiciones como las del color (p. 171).

Pero lo cierto es que a partir de 1929 lo que se desencadena en el pensamiento de Wittgenstein no es un análisis más profundo de la notación lógica, sino un cambio completamente radical en la manera de concebir el lenguaje y el significado. En efecto, lo que se produce es el desplome del atomismo lógico, el abandono de la teoría pictórica del lenguaje, y el reemplazo de la idea de que la lógica puede mostrar la estructura de los enunciados para distinguir los que son significativos de los que no lo son. Este giro drástico ocurre durante el año 1929, en el cual, durante unos meses, Wittgenstein coquetea con la idea de encontrar un “lenguaje fenomenológico” (Monk, 2014) con el que se pudiera dar cuenta del “problema de la exclusión del color”, para luego finalmente descartar ese proyecto y advertir que no necesitamos otro tipo de lenguaje o notación, sino que la clave del significado reside en lo que llama la “gramática” del lenguaje ordinario, ligada a la práctica y a las actividades humanas compartidas (Stern, 2018). Por supuesto, lo que comienza a ocurrir en 1929 es ni más ni menos que el *pasaje* del Wittgenstein del *Tractatus* al de las *Investigaciones Filosóficas*, o dicho de otro modo, el inicio del “giro pragmático” de la filosofía analítica del Siglo XX.

Misak señala que la crítica formulada por Ramsey al *Tractatus* constituye un planteo distintivamente pragmatista, y que el punto de inflexión ocurrido entre 1929 y 1932, en el que se tuerce el rumbo de la posición expresada en el *Tractatus* hacia la filosofía del lenguaje ordinario se debió en gran medida a la presión que el pragmatismo de Ramsey, inspirado en el de Peirce, ejerció sobre Wittgenstein (2016, p. 188).⁶

Ahora bien, también es cierto que el tipo de pragmatismo al cual Wittgenstein finalmente termina dando forma en su segundo período filosófico es tan radical y peculiar, que diverge del pragmatismo peirciano en muchos aspectos, tal como se reseña en la Sección 2.

6. “some of those questions were about specific problems such as the colour exclusion problem. But it was not so much these questions of Ramsey’s that upset the Tractarian picture. The more important objections were to the method of doing philosophy that turns its back on common ways of speaking. It was Ramsey’s insistence that we concern ourselves with diverse kinds of propositions and that we have no need for the atomistic structure to underpin or to contrast them, that moved Wittgenstein away from his early picture” (Misak, 2016, p. 232).

6. Consideraciones finales

A partir de ciertas comparaciones entre el pragmatismo de Peirce y del “segundo Wittgenstein” he efectuado algunas reflexiones que permiten advertir en qué aspectos ambos filósofos divergen y, al mismo tiempo se emparentan, esto último en el sentido de que ambos pusieron el acento en nuestro lenguaje y en cómo la comprensión de este se encuentra entramada con nuestras actividades y prácticas compartidas.

Una última reflexión podría aventurarse en torno a que el tipo de pragmatismo concebido por ambos filósofos es de carácter global, esto es, no se reduce a algunos ámbitos específicos –como sostienen quienes defienden un tipo de pragmatismo local, por ejemplo, los defensores del expresivismo moral– sino que se extiende a todo el quehacer humano, inclusive al ámbito del conocimiento “empírico”; en efecto, podría plantearse que en ambos autores se encuentra una forma de anti–representacionalismo, como opuesto a una concepción correspondentista de la verdad; lo cual, en última instancia, podría dar lugar a poner en duda una dicotomía tajante entre hecho y valor. Pero la profundización de esta última sugerencia quedará para otra oportunidad.

Bibliografía

- Apel, K. O. (1979). *El camino del pensamiento de Charles S. Peirce*. Visor.
- Coffa, A. (1991). *The semantic tradition from Kant to Carnap. To the Vienna Station*. Cambridge University Press.
- Hintikka, J. (1998). El lugar de C.S. Peirce en la historia de la teoría lógica. En Hintikka, J.: *El viaje filosófico más largo*, 215-243. Gedisa.
- MacDowell, J. (2019) How not to read Philosophical Investigations. Brandom’s Wittgenstein. En *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, 8(9). www.disputatio.eu
- MacFarlane, J. G. (2010). Pragmatism and Inferentialism. En Weiss, B. y Wanderer, J.: *Reading Brandom: on Making it Explicit*, 81-95. Routledge.
- Misak, C. (2016). *Cambridge Pragmatism. From Peirce and James to Ramsey and Wittgenstein*. Oxford University Press.
- Monk, R. (2014). The Temptations of Phenomenology: Wittgenstein, the Synthetic a Priori and the “Analytic a Posteriori”. En *International Journal of Philosophical Studies*, 22(3), 312-340.
- Peirce, C. (1988) [1878]. How to make our ideas clear. En Peirce, C. y Vericat, J. (trad.): *Collected Papers*. Universidad de Navarra.
- Peirce, C. (1999) [1894]. ¿Qué es un signo? En Peirce, C. y Rivas, U. (trad.): *Collected Papers*, vol. 2, 281-285. Universidad de Navarra.
- Peirce, C. (CP. 1931-58 [1903]). *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. 8 vols. Ed. C. Hartshorne and P. Weiss (vols. I-VI), A. Burks (vols. VII-VIII). Belknap Press.
- Peirce, C. (CP. 1931-58 [1908]). CP. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. 8 vols. Ed. C.

- Hartshorne and P. Weiss (vols. I-VI), A. Burks (vols. VII-VIII). Belknap Press.
- Ramsey, F. (1923). Critical Notice, *Tractatus Logico-Philosophicus*, by Ludwig Wittgenstein. *Mind*, 32, 128, 465-78.
- Ramsey, F. (1990) [1926]. Truth and Probability. En *Ramsey: Philosophical Papers*, 52-94. Ed. D. H. Mellor. Cambridge University Press.
- Simpson T. M. (1975). Verdad lógica, analiticidad y convencionalismo en Carnap. En *Dianoa*, 21(21), 121-138.
- Stern, D. (2018). *Wittgenstein in the 1930s. Between the Tractatus and the Investigations*. Cambridge University Press.
- Wittgenstein, L. (1988) [1953]. *Investigaciones Filosóficas*. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.
- Wittgenstein, L. (1973 [1922]). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Routledge and Kegan Paul. Edición en castellano, Alianza.
- Wittgenstein, L. (1929). Some remarks on logical form. En *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Knowledge, Experience and Realism*. Vol. 9, 162-171.

El Derecho como *performance*. Apuntes desde la Filosofía del Derecho

Bernardo Vitta¹

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET),
Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina.

RECIBIDO: 26 de agosto de 2024

ACEPTADO: 7 de octubre de 2024

Resumen

En este artículo se analiza la estructura teatral de la práctica jurídica desde una perspectiva crítica del Derecho. A partir de este enfoque, se devela una condición ambivalente del Derecho: por un lado, funciona como un sistema de representación y, por otro, como una *performance*. El Derecho opera de manera representativa cuando los actores reproducen un mismo fundamento (lógico o moral), y de manera performática cuando los intérpretes lo reactualizan. Desde un enfoque deconstructivo, se mostrará asimismo que estas experiencias performáticas no solo cuestionan el formalismo del Derecho, sino que además lo abren a la justicia; lo que inaugura espacios para nuevas formas de juridicidad.

PALABRAS CLAVE: filosofía del derecho; teatralidad; representación; performance.

Abstract: “Law as Performance: Notes from the Philosophy of Law”

This article analyzes the theatrical structure of legal practice from a critical legal perspective. From this approach, an ambivalent condition of law is revealed: on one hand, law functions as a system of representation, and on the other, as a performance. The law operates representatively when actors reproduce the same (logical or moral) foundation, and performatively when interpreters actualize it. From a deconstructive approach, it will also be shown that these performative experiences not only challenge the formalism of law but also open it up to justice, thus creating spaces for new forms of juridicity.

KEYWORDS: philosophy of law; theatricality; representation; performance.

1. Becario doctoral del CONICET, docente de Introducción al Derecho en la UNPAZ. bjvitta90@gmail.com

Hay que recuperar la fuerza original de la conmoción de cuando frente a un ser humano (espectador) apareció por primera vez un ser humano (actor) asombrosamente parecido a nosotros pero, a la vez, extraño hasta lo infinito, y situado al otro lado de una barrera infranqueable.

TADEUSZ KANTOR

no hay ningún ser detrás del hacer, del actuar, del llegar a ser; <<el autor>> es algo que simplemente se añade al hacer.

FRIEDRICH NIETZSCHE

1. Introducción

Dentro del campo de la Filosofía del Derecho se han suscitado numerosas discusiones en torno al valor de la ficción, y en torno al modo en que debe ser considerada la facticidad en el estudio del Derecho. Como es sabido, de acuerdo con Hans Kelsen el Derecho se valida, en última instancia, por una ficción. Por su parte, la mayoría de las teorías post positivistas integran en sus estudios la condición de práctica social del Derecho. En este trabajo, retomo este hilo de discusión para abordar un aspecto que enlaza ambas problemáticas: la ficción del Derecho requiere su puesta en escena. Es decir, el Derecho requiere que los integrantes de la comunidad jurídica interpreten su ficción fundamental por medio de actuaciones en el plano sensible.

Junto con las Teorías Críticas es posible sostener que no hay un fundamento (lógico o moral) del Derecho, sino que son las prácticas sociales las que lo producen por medio de repeticiones. De esta forma, los comportamientos reiterados de la sociedad son teatralizaciones, actos que (re) presentan (ponen por delante) la ficción fundante del Derecho. Ahora bien, desde la perspectiva de la crítica jurídica se ha considerado la trama ficcional del Derecho a partir de la relación entre sus dimensiones lingüística y normativa. En particular, mediante los valiosos aportes del llamado movimiento Derecho y Literatura. Sin embargo, la teatralidad del discurso jurídico evidencia un aspecto sensible que excede al referido enfoque lingüístico; lo que demanda un abordaje transdisciplinar que integre estudios sobre el Teatro y sobre la *Performance*.

Establecido esto como punto de partida, es necesario preguntarse si la *mimesis* de la ficción jurídica la reproduce en sus mismos términos, o si introduce variaciones en su interior. Esto es, si la teatralidad del Derecho conserva la identidad de su *logos*, o si cada repetición lo altera y provoca diferencias. En definitiva, será preciso determinar si el Derecho es un sistema representativo en el que sus actores solo ponen ante sí lo mismo, lo idéntico y lo igual.

Según sostengo como hipótesis de este trabajo, la teatralidad de la práctica jurídica evidencia una condición ambivalente o paradójica del Derecho: su función representativa y su función performática. En términos generales, postulo que el Derecho opera de manera

representativa toda vez que sus actores reproducen un mismo fundamento (lógico o moral) y que, por el contrario, funciona de modo performático toda vez que sus intérpretes lo reactualizan con sus prácticas. Desde un enfoque deconstructivo, finalmente afirmo que estas experiencias performáticas no solo cuestionan el formalismo del Derecho, sino que también lo abren a la justicia e inauguran espacios para nuevas formas de juridicidad.

Esta investigación no se presenta como un desarrollo exhaustivo sino que se propone abrir una problemática que requerirá futuras precisiones. En este caso, se realizará un recorrido por tres aspectos particulares de esta cuestión. En primer lugar, se tomará la ficción de la Norma Fundamental como el punto de partida considerar su teatralización. En función de comprender la técnica de interpretación que pone en obra dicha ficción, se recurrirá al sistema de actuación teatral desarrollado por Konstantin Stanislavsky. A partir de ello, se cuestionará la estructura representacional del Derecho desde las observaciones críticas a la metafísica de Nietzsche, Heidegger, y Derrida.

En el siguiente punto, se analizará a la teatralidad como una práctica situada entre el Derecho y el Teatro, a partir de la que se integran las dimensiones estéticas y políticas del discurso jurídico. Para ello, resultarán fundamentales los desarrollos del filósofo Jacques Rancière referidos a la conexión entre estética y política. En el tercer y último punto, se desarrollará la genealogía del concepto de *performance* para clarificar el marco teórico que permitirá comprender al Derecho como performance. Finalmente, se estudiarán dos casos en los que será posible precisar en qué medida este aspecto se relaciona con la justicia en el sentido de Jacques Derrida.

2. El Derecho como representación

2.1. La técnica de interpretación

Tanto en su artículo *Die Funktion der Verfassung* (La función de la constitución) (1964) como en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoría General de las Normas) (1979), Hans Kelsen sostuvo que la obligatoriedad del Derecho se apoya en una ficción. Revirtiendo su posición inicial sobre este punto, nuestro jurista admitió la teoría de la ficción de Vaihinger (1922) como fundamento de la validez del sistema jurídico.² De este modo, sostuvo que la primera Constitución debe aceptarse como si (*als ob*) los primeros constituyentes hubieran estado autorizados por una norma superior. Así, se finge (*fingere*) una Norma Fundamental (*Grundnorm*) no positivizada en el sistema jurídico y se finge que esta representa el sentido objetivo (el deber: *das Sollen*) de un acto de voluntad (del querer: *das Wollen*). Esta doble ficción contradice la realidad, pero tiene efectos performativos sobre ella: funda la

2. Hacia el final de su vida, Kelsen asume la perspectiva de Vaihinger del “como sí”, posición que en un comienzo había descartado, al respecto puede verse Kelsen (1919). Por un análisis pormenorizado de las relaciones entre ficción y Derecho, también puede consultarse Marí (2002, pp. 255-433).

obligatoriedad del Derecho e inaugura su sistema de validación escalonada. Como bien señala José Calvo González, la remisión de Kelsen al de Vaihinger permite ver a la Constitución como “una máquina de ficción” (2016, p. 51). Esta noción de ficción no se entiende como mera simulación, engaño o mentira; sino como un artificio que fabrica una arquitectura jurídica y política real. El relato constitucional es también un “relato portátil [...] tan portátil como el relato del Génesis, pues en él cupo la creación del Mundo, que a partir de entonces fue el Mundo, y tan fundacional como aquel” (p. 55).

Hans Kelsen se propuso elaborar una explicación racional, objetiva y abstracta para el Derecho, de tal manera que lo sensible no se integra en el objeto de estudio de la ciencia jurídica positivista. De este modo, la nomodinámica del Derecho se explica como la reproducción lógica de validaciones derivadas entre normas jurídicas, cuyo original queda fuera de la cuenta. Sin embargo su noción de ficción abre un puente, como lo hiciera entre el Derecho y la Literatura Enrique Marí (1998), para considerar las relaciones entre el Derecho y el Teatro. En efecto, si existen razones para asumir la trama ficcional del Derecho también habrá motivos para reconocer que esta requiere su teatralización por parte de la sociedad. Ahora bien, ¿qué tipo de *mimesis* da cuerpo al Derecho?, ¿existe una técnica interpretativa de la Norma Fundamental?

A principios del siglo XX, dentro del diverso campo del realismo teatral, el reconocido director Konstantin Stanislavsky desarrolló el primer sistema de actuación contemporáneo.³ El objetivo de su propuesta fue posibilitar interpretaciones que no copien la superficie de la realidad, sino que produzcan una realidad escénica. Entre otros procedimientos actorales, el creador del Teatro de Arte de Moscú ideó el “sí mágico” o el mágico “si yo fuera” (Магическое «если бы»). De acuerdo con Stanislavsky, los intérpretes de una obra debían preguntarse: “¿qué haría yo si estuviera en estas circunstancias? Así, para interpretar Hamlet, el actor tendrá que figurarse a sí mismo como un príncipe asediado por el espectro de su padre. Este recurso le permitirá recrear las condiciones psicológicas del personaje y encarnarlo con realismo escénico. En palabras de Stanislavsky, “el ‘si’ es para los artistas una palanca que nos traslada de la realidad al único universo en el que se puede realizar la creación” (2010, p. 63). Por medio de esta palanca, intérpretes y espectadores pasan a compartir un mundo ficticio separado de la realidad, pero que es vivido realmente.

3. La elección del método del “realismo psicológico” de Stanislavsky para este trabajo se justifica en tanto configura un sistema actoral paradigmático de la estética realista. Esto la vuelve más apta para comprender la interpretación representativa del Derecho. Por otra parte, tomo como referencia el concepto de “sí mágico” de Stanislavsky como punto de partida para comprender el proceso de corporeización de las normas jurídicas de la sociedad. Sin embargo, un análisis pormenorizado de esta cuestión podría integrar los demás elementos del método stanislavskiano (por caso, las circunstancias dadas, las unidades y objetivos o la memoria emotiva) y compararlo con problemáticas más específicas del Derecho como la interpretación de las normas jurídicas.

Por su parte, los integrantes de la comunidad jurídica también interpretan (consciente o inconscientemente) la ficción como si esta fuera obligatoria. Sus protagonistas –los jueces– la vivencian y la encarnan con palabras, gestos, vestimentas y sus movimientos ritualizados durante el litigio. De igual forma, por ejemplo, los acusados en el proceso judicial,⁴ los abogados en los pasillos de los tribunales, o la sociedad civil con sus comportamientos cotidianos. Todos ellos, actúan el Derecho con un realismo tal que diluye el origen artificial de su Norma Fundamental. Al accionarse la palanca de la ficción jurídica, sus actores no son poetas sino juristas; no usan vestuarios y utilería sino trajes y expedientes; no son personajes de una obra sino partes de un contrato; no son efectos de una ilusión sino intérpretes de un principio objetivo.

Visto desde esta óptica, el Derecho y el Teatro se valen de técnicas de interpretación que comparten una misma condición: instituir una realidad teatral o jurídica que disimula su condición ficticia. Al considerar la teatralidad del Derecho a la luz del sistema actoral de Stanislavsky, se entiende que la técnica actoral cobra mayor eficacia en tanto los intérpretes vivencian el drama como real. La borradura de los representantes permite que estos se identifiquen plenamente con lo representado, es decir, que se presente el personaje sin rastros de la interpretación. Esto mismo ocurre en el Derecho, ya que la validez del sistema jurídico consolida su eficacia a medida que sus integrantes encarnan la Norma Fundamental y borran las huellas del montaje.

Ahora bien, es claro que al salir de las salas teatrales la convención dramática se disuelve y se desactiva la palanca de la ficción. Sin embargo, ¿qué ocurre con el Derecho?, ¿existe tal separación entre ficción y realidad, o acaso los intérpretes son devorados por sus personajes? En lo que sigue, plantearé que la técnica interpretativa del Derecho compone un sistema metafísico de representación en el que se olvida su condición *poiética* (creada). En función de realizar un abordaje crítico de esta noción, recurriré a aportes de la filosofía deconstructiva de Nietzsche, Heidegger y Derrida.

2.2. La escena de la representación y su deconstrucción

Tal como se vio en el punto anterior, la ficción fundante del Derecho requiere de su teatralización por parte de la sociedad. Al igual que el método actoral de Stanislavsky, la técnica interpretativa sobre la que se apoya el Derecho hace vivenciar a la comunidad las normas jurídicas como si fueran válidas y objetivas. Establecido esto, en el presente punto situaré al Derecho en el marco de la metafísica de la modernidad, lo que permitirá comprender su funcionamiento como un sistema de representación. Es decir, como un orden cuyo principio se (re)presenta con su ausencia, una ficción cuya teatralización hace olvidar su propio artificio.

4. En esta línea, pueden consultarse Tedesco (2015), Barrera (2012) y Aguirre y Kessel (2017).

El filósofo Martin Heidegger, señala que la modernidad occidental posiciona al sujeto como fundamento ontológico. En este sentido, observa que lo característico de este período es la concepción del mundo como imagen, es decir, como representación (*Vorstellung*). En sus palabras, “representar significa aquí situar algo ante sí a partir de sí mismo y asegurar como tal el elemento situado de este modo” (1977, p. 108).⁵ Así, lo propio de la Modernidad es la afirmación de un Yo –ubicado como *sub-jectum*– que pone frente a sí (*vor-stellen*) imágenes –colocadas como *ob-jectum*– para luego poder disponer de ellas.

En línea con ello, Grüner advierte que en el pasaje de la *repraesentatio* (esquema representacional medieval)⁶ a la representación moderna, se borra la distancia entre lo representado y el representante. Esto es, se olvida que la representación es una metaforización que se realiza ante la ausencia de lo representado (2004, p. 14). En su lugar, se impone entonces la presencia continua de la realidad representada sin restos de lo ausente. Esta metafísica de la presencia oculta la ausencia de origen de toda representación y, en su lugar, posiciona un principio que se debe traer a la presencia: que se debe (re)presentar. En este gesto, el sujeto moderno descubre como una verdad lo mismo que puso antes allí. El joven Nietzsche lo describió con precisión: “si alguien esconde una cosa detrás de un matorral, a continuación la busca en ese mismo sitio y, además, la encuentra, no hay mucho de qué vanagloriarse en esa búsqueda y ese descubrimiento” (KSA, I, p. 883; OC, I, p. 624).⁷

En tanto disciplina que emerge dentro del horizonte ontológico de la modernidad, el discurso jurídico también anticipa un fundamento y luego se lo representa como siempre presente. Por ejemplo, postula un principio racional para las normas jurídicas y, luego, lo descubre como un fundamento universal que debe ser reproducido. No obstante, como expresa Nietzsche en la *Genealogía de la Moral*, toda sustancia es “una invención añadida al hacer” (ZGM § 13, KSA 5, p. 279, OC IV, p. 475). De manera paradójica el principio objetivo del Derecho no es más que el efecto de una práctica social reiterada en el tiempo.

En su análisis del relato de Kafka, “Ante la ley”, Derrida indica que cuánto más universal y abstracta se presume la ley mayor será entonces su apertura a la historia, a la ficción y a la narración (1985, p. 108).⁸ En tanto la ley se presume como universal, cualquiera puede

5. Transcribo la traducción al castellano de Cortés y Leyte en *Caminos del Bosque* (2010, p. 87).

6. Según Magnavacca, la *repraesentatio* es un término de origen medieval que entre los escolásticos remitía a dos campos. En primer lugar, al gnoseológico dado que configura el medio del que se vale el intelecto “para entender a las cosas reales”. En segundo lugar, remite al campo teológico, que se refleja, por ejemplo, en “el dogma cristiano de la transubstanciación” (2005, pp. 608-609).

7. Las obras de Nietzsche se citan según la *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in fünfzehn Bänden*, herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari, 1988. Deutscher Taschenbuch Verlag; Walter de Gruyter. (en adelante, KSA). Se usa la traducción española de las Obras Completas, trad. por J. Aspiunza, M. Barrios Casares, K. Lavernia, J. B. Llinares, A. M. Navarro y D. Sánchez Meca, 2016, Tecnos, vol. I, en 4 tomos; (en adelante, OC).

8. En sus palabras, “aunque la instancia la ley parece excluir cualquier historicidad y cualquier narratividad empírica,

acceder a ella e interpretarla. Sin embargo, esta condición deconstruye su propia universalidad dado que toda interpretación (como toda teatralización) es una particularización, el pasaje de la generalidad de la ley a la singularidad de la historia. De acuerdo con Derrida, “el derecho es esencialmente deconstruible, ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables [...], ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado” (2018, p. 35).⁹ Por ello la teatralidad del Derecho no solo conserva la ficción de la presencia previa de su fundamento, sino que también lo abre a su deconstrucción.

Tal como se precisará en la última parte de este texto, el filósofo plantea que la deconstrucción no es otra cosa que la justicia. Más aún, Derrida afirma que la teatralidad es el lugar privilegiado para deconstruir la representación, “esta representación cuya estructura se imprime no solo las artes sino en toda la cultura occidental [...] designa, pues, algo más que un tipo de construcción teatral” (1967, p. 344).¹⁰ Así, la teatralidad puede interrumpir la ilusión de presencia continua propia de la metafísica de la presencia. La estructura representacional del Derecho podrá ser revisada, entonces, desde el análisis de su condición teatral.

En suma, el Derecho representa un principio que se vivencia –se interpreta– como objetivo. Enmarcada en la crítica deconstructiva de la metafísica de la modernidad, se observa que la escena de la representación del Derecho enmascara la ficción que funda la realidad jurídica. Entre el fundamento del Derecho y su teatralización se devela la posibilidad de su deconstrucción, un espacio en el que pueden producirse desajustes entre la reproducción de lo mismo y la creación de diferencias. En lo que sigue, consideraré a la teatralidad como el ámbito en el que se disputa un uso representativo y un uso performático (*poiético*) del Derecho. Tomaré como referencia el pensamiento de Jacques Rancière, en función de considerar las implicaciones estéticas y políticas de los usos de la teatralidad. Este punto servirá de pasaje –de escenario liminal– para una consideración performática del Derecho.

3. La teatralidad: lo estético, lo político

En su libro “Escenarios liminales” Ileana Diéguez indica que la teatralidad puede ser definida como una práctica social liminal, un ritual intersticial que no pertenece solo al teatro

en el momento en que su racionalidad parece extraña a cualquier ficción y a toda imaginación [...] parece entonces ofrecer a priori su hospitalidad a estos parásitos” (2011, p. 35).

9. De acuerdo con Derrida, el fundamento de la autoridad es, en última instancia, la violencia: “el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, solo pueden, por definición, apoyarse en sí mismos, constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento”. Se transcribe la traducción de J. Massó y F. Rampérez, en *Prejuzgados. Ante la ley* (2018, p. 35).

10. Sobre las relaciones entre el Teatro, la representación y la metafísica de la presencia, en Derrida, puede consultarse específicamente: *De la grammatologie* (1967, pp. 428-441) y *L'écriture et la différence* (1967, pp. 341-369).

sino que se sitúa entre campos heterogéneos.¹¹ Esta práctica se manifiesta por medio de escenificaciones, representaciones, ritualizaciones, dramatizaciones puestas en acto o performances que participan en la producción de la realidad social (2014, p. 23).

Más allá del contenido de aquello que se pone en escena, la teatralidad es el modo en que un fenómeno se torna visible, el medio que lo vuelve perceptible ante la sensibilidad. Es decir, la teatralidad incide en la forma de ordenar la manifestación sensible del mundo, determina la forma aparece lo existente en la realidad. Esta función estética es dual dado que, por un lado, las teatralizaciones pueden reproducir miméticamente un principio rector, un texto dramático (en el caso del Teatro) o un principio lógico o moral (en el caso del Derecho). Pero, por otra parte, puede cuestionar esta configuración y hacer que en la escena aparezcan elementos no previstos. Tal como se vio anteriormente, desde la perspectiva del Teatro moderno la técnica (actoral, lumínica, escenográfica) está dispuesta para borrar su propio rastro y en favor del logos del texto dramático. Como enseña Fischer-Lichte, a partir de mediados del siglo XVIII cobró fuerza la idea de que la actuación debía limitarse a encarnar (*Verkörperung*) el personaje. En sus palabras, “el arte de la actuación, en su performatividad, no debía producir significados nuevos propios, sino que tenía que limitarse a darles expresión a los que el autor había hallado o inventado en su texto” (2017, p. 160). De este modo, se exigía que los actores redujeran su “cuerpo sensible y fenoménico” a un “cuerpo semiótico” p. 161).¹²

La actuación de los cuerpos en el régimen representativo puede observarse también en el Derecho. En principio, el sistema jurídico se encuadra en una “estética de la representación” ya que recurre a la teatralidad para conservar la validez de su principio de racionalidad. Como enseña Goodrich, el Derecho presenta una realidad codificada y recurre a procedimientos teatrales para mostrarse como “institución de la autoridad de la razón y de la norma” (2015, p. 121). El funcionamiento jurídico demanda comportamientos repetidos, en su teatro se reiteran las mismas palabras y los mismos gestos; se citan los mismos autores

11. Sobre el concepto de liminalidad puede consultarse el texto del antropólogo Víctor Turner, *From ritual to theater. The human seriousness of play* (1992, pp. 20-61).

12. Fischer-Lichte evidencia una dimensión ideológica en esta perspectiva estética. Según la autora: “el intento de algunos intelectuales burgueses de terminar con la hegemonía del actor en el teatro tenía por objeto elevar el texto del dramaturgo a instancia de control del teatro” (2017, p. 160). Resulta sorprendente la coincidencia de este análisis con aquello que Cossio observó en su texto “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época” (1962). En este artículo, el autor realiza una crítica de la función ideológica del Derecho. En particular, muestra la relación entre los intereses de la burguesía emergente de la Revolución Francesa y la escuela de la exégesis. En términos de Cossio: “En Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía se posesionó del Gobierno y sus propios diputados fueron los legisladores. No es extraño, pues, que apareciera la Escuela del empirismo exegético, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención psicológica del legislador” (1962, p. 3) Es clara, entonces, la estrecha relación entre el “realismo psicológico” del teatro moderno, y la exigencia de reducir la tarea interpretativa de los jueces a meros canales conductores del texto normativo.

y las mismas normas; se invocan los mismos saberes y las mismas historias; se ocupan las mismas sillas y los mismos decorados.

La estética representativa del Derecho –junto a Rancière– establece un orden policial que distribuye los espacios y las capacidades en la comunidad. En línea con el filósofo francés, lo político se opone a lo policial dado que implica la irrupción del desacuerdo en la sociedad. Es decir, la posibilidad de que quienes no tienen sitio ni lugar, aquellos que no pueden ser vistos ni oídos, aparezcan en el plano sensible.¹³ De este modo, lo político interrumpe el régimen estético en la medida en que redistribuye lo que puede ser dicho, hecho o pensado en una comunidad determinada. En palabras de Rancière, “la política inventa nuevas formas de enunciación colectiva; reformula lo dado al inventar nuevas formas de hacer sentido de lo sensible, nuevas configuraciones entre lo visible y lo invisible [...] nuevas capacidades corporales” (2019, p. 180). Así, en el reverso del régimen representativo, el Derecho se ofrece la posibilidad de que se redistribuya lo pensable, lo visible, lo audible y, con ello, que se introduzca el desacuerdo.¹⁴ Esto reviste un valor central para la democracia en tanto impide el cierre de sentido del discurso jurídico y la fijación del orden policial.

En palabras de Roggero: “solo puede haber democracia donde no exista un monopolio del sentido, donde no se imponga un sentido último” (2012, p. 185). El uso representativo de la teatralidad que ejerce el Derecho tiende a mantener un estado de cosas y, como se verá, el uso performático lo transforma. De esta manera, la teatralidad visibiliza la dimensión estética del Derecho. Es una práctica sobre cuya superficie se debate la conservación de la institución y la irrupción de lo político, la reiteración del texto y la producción de diferencias. Lo expuesto hasta aquí abrirá paso para la consideración del funcionamiento del Derecho como performance.

4. El Derecho como performance

4.1. De la performatividad a la performance

Conocer al Derecho como performance implica una compleja articulación transdisciplinaria entre la Filosofía del Derecho, los Estudios Culturales de Performance y las

13. Advierte Rancière que el orden policial es un “orden de lo visible y de lo decible que hace que tal actividad sea visible y que tal otra no lo sea, que tal palabra sea perteneciente al discurso y tal otra al ruido” (1995, p. 52). Por su parte, la política “desplaza a un cuerpo del lugar que le estaba asignado o cambia el destino de un lugar; hace ver lo que no tenía razón para ser visto, hace escuchar un discurso allí donde solo el ruido tenía lugar” (p. 53). Utilizo la traducción de Pons en *El desacuerdo. Política y filosofía* (2012, pp. 44-45).

14. Rancière opone un régimen representativo a una estética de las artes. El primero organiza las formas de la sensibilidad en función de la *mimesis*, tal como indica en “El reparto de lo sensible”: “lo denomino representativo, en tanto que es la noción de mimesis la que organiza estas maneras de hacer, de ver, y de juzgar [...] No es un procedimiento del arte sino un régimen de visibilidad de las artes” (2014, p. 35). Por su parte, en su libro *Aisthesis* sostiene que la estética de las artes reconfigura esta organización, “se construye contra el orden representativo que definía el discurso como un cuerpo de miembros bien ajustados, el poema como una historia y la historia como un ordenamiento de acciones” (2018, p. 14).

investigaciones del campo de las Artes Performáticas. El primer paso para establecer dicha articulación, será seguir el rastro del desplazamiento de la noción de performatividad a la de performance. El camino es sinuoso y su recorrido lleva de la filosofía analítica a la continental, del giro lingüístico al giro performático, de la palabra al cuerpo, de las normas jurídicas a las prácticas sociales que producen el Derecho. Ser preciso en esta genealogía requeriría múltiples aclaraciones; en este caso, me limitaré a establecer los principales puntos de contacto en los que el concepto de performance asume su dimensión sensible. Una vez hecho esto el objetivo es situarlo en el campo de la Filosofía del Derecho y, en particular, señalar su pertinencia con las Teorías Críticas del Derecho. De este modo, se podrán esclarecer las bases del marco teórico que permite conocer al Derecho como performance.

Las primeras indagaciones sobre la función performativa del lenguaje se realizaron durante la primera mitad del siglo XX en el seno de la filosofía analítica.¹⁵ La performatividad es una construcción conceptual elaborada por el filósofo Austin para designar la posibilidad que tienen ciertas palabras, en contextos previamente definidos, de realizar acciones sobre la realidad. En la celebración del matrimonio, por ejemplo, se presenta uno de los casos paradigmáticos de un performativo. En este ritual, como es sabido, el acto se consuma con las palabras del cura o el juez del registro civil. En el marco de la filosofía post-estructuralista surgida a partir de la segunda mitad del siglo XX, la teoría de los actos de habla resultó objeto de profundas críticas. En particular, fue Derrida quien antagonizó con la tradición analítica anglosajona, lo que incluyó un intenso debate con Searle.¹⁶

En su texto *Firma y acontecimiento*, el filósofo franco-argelino argumenta que ningún performativo puede ser exitoso dado que toda la estructura del lenguaje está compuesta de repeticiones que fracasan en reproducir un sentido original. Las palabras no son más que reenvíos entre sí, iteraciones que significan algo en tanto rompen con su contexto de origen y provocan una diferencia. Esto lleva a sostener a Derrida que “no hay más que contextos sin ningún centro absoluto” (2017, p. 362). La deconstrucción derrideana inspiró, a su vez, el enfoque performativo de los estudios de género de Butler. Desde esta perspectiva, el género es el efecto de una serie de interpretaciones reiteradas que citan –de manera fallida– un presunto original. En Butler, la performatividad asume una dimensión lingüística pero también teatralizada.¹⁷ Son los cuerpos los que interpretan los géneros con su hacer y

15. Entre las publicaciones fundamentales que dieron lugar al “giro lingüístico” de la filosofía, cabe enunciar las conferencias de 1955 de Austin, *How to do things with words (Cómo hacer cosas con palabras)* (1962); el texto de Searle, *Speech Acts* (1968); y las *Philosophical Investigations* de Wittgenstein (1953). Dentro del campo de la Filosofía del Derecho, las indagaciones del giro lingüístico fueron incorporadas por la corriente analítica encabezada por Hart y, en Argentina, por Carrió, quien fuera traductor de obras de Hart y del propio Austin.

16. Al respecto puede consultarse el libro *Limited INC*, allí se reúne el intercambio completo entre Searle y Derrida.

17. Desde sus primeras elaboraciones, Butler consideró no solo la dimensión lingüística de la performatividad del género, sino también su faz teatralizada. Ya en un artículo de 1990, Butler sostenía: “¿En qué sentidos, entonces, es

sobre esta superficie sensible se abre la posibilidad de que emerjan diferencias en la norma heterosexual. Como puede verse en estos giros conceptuales, lo performativo comienza a tomar cuerpo.

Por su parte, los Estudios Culturales de Performance (EP) se desarrollaron entre las décadas de 1960 y 1970 a partir del cruce transdisciplinario entre la antropología, la sociología, la etnografía y el teatro. En su clásica definición de performance, Schechner sostiene que la *performance* es un comportamiento reiterado o restaurado. En sus palabras, “la *performance* significa: nunca por primera vez. Es decir, desde la segunda vez en adelante. *Performance* es comportamiento reiterado” (1985, p. 36).¹⁸ Se trata de una partitura que es individual y, al mismo tiempo, colectiva puesto que las conductas participan de la construcción de lo social. Schechner asocia la partitura de los comportamientos sociales con el subjuntivo de Stanislavsky. Según dice: “en lo que Stanislavski llamó el ‘como si’. Al existir como ‘segunda naturaleza’, el comportamiento restaurado siempre está sujeto a revisión. Esta ‘segunda naturaleza’ combina negatividad y subjuntividad” (p. 37).¹⁹ El primer paso siempre es una repetición (una “segunda naturaleza”), lo que devela la ausencia de original, la falta de fundamento ontológico de la realidad social y, por ende, la posibilidad de que el hacer provoque variaciones en ella.

Al mismo tiempo, desde los EP, la performance adquiere una función epistemológica que se nutre e impacta en saberes heterogéneos. Este campo de estudios recurre a metodologías que permiten acceder a la realidad social más allá de los elementos textuales, y que resguardan el valor de las tradiciones orales al poner el foco en la trama ritualizada de lo social. Así pues, según Taylor, la performance puede operar como una lente metodológica mediante la que puede investigarse toda una serie de eventos como *performance*: actividades humanas, cultura popular, identidad de género, acciones políticas (2011, p. 13).

Dentro del marco de la filosofía del Derecho, las teorías críticas de la Argentina surgidas durante la década de 1970, postulan un abordaje transdisciplinar del fenómeno jurídico. Posicionadas contra los discursos hegemónicos de la época (jusnaturalistas y juspositivistas), elaboraron un enfoque comprensivista a partir del cual definen al Derecho como una práctica social discursiva que produce sentidos sobre la realidad (Cárcova y Goralí, 2021). La discursividad de lo jurídico es performativa –produce realidad– por medio de una

el género un acto? Como sugiere el antropólogo Victor Turner en sus estudios sobre el teatro social ritual, una acción social requiere una performance repetida. Esta repetición es a la vez reactuación y reexperimentación de un conjunto de significados ya socialmente establecidos; es la forma mundana y ritualizada de su legitimación” (1998, p. 307).

18. La traducción me pertenece. En el original: “*Performance is "twice-behaved behavior." Neither painting, sculpting, nor writing shows actual behavior as it is being behaved*”.

19. La traducción me pertenece. En el original: “*in what Stanislavski called the ‘as if’. Existing as ‘second nature’, restored behavior is always subject to revision. This ‘secondness’ combines negativity and subjunctivity*”.

dimensión lingüística, pero también por medio de una dimensión corporizada socialmente. Desde esta perspectiva iusfilosófica se observa que el Derecho tiene –como plantea Cárcova– una “función paradójal”²⁰ y que el discurso jurídico recurre, entre otros elementos, a prácticas teatrales mediante las que sus sentidos circulan. Una línea de indagación explorada en esta perspectiva crítica es aquella que evidencia las relaciones entre la Literatura y el Derecho. A partir de esta aproximación, se aborda la estructura lingüística, semiótica y narrativa del Derecho. Ahora bien, como se observó antes, dentro del enfoque crítico existe una dimensión de análisis que debe ser profundizada y que excede a la narratividad: las relaciones entre Derecho y *Performance*.

En este sentido es necesario considerar una última línea de investigación, el movimiento Derecho y *Performance*. Este marco teórico desarrollado principalmente en el ámbito anglosajón, es un movimiento que cuenta con diferentes publicaciones desde hace aproximadamente tres décadas.²¹ De acuerdo con Stone Peters, una de las principales exponentes de esta línea, los estudios de Derecho y *Performance* cuentan –de manera similar al movimiento Derecho y Literatura– con tres grandes horizontes de análisis. El Derecho en la *Performance*, que analiza las Artes Performáticas que tematizan el Derecho. El Derecho de la *Performance*, que estudia las normas y leyes regulatorias de las Artes Performáticas. Y el Derecho como *Performance*, que aborda la dimensión performática del Derecho (2017, p. 204).

Desde este último enfoque, se entiende que el montaje de lo jurídico no se (re)produce únicamente en los escenarios de los tribunales. Existen, además, performances que crean sentidos jurídicos en las periferias de las instituciones del Derecho. Se trata de algo que Aguirre ha definido como “performances jurídicas” (2022, p. 46). Sin prescindir de los rituales institucionalizados, estos acontecimientos fragilizan sus formas y ejercen la crítica desde sus fronteras. En particular, permiten reconstruir historias irrecuperables por los medios institucionales, tornan reconocibles formas de vida desplazadas por el sistema, o sencillamente develan el artificio de lo jurídico y abren la ocasión para su reformulación. En estos casos, el Derecho se encuentra con usos extrañados de su dimensión teatral –de su estética de la representación– y se ve reflejado de manera invertida. Como bien señala

20. Las ideas de este texto resuenan con aquello que Cárcova denominó, “función paradójal del Derecho”. Desde una mirada crítica, Cárcova refiere a la condición ambivalente del discurso jurídico, en tanto sirve a usos conservadores en boca de quienes ejercen el poder, y a funciones emancipatorias en la de quienes resisten (2012, pp. 138-141). En un sentido similar, vale mencionar los desarrollos de Benente sobre la condición ambivalente de la democracia. De acuerdo con Benente, es posible utilizar una noción ambivalente de la democracia que pondere tanto el valor de las prácticas instituyentes o democratizantes (que introducen lo político), como las instituciones que protegen las acciones democratizantes (2024, p. 82).

21. Cabe señalar, en sintonía con la observación crítica de María Jimena Sáenz, que en el campo de estudios del movimiento Derecho y *Performance*, participan “académicos del Norte Global que continúan presentándose como las voces dominantes en la discusión” (2019, p. 159). De tal forma que resulta necesario visibilizar y profundizar en las miradas situadas que dan cuenta de la singularidad de nuestros contextos.

Stone Peters, “el teatro es el espejo distorsionado del Derecho, su doble en la casa de espejos: siempre presente, fundamentando, burlándose, reforzando, socavando” (2008, p. 198).²²

En lo que sigue, me centraré en el análisis de dos casos en los que el uso representativo de la teatralidad se subvierte por uno performático y, en consecuencia, se introduce lo político en el discurso jurídico. Se trata de “contra escenas portátiles” –retomando a Calvo González– dado que se introducen desde los márgenes institucionales del Derecho e instituyen el desacuerdo en su centro. Además, haciendo pie en el pensamiento de Derrida, será posible observar que la función performática abre al Derecho a su encuentro con su Otro: la justicia.

4.2. Hacer Derecho con Performance: la justicia

Durante los años 1987 y 1991 tuvo lugar en Canadá el caso “Delgamuukw v. British Columbia”. De acuerdo con Hartigan, los pueblos *Gitksan* y *Wet’suwet’en* en el noroeste de Columbia Británica, reclamaban la propiedad y jurisdicción legal sobre 133 territorios hereditarios en una superficie total de 54.000 kilómetros cuadrados (2018, p. 68). Durante el proceso judicial, los *Gitksan* y *Wet’suwet’en* presentaron performances para demostrar la propiedad de las tierras. Estas evidencias se esgrimieron como elemento probatorio de la posesión del territorio, un espacio que afirmaban ocupar desde “tiempos inmemoriales”.

Frente a la ausencia de documentación escrita, las comunidades debían demostrar su propia historia por medio de su tradición oral. Dichas historias, como relata Hartigan, “consistían en canciones espirituales, danzas y actuaciones [...]. Como prueba adicional, los reclamantes presentaron tótems, escudos de casas y atuendos ceremoniales” (p. 69).²³ Durante el período de prueba, el juez de primera instancia McEachern, expresó nervioso que: “¡esto es un juicio, no una *performance!*” (*this is a trial, not a performance!*) (p. 70). Como era de esperar, el fallo de primera instancia resultó desfavorable para los *Gitksan* y *Wet’suwet’en*. Sin embargo, el caso fue apelado ante el Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica y luego llegó a la Corte Suprema de Canadá; esta última revirtió la sentencia inicial e hizo lugar al reclamo. Ahora bien, ¿qué es lo que provocó el nerviosismo del juez? La pregunta remite al interrogante planteado en el primer punto de este trabajo: ¿qué relación existe entre el Teatro y el Derecho?

Durante los años 2006 y 2009 se produjo una situación similar en Argentina, en el caso “Federación de Comunidades Indígenas del Pueblo Pilagá C/ Pen S/Daños Y Perjuicios” (2019). En el año 2006 se interpuso una demanda colectiva contra el Estado Nacional por los crímenes de lesa humanidad cometidos contra el pueblo indígena Pilagá, en paraje

22. La traducción me pertenece. En el original: “*Theatre is law’s twisted mirror, its funhouse double: ever-present, substantiating, mocking, reinforcing, undermining*”.

23. Otro análisis detallado de este caso puede encontrarse en Murphy (2007).

“Rincón Bomba” durante el año 1947. En la sentencia del 2019 que hizo lugar a la demanda y condenó al Estado Nacional, el juez federal subrogante de Formosa sostuvo que, “la oralidad es el medio natural de transmisión de la historia y cultura de los pueblos que no utilizan la escritura, por lo cual tienen especialmente desarrollada la memoria y capacidad de transmisión oral de las experiencias vividas”. Del mismo modo que en el caso de Canadá, ante la ausencia de otros recursos para reconstruir el hecho, el juzgado admitió como prueba el documental “Octubre Pilagá” filmado por Valeria Mapelman en el año 2015. En este archivo audiovisual la documentalista argentina recaba testimonios de miembros sobrevivientes de la comunidad *Pilagá*.

Los antecedentes expuestos reflejan la confrontación entre una operación representativa del Derecho con otra performática. Por un lado, para preservar la representación de su principio racional, el Derecho debe conservar la autoridad de sus procedimientos probatorios. Por otra parte, cuando el montaje del discurso jurídico se encuentra con lo absolutamente otro de sí; es decir, con ritualizaciones que construyen sentidos de la realidad según otros principios –la certeza de sus propios fundamentos se torna indeterminada–. En los casos bajo análisis, la teatralidad del Derecho –su procedimiento judicial– ordena que la verdad jurídica sea resguardada por archivos que sirvan para demostrar la realidad objetiva de los acontecimientos. El conflicto se suscita cuando el sistema jurídico se encuentra con la necesidad de recurrir a ritualidades que lo confrontan, como en un juego de espejos, con su propia teatralidad.

Frente a ello vale preguntarse si el recurso al canto, el baile y las máscaras, obstruye el lugar de la palabra, la racionalidad y la transparencia o si, por el contrario, develan su insuficiencia. En el mismo sentido, podrá cuestionarse si el recurso a la oralidad y el recorte audiovisual, usurpa la imparcialidad de la justicia o, más bien, la realiza. En ambas experiencias el discurso jurídico olvida su condición teatral y, al hacerlo, abandona su relación jerárquica con otras prácticas ritualizadas. La admisión de modos alternativos de producción de verdad en el procedimiento jurídico provoca la irrupción de lo político en su orden representativo. Esto redistribuye los lugares y las capacidades dentro de su régimen sensible, y permite que quienes transmiten sus memorias oralmente aparezcan en la esfera pública sin hablar la lengua universal. Hacer lugar al disenso democrático es reconocer la diferencia en tanto diferencia, reconocer a los otros sin sujetar su alteridad a un principio absoluto, sin dominarlos.

Estos casos permiten conocer, además, al Derecho como performance. Esto es así, dado que no son los presupuestos del Derecho los que iluminan una problemática de exclusión sino que –por el contrario– es lo excluido por la racionalidad del orden jurídico lo que evidencia el presupuesto performático del Derecho. En el paso de la representación a la performance los cuerpos muestran de qué está hecho el Derecho (su trama sensible), y la contingencia de sus límites. En principio, lo jurídico no está hecho de bailes, no es un montaje audiovisual, no es una *performance*. Sin embargo, cuando estas fronteras se ponen

en cuestión, cuando lo exterior del Derecho se manifiesta al interior de su institución, se ve por contraste que la práctica jurídica es también un ritual, un montaje y una *performance*. En tanto *performance* el Derecho fracasa en representar un original y, en este desajuste, se abre la ocasión para que lo irrepresentable se manifieste. Los bailes, los cantos y las imágenes son expresiones que hacen mucho más de lo que prueban: transforman las condiciones en las que algo puede ser expresado en la realidad jurídica. Estas desposiciones confrontan al Derecho con lo que siempre lo excede (o con lo que siempre le falta): la justicia.

De acuerdo con Derrida, entre el Derecho y la justicia existe un conflicto irreparable, una relación trágica. Mientras que el Derecho es cálculo, la justicia es incalculable; mientras que el Derecho ofrece reparaciones patrimoniales y determina sanciones extrapatrimoniales, la justicia exige una responsabilidad ilimitada. En palabras de Derrida, “el derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias” (2018, p. 37). Así pues, en tanto el Derecho opera en el plano de lo posible, la justicia demanda lo imposible. De manera paradójica, es necesario que ambas dimensiones tiendan a realizarse una en la otra, sin diluir sus diferencia en el intento.²⁴ Como bien indica Cragolini, “esa tensión hace que estos dos ámbitos heterogéneos ‘se toquen’ permaneciendo diferentes. Por ello, mantienen la conflictividad siempre en el nivel de lo irresoluble” (2010, p. 482).

La única manera que el Derecho tuvo para hacer lugar a los reclamos de los pueblos *Gitksan*, *Wet’suwet’en* y *Pilagá*, fue fragilizar sus propios fundamentos, asumir su indeterminación. Dar paso de su función representativa a su función performática, hacer Derecho con *performance*. En coincidencia con lo que el director polaco Kantor anhelaba para el Teatro, el Derecho debe recuperar su fuerza original y hacer lugar a lo “infinitamente extraño” pero “asombrosamente parecido de sí”.

5. Conclusiones

Comencé este artículo advirtiendo la importancia de analizar la condición teatralizada de la práctica jurídica como una problemática particular de Filosofía del Derecho. Así, partí de la premisa de la conexión necesaria entre la ficción fundante del sistema jurídico –postulada por Kelsen– y su puesta en acto. Es decir, la interpretación corporeizada de la Norma Fundamental por parte de los integrantes de la comunidad jurídica. En función de ello, me pregunté si los intérpretes del Derecho reproducen la ficción del Derecho como lo mismo, lo idéntico y lo igual, o si introducen desvíos con sus comportamientos reiterados.

24. Una vez más se presenta una paradoja dado que, según Derrida, es el carácter deconstruible del Derecho lo que permite que la justicia tenga lugar. Esto le llevará a afirmar que la justicia es indeconstruible o, mejor, que es la deconstrucción. En términos del filósofo: “la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura deconstruible del derecho [...] la que también asegura la posibilidad de la deconstrucción. La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es deconstruible [...] La deconstrucción es la justicia (2018, p. 35).

El estudio de la ficción del “como si” asumida por Kelsen a la luz de la técnica actoral del “sí mágico” de Stanislavsky, develó que el artificio de la teatralidad debe pasar a un segundo plano para ser efectivo. Para que las normas jurídicas obliguen y para que los intérpretes conmuevan a los espectadores, la ficción debe vivenciarse como real disimulando su artificio. Desde la crítica de la metafísica de la modernidad, se advirtió que el esquema representacional provoca el olvido de la condición ficcional de todo fundamento. Además, se vio que el Derecho se organiza según esta misma estructura metafísica: postula un fundamento objetivo, abstracto y racional para las normas jurídicas y luego se lo representa al borrar su montaje. De tal forma que el principio objetivo del discurso jurídico no es más que el efecto de una práctica social reiterada en el tiempo.

Este análisis me llevó a preguntar por la posibilidad que tienen los intérpretes de transformar los principios ficcionales del Derecho por medio de su hacer. Se observó entonces que la teatralidad es una práctica liminal –intersticial– que permite introducir modificaciones en la estructura representacional del Derecho. Siguiendo a Rancière, se sostuvo que la teatralidad puede provocar la redistribución de un orden sensible (estético), de tal modo que aparezcan en la escena jurídica quienes no tenían lugar en ella. Esto introduce lo político en el Derecho y, en consecuencia, la democracia. De acuerdo con ello, se postuló que ello ocurre toda vez que el Derecho funciona como *performance*.

Desde un enfoque transdisciplinar, se mostró el desplazamiento de la dimensión lingüística a la dimensión sensible del concepto de *performance*. Además, se evidenció su valor como lente metodológico para conocer la realidad. En este sentido, se situó el estudio del Derecho como *performance* dentro del marco de las teorías críticas del Derecho. En particular, se indicó su pertinencia con el Movimiento Derecho y Performance. Desde esta perspectiva, se analizaron dos casos en los que pudo observarse una función performática del Derecho dado que la ritualidad jurídica se vio transformada a partir del cruce con otras teatralidades. En línea con Derrida, el Derecho se aproximó a la justicia al reconocer su condición deconstruible y al emanciparse de la representación de un mismo principio.

Lo expuesto lleva a concluir que el Derecho tiene una función ambivalente: en ocasiones funciona como un régimen de representación, y en ocasiones como una *performance*. Es claro que no se puede prescindir de las normas jurídicas, ni de su organización lógica, ni de las ficciones y ritualizaciones que sostienen el Derecho. No se trata, entonces, de rechazar de plano el dispositivo de la representación. La cuestión que se considera problemática es la cristalización de un único principio del Derecho, y la consecuente imposibilidad que sus intérpretes se imaginen sus fundamentos. La pregunta fundamental de la *iusfilosofía*, aquella que se interroga por su sentido último, exige reconocer lo más propio y lo más extraño del Derecho: su condición performática.

Bibliografía

- Aguirre, G. S. (2022). Mecanología judicial y estética del derecho según Simondon, a la luz de dos casos jurisprudenciales: el debate Cossio-Kelsen como controversia epistémica y la escuela Bauhaus como justicia design y performance jurisprudencial. *Pensar en Derecho*, 21, 43-83. Eudeba.
- Aguirre, G. S. y Kessel, C. (Comp.). (2017). *Juicio, Proceso y Drama. Ensayos sobre estética y filosofía del derecho*. Aldina Editorial.
- Barrera, L. (2012). *La corte suprema en escena*. Siglo XXI Editores.
- Benente, M., Romero, J., y Yorke, L. (2024). 19 y 20 de diciembre de 2001. Protesta, amnistía y ambivalencia democrática. *Bordes. Revista de Política, Derecho y Sociedad*, 31, 75-82. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/1640>
- Butler, J., y Lourties, M. (1998). Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. *Debate Feminista*, 18, 296-314. <http://www.jstor.org/stable/42625381>
- Calvo González, J. (2016). *Justicia constitucional y literatura*. Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú.
- Cárcova, C. (2012). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Abeledo Perrot.
- Cárcova, C. y Goralli, M. (2021). *Semiosis y derecho*. Astrea.
- Cossio, C. (1962). La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época. *La Ley*, 108 (Sección Doctrina). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48838-critica-jurisprudencia-dogmatica-critica-nuestra-epoca>.
- Cragolini, M. B. (2010). El conflicto entre derecho y justicia. Apuntes deconstruccionistas. En Maliandi, R. (comp): *Actas de las Jornadas Nacionales de Ética 2009: Conflictividad.*, 477-484. Tomo I, UCES. <https://dspace.uces.edu.ar/jspui/handle/123456789/848>
- Derrida, J. (1967). *De la grammatologie*. Les Éditions de Minuit [Versión en español: *De la grammatología*. Siglo XXI Editores, 2005].
- Derrida, J. (1967). *L'écriture et la différence*. Éditions du Seuil [Versión en español: *La escritura y la diferencia*. Anthropos, 1989].
- Derrida, J. (1985). Prejugés, devant la loi. En Lyotard, F.: *La Faculté de jouer*, 87-139 [Versión en español: *Prejuzgados. Ante la ley*. Avarigani Editores, 2011].
- Derrida, J. (1990). *Limited Inc, París*, Galilée [Versión en español (2018): *Limited Inc*. Pólvora Editorial, 2018].
- Derrida, J. (2017). *Márgenes de la Filosofía*. Cátedra.
- Derrida, J. (2018). *Fuerza de ley. El fundamento "místico" de la autoridad*. Tecnos.
- Diéguez, I. (2014). *Escenarios liminales. Teatralidades, performatividades, políticas*. Paso de Gato.
- Fischer-Lichte, E. (2017). *Estética de lo performativo*. Abada Editores.
- Goodrich, P. (2015). El Derecho en la Pantalla. En Roggero J.: *Derecho y Literatura, textos y contextos*, 113-133. EUDEBA.
- Grüner, E. (2004). De las representaciones, los espacios, y las identidades en conflicto. En Lobeto, C. (Comp.): *Prácticas socioestéticas y representaciones en la Argentina de la crisis*. Grupo de Estudios Sociales del Arte y la Cultura.

- Hartigan, R. (2018). This Is a Trial, Not a Performance!". Staging the Time of the Law. En Sarat, A.; Douglas, L; Merrill Umphrey, M.: *Law and performance*, 68-100. University of Massachusetts Press.
- Heidegger, M. (1977). Die Zeit des Weltbildes. En *Gesamtausgabe. I. Abteilung: Vorlesungen, Band 5*, 75-113. Vittorio Klostermann - Frankfurt am Main [Versión en español: *Caminos del Bosque*, 63-90. Alianza Editorial, 2010].
- Kantor, T. (2010). *Teatro de la muerte y otros ensayos*. Alba.
- Kelsen, H. (1919). Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob. *Annalen der Philosophie* 1, 630-658. <https://doi.org/10.1007/BF02877304>. [Versión en español: Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del "como sí" de Vaihinger. En Kelsen, H., Lon, Fuller, L. y Ross, A.: *Ficciones jurídicas*. Editorial Fontamara, 2013].
- Kelsen, H. (1964). Die Funktion der Verfassung. *Forum*, 11, 583-586. Manzsche Verlags-und Universitätbuchhandlung [Versión en español: La función de la constitución. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 5, 150-157, 2010. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4028530>].
- Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen* (K. Ringhofer & R. Walter, Eds.), Wien: Manz Verlag [Versión en español: *Teoría general de las normas*, Marcial Pons, 2018].
- Magnavacca, S. (2005). *Léxico técnico de filosofía medieval*. Miño-y-Dávila.
- Marí, E. (1998). Derecho y literatura; algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 251-287. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-y-literatura-algo-de-lo-que-s-se-puede-hablar-pero-en-voz-baja-0/>
- Marí, E. (2002). *Teoría de las ficciones*. EUDEBA.
- Murphy, J. S. (2007). *The People Have Never Stopped Dancing: Native American Modern Dance Histories*. University of Minnesota Press.
- Nietzsche, F. (1988). *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden* (G. Colli & M. Montinari, Hrsg.). Deutscher Taschenbuch Verlag; Walter de Gruyter. [Versión en español: *Obras completas*. Tecnos, 2016].
- Peters, J. S. (2008). Legal Performance Good and Bad. *Law, Culture and the Humanities*, 4(2), 179-200. <https://doi.org/10.1177/1743872108091473>
- Peters, J. S. (2017). Law as Performance. En Anker, E. y Meyler, B. (ed.): *New directions in law and literature*, 193-225. Oxford University Press.
- Rancière, J. (1995). *La Méésentente. Politique et philosophie*, París, Galilée [Versión en español: *El desacuerdo. Política y filosofía*. Nueva Visión, 2012].
- Rancière, J. (2014). *El reparto de lo sensible: estética y política*. Prometeo.
- Rancière, J. (2018). *Aisthesis. Escenas del régimen estético del arte*. Ediciones Manantial.
- Rancière, J. (2019). *Disenso. Ensayos sobre estética y política*. Fondo de Cultura Económica.
- Roggero, J. (2012). Derecho c/ literatura. En Ruiz, A. y Zuleta, H. R. (Dir.): *Filosofía del derecho: Cuestiones conceptuales, metodológicas y normativas: Discusiones, notas y reseñas*, 173-193. Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

- Sáenz, M. J. (2018). Nuevos rumbos en Derecho y Literatura: post-crítica, el giro hacia la historia y extensiones del texto nacional. *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, 49, 143-160. <https://doi.org/10.5347/49.2018.26>
- Schechner, R. (1985). *Between Theater and Anthropology*. University of Pennsylvania Press.
- Stanislavsky, K.C. (2010). *El Trabajo del Actor sobre Sí Mismo en el Proceso Creador de la Vivencia*. Alba.
- Taylor, D. (2011). Introducción. Performance, teoría y práctica. En: Taylor, D. y Fuentes, M. (Eds.): *Estudios Avanzados de Performance*. Fondo de Cultura Económica.
- Tedesco, I. (2015). *El acusado en el ritual judicial*. Ediciones Didot.
- Turner, V. (1992). *From Ritual to Theater. The Human Seriousness of play*. PAJ publications.

Pensar la cuestión del doble enjuiciamiento más allá de sus implicancias (estrictamente) procesales. O por una lectura en clave constitucional del proceso penal

Nicolás Omar Vargas¹

Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina.

RECIBIDO: 15 de octubre de 2024

ACEPTADO: 18 de noviembre de 2024

Resumen

Este artículo busca analizar las particularidades del juicio de reenvío desde una perspectiva que trascienda las cuestiones procesales. En concreto, se busca promover una reflexión desde la mirada de las culturas jurídicas y del diseño constitucional del proceso penal, que ponga en valor al juicio oral.

PALABRAS CLAVE: juicio de reenvío; *ne bis in ídem*; proceso penal.

Abstract

This article seeks to analyze the particularities of the retrial from a perspective that goes beyond procedural issues. Specifically, it seeks to promote a reflection from the perspective of legal cultures and the constitutional design of the criminal process, which values the oral trial.

KEYWORDS: retrial; double jeopardy; criminal procedure.

1. Primeras ideas

En el campo del derecho procesal penal, una discusión recurrente es la que hace a la validez del juicio de reenvío. En concreto, se plantea si es válido que una persona pueda ser sometida a más de un juicio penal por el mismo hecho, es decir que sea sometida a un juicio de

1. Doctor y magíster en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Codirector y docente de la maestría en derecho procesal penal de la Universidad Nacional de José C. Paz, donde también es docente e investigador. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: nicolasvargas7@gmail.com

reenvío, particularmente en aquellos supuestos en los cuales resulta absuelta en el primer juicio. Este juicio de reenvío puede realizarse bajo diferentes modalidades o, mejor dicho, en diferentes circunstancias.

Existe una garantía, el *ne bis in ídem*, que prescribe que ninguna persona puede ser juzgada o castigada dos veces por el mismo hecho. Esta garantía forma parte del contenido mínimo del derecho a la defensa en los términos reconocidos en la Constitución Nacional como de los derechos no enumerados del artículo 33 del texto constitucional. Esa garantía, o principio, según se lo prefiera, también integra el contenido del debido proceso en virtud del reconocimiento que hacen de ella instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Es importante advertir que se habla de hecho (en los términos que lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y no de delito, porque la palabra hecho remite al acontecimiento histórico, más allá del significado jurídico que se le pueda dar a esa conducta; es decir que su ámbito de protección es más amplio.

Otra cuestión semántica a considerar, es que se habla de condena o riesgo de condena, que son dos cosas muy diferentes. Así, la prohibición de doble condena impide que una persona reciba más de una pena por el mismo hecho, idea que por cierto se relaciona con la definición más elemental de justicia. Cuando hablamos de doble imposición de penas no nos referimos a los supuestos en los cuales el Código Penal permite la aplicación de más de un tipo de pena; sino que hacemos referencia a la posibilidad de que una persona sea enjuiciada y castigada como autora de un delito y luego vuelva a ser sometida a proceso por ese mismo delito. Este ámbito de rendimiento de la garantía puede encontrar un fértil campo de aplicación en nuestro medio en aquellos casos en los cuales se pretende la sanción concurrente de sanciones contravencionales con tipos penales. Como bien se ha señalado, el hecho de que el derecho contravencional aplique penas de poca extensión no hace que deje de ser derecho penal (Christen, Juliano, y Martin) y por ello no se puede permitir que una misma conducta sea sancionada como contravención y como delito.

Mientras que por aplicación de la prohibición de doble enjuiciamiento no es posible que una persona sea sometida a proceso penal más de una vez por el mismo hecho. A título ilustrativo, imaginemos que una persona es imputada en el marco de un proceso penal acusada del delito de robo agravado por el uso de un arma. Supongamos que esa persona es desvinculada del proceso por un pronunciamiento que la sobresee o absuelve (depende de que ello sea en la etapa de investigación, como resultado de un juicio o de una sentencia dictada por un tribunal revisor de la sentencia) y esa resolución es pasada en carácter de cosa juzgada. Una vez sucedido ello esa persona no puede ser sometida nuevamente a un proceso penal por ese mismo hecho. Ni aunque intenten acusarla bajo otra tipificación, como podría ser en el caso la de hurto, robo simple o encubrimiento, por nombrar algunas de las posibles.

En términos generales, hasta este punto hay acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en lo que respecta a la aplicación de la garantía. El debate se manifiesta en todo su esplendor cuando se llega al tópico del juicio de reenvío.

En estas líneas volvemos, una vez más, sobre este tema para dar cuenta de las discusiones que lo atraviesan más allá de sus implicancias estrictamente procesales, lo que impone adoptar una mirada que analice y piense al proceso penal desde sus fundamentos constitucionales. Este enfoque, que debe ser ineludible como lo enseña desde siempre la mejor doctrina procesal, es imperioso en nuestro contexto en tanto el proceso penal se encuentra atravesado profundamente, en sus normas como en sus prácticas, por una cultura inquisitiva que encuentra sus profundas raíces en la herencia colonial. Si bien las últimas tres décadas se caracterizaron por un importante oleada de reformas del sistema procesal penal tendientes a establecer el proceso penal acusatorio, no es menos cierto que ello se dio en un contexto de importante avance, no solo a nivel local sino también global, de mecanismos de justicia negociada que implican la imposición de penas sin juicios. Y ese avance de las condenas sin juicio se dio, como es de imaginar, por sobre el juicio oral.

Esta necesaria digresión sobre el devenir del sistema penal nos permite contextualizar la temática que abordamos aquí. Nos guía la convicción de que las discusiones sobre cuestiones que en principio pueden parecer técnicas o propias de los especialistas, si bien tienen una densidad conceptual de envergadura, no es menos cierto que las definiciones que se adopten al respecto, y sobre todo el modo en el cual se legisle y se aplique esa legislación tienen profundas consecuencias. Al final del día, lo que se discute es la legitimidad del Estado para someter más de una vez a una persona a un enjuiciamiento, con todo lo que implica para una persona estar sometida a proceso penal.

En concreto, en estas líneas se propicia una lectura que analice al fenómeno tanto desde la mirada de las culturas jurídicas como desde una comprensión en clave constitucional del proceso penal. Antes de dar cuenta de cada una de esas cuestiones se realizará una breve presentación sobre la cuestión del juicio de reenvío desde una perspectiva procesal que, desde una óptica que contemple la ley, la jurisprudencia y los discursos de los juristas, servirá como punto de partida para nuestro análisis.

2. Una primera aproximación al tema desde sus implicancias procesales

Más allá de la definición aportada al inicio de este trabajo, corresponde profundizar algo más en lo que hace a la problemática del juicio de reenvío cuando una persona es absuelta en un juicio oral y como consecuencia de un recurso de la acusación se ordena la realización de un nuevo juicio.

Desde una perspectiva legal, el juicio de reenvío es habilitado o posible en tanto se admite el recurso del acusador (sea el Ministerio Público Fiscal o un acusador particular, a veces llamado querellante) frente a la sentencia que surge de un juicio, sea esta sentencia absolutoria o condenatoria, en tanto se trata de una condena menor a la pedida. Sobre esta

última cuestión, si bien la ley procesal establece límites objetivos al recurso de los acusadores, y si bien en otro momento a partir de importantes precedentes la Corte Suprema convalidó las limitaciones a estos recursos,² no es menos cierto que en otros fallos más cercanos en el tiempo, y bajo al amparo de la doctrina de la arbitrariedad,³ la Corte dejó a un lado los límites objetivos al recurso del acusador.⁴

Parece ser que los acusadores están en pie de igualdad con la persona acusada en lo que hace al derecho al recurso e, inclusive, que el recurso del acusador es un derecho fundamental.

A su vez, la regla es que frente a la inobservancia de las formas procesales en el desarrollo del debate, corresponde realizar un nuevo juicio. En esa inteligencia, es necesario porque en la instancia superior no es posible que se dicte una nueva sentencia que reemplace a la sentencia impugnada (Ledezma, 2010, p. 11). Como el juicio ha sido anulado, se plantea la consecuencia natural, es decir su reiteración (D'Albora, 2005, p. 1081) que encuentra un límite en la *reformatio in peius*, en tanto la situación del imputado no puede ser peor que la existente

2. En el fallo "Arce" (Fallos 329:5994) se dijo que el derecho al recurso, en tanto derecho fundamental, solo está regulado en favor de las personas acusadas. El Ministerio Público Fiscal no se encuentra amparado por el derecho al recurso como derecho constitucional, sin perjuicio de que si el legislador lo desea puede otorgarle la posibilidad de recurrir. Por lo tanto, si se le niega esa oportunidad al acusador no hay agravio constitucional alguno (Pastor, 2001, p. 132). De ese modo, se ha reconocido, de modo implícito, que el derecho al recurso también es para los fiscales, aunque se ratificó que, como derecho fundamental, solo asiste a las personas imputadas y se aceptó que se le puedan imponer limitaciones a ese recurso. En el caso del querellante, o acusador particular, en un primer momento la jurisprudencia constitucional, en el fallo "Juri" (Fallos 320:2145), entendió que el derecho al recurso del acusador particular tiene un fundamento distinto al del acusador público, ya que se sostuvo que el derecho a recurrir de la víctima, o de su representante, surge como una derivación de las normas sobre protección judicial y garantías contenidas en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, pero no puede fundarse en el artículo 8.2.h. de la CADH. La cuestión, es que mientras el artículo 8.2.h de la Convención Americana contiene una definición más precisa en tanto habla del derecho a recurrir el fallo ante el tribunal superior, tanto el artículo 8.1. como el 25 de ese mismo cuerpo normativo tienen alcances más difíciles de dimensionar (Plazas, 2008, p. 225); aunque también debe decirse, que de modo implícito, la Corte Suprema convalidó las limitaciones objetivas al recurso del acusador particular (Plazas, 2008, p. 225). De todo ello, puede derivarse que, si bien la Corte Suprema le reconoce anclaje convencional al derecho al recurso del querellante, ese derecho es menos intenso que el que tiene el imputado dado que en ese supuesto no se toleran limitaciones objetivas.

3. Este punto es sin duda uno de los más complejos en lo que hace a la labor de la Corte Suprema. La elasticidad de la centenaria doctrina de la arbitrariedad permite que la Corte pueda intervenir, bajo su amparo, en todas las causas que desee, situación que genera, o cuanto menos aumenta, el enorme caudal de recursos que llegan a ese tribunal. Holmes, uno de los padres del realismo jurídico norteamericano, decía en su obra *La senda del derecho* que la ley es lo que los jueces dicen que es. Parafraseando a ese autor, se puede decir que la arbitrariedad es lo que la Corte Suprema dice que es. Sin dejar de reconocer que se trata de una temática que excede el cometido de este trabajo, no puede dejar de señalarse que es necesario pensar una ingeniería legal y un diseño institucional que pueda dotar de racionalidad el caudal de trabajo de la Corte Suprema. Según nuestra mirada, las herramientas con que hoy cuenta la Corte son insuficientes y prolongan en muchos casos el trámite de las causas.

4. En un primer caso, "Ortega" (Fallos 338:1021) la Corte Suprema entendió que correspondía dejar de lado los límites objetivos para el recurso del acusador cuando media arbitrariedad en una absolución en un caso de violencia de género. A posteriori, el criterio se replicó en los casos "Fernández Serione" (Fallos 347:785) y "Barros Peralta" (Fallos 345:1143), donde nuevamente se planteó que debían dejarse de lado los límites objetivos al recurso del acusador cuando hay un supuesto de arbitrariedad que implica un agravio de orden federal.

antes de la anulación de la sentencia (Daray y Navarro, 2016, pp. 444-445). Por lo general, el reenvío se ordena en aquellos casos en los cuales se pretende la anulación de lo resuelto por la vulneración de las formas procesales partiendo de la lógica de la nulidad como sanción procesal; mientras que cuando se plantea la inobservancia de la ley sustantiva se puede modificar la resolución impugnada sin necesidad de reenviar (Pérez Barberá, 2021, p. 53).

Si bien desde la normativa solo se habilita la reedición del juicio cuando haya inobservancia de las formas procesales, al relevar las prácticas de los tribunales, se advierte que el nuevo juicio puede realizarse como consecuencia de un recurso del acusador contra una sentencia absolutoria que surge tanto de un juicio realizado de forma tanto legal como ilegal (Pessoa, 2020, p. 129). Ello da cuenta de una aplicación del reenvío más allá de los casos previstos en la ley.

En resumen, en lo que a la ley respecta, en la estructura de los códigos procesales, se habilita el recurso del acusador, al que en otras épocas se aceptaba, desde la jurisprudencia constitucional, imponer límites. En nuestros días, este recurso del acusador es considerado en pie de igualdad con el de la persona acusada. Esta situación genera las condiciones para que se permita el juicio de reenvío. Por otro lado, la habilitación del juicio de reenvío por la vulneración de las formas procesales, nos lleva a preguntarnos cuál es el sentido del sistema de nulidades y su sistema de saneamiento. ¿Están allí para resguardar la integridad del proceso o son un medio para la tutela de los derechos de la persona acusada?

En el campo de los discursos jurídicos, estos oscilan entre quienes entienden que la realización del juicio de reenvío no resulta violatoria de la garantía *ne bis in ídem* y quienes postulamos que sí.

Dentro del primer grupo, los argumentos que se plantean en apoyo a esa postura giran en torno a que el juicio es una etapa más del proceso, y por lo tanto puede ser reeditada, de ser necesario (Clariá Olmedo, 2014, pp. 220-221) y que debe existir la posibilidad de revisión de las sentencias absolutorias porque puede existir una cuestión de naturaleza federal que justifique la intervención de la Corte Suprema (De Luca, 2012, p. 191); promoviéndose, en algún caso, una aplicación acotada del reenvío solo para aquellos casos en los cuales se anula el juicio (Pérez Barbera, 2021, pp. 59-62).

Mientras que en el grupo de quienes tienen una concepción del proceso penal conforme a la cual la garantía *ne bis in ídem* impide el juicio de reenvío creen que el recurso del acusador siempre viola la vigencia de la garantía (Maier, 2016, p. 597), y por ello la sentencia absolutoria nunca debe poder ser recurrida, salvo que se trate de una sentencia fraudulenta (Binder, 2022, pp. 663-665). También, desde una perspectiva que pone el ojo en las nulidades, se señala que la persona acusada no puede tolerar los errores del Estado (Ledesma, 2010, Pessoa, 2020, y Ziffer, 2005).

Una pequeña digresión (o ampliación). Al inicio de este apartado, decíamos que en principio la definición del juicio de reenvío comprende los casos en los que se ordena un nuevo juicio luego de haberse realizado uno antes que culminó con una absolución. Pero en

rigor, si la garantía contempla protección contra el riesgo de que la persona acusada sea sometida más de una vez al riesgo de condena sus alcances deben ser pensados con mayor extensión. Si se entiende que una persona no puede ser sometida a un juicio de reenvío, por la prohibición de ser expuesta a un doble riesgo de condena, no resulta ni lógico ni congruente que esa misma persona pueda ser condenada en la instancia de revisión mediante lo que se conoce como casación positiva.

Si vamos un paso más allá, a partir de todo el desarrollo hasta aquí realizado, se advierte que el problema gira en torno al diseño de la estructura recursiva. Esta cuestión, que parece de imposible solución de acuerdo al esquema legal presentado, es resuelta de una forma que pone en vigencia a la garantía *ne bis in ídem* cuando intervienen los jueces naturales que establece la Constitución Nacional: las y los jurados.

El desacuerdo que existe en el campo de la doctrina penal sobre el tema bajo estudio se replica en el ámbito de la jurisprudencia. Es imposible en esta exposición dar cuenta de un recorrido en torno a la jurisprudencia de la Corte que a lo largo del tiempo se ha ocupado de este tema. El recorrido se inicia en el año 1968 con el fallo “Mattei” (Fallos 271:188) y se extiende hasta nuestros días. Comprende muchas sentencias con cambios de postura sobre el tema a lo largo del tiempo (un desarrollo de esta cuestión, *in extenso*, en Vargas, 2023). Inclusive en algún caso, algún juez cambió su postura sobre el tema. Y la Corte Suprema, en su actual composición nunca se expresó sobre el tema, al menos en términos expresos.

Este panorama aporta una singular complejidad a la hora de abordar el tema, cuestión que aunada a la falta de teoría del precedente en nuestro medio, permite que calificados intérpretes difieran sobre la doctrina de la Corte Suprema sobre el tema en estudio.

Desde la jurisprudencia constitucional, en algunos casos, y con un criterio que no se ha terminado de consolidar, se ha afirmado que la realización de un juicio de reenvío resulta violatoria del *ne bis in ídem*. El devenir de la jurisprudencia de la Corte Suprema al abordar este tema se puede definir, sin dudas, como zigzagueante. A su vez, y para sumar más complejidad al panorama, la propia Corte se ha ocupado de darle al derecho al recurso de la víctima un reconocimiento cada vez más importante.

Más allá de los cambios que se han registrado en torno al devenir de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema, como de las desavenencias o diferencias que existen en el modo de interpretar esa jurisprudencia, lo que en este momento me interesa destacar es que en los momentos más luminosos de su jurisprudencia construyó una definición del alcance del *ne bis in ídem* que limita al juicio de reenvío y está profundamente emparentada con el diseño constitucional del proceso penal.

3. Una aproximación al tema desde la mirada de las culturas jurídicas

Si se hiciera el ejercicio de preguntarle a algunas personas que no tienen relación con el sistema de justicia penal si consideran que el juicio oral es el momento central del proceso penal, imagino que la respuesta de la gran mayoría sería que ello no es así.

Ello puede obedecer, entiendo, a que en nuestra cultura jurídica el juicio oral no es concebido como la instancia central del proceso, donde se termina definiendo la suerte de la persona acusada, sino que es visto como una instancia más dentro de lo que suele ser un largo proceso en el cual intervienen diferentes instancias y diversos jueces y juezas.

Quienes han podido visibilizar esto con claridad son Garapón y Papadopulos, los cuales centran su estudio en la comparación sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal de Estados Unidos y el de Francia.

Para la cultura jurídica del derecho continental el juicio oral es solo una etapa más dentro del proceso, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del *common law* donde el juicio es el momento central del proceso. Los autores mencionados ponen en evidencia esta cuestión al afirmar que:

El trial es el paradigma de la justicia en la cultura del common law, mientras que para un juez francés la audiencia es una etapa de un largo proceso. Un francés no espera justicia de un juez sino de toda la institución, es decir de un conjunto complicado de recursos, que alterna etapas secretas con otras visibles. (2008, p. 121)

Esa diferencia, para nada menor, sobre cómo se ve al juicio en la cultura del *common law* y en la cultura continental nos permite afirmar que mientras que un ciudadano estadounidense se enfrenta al riesgo de condena durante el debate hasta el veredicto, una persona de Europa o América Latina puede enfrentarlo en un proceso por demás extenso que se desarrolla en varias instancias (Cascio *et al.*, 2020, p. 4). Y por ello, como bien afirma Maier, no es menos que una extravagancia preguntarse en el derecho procesal penal europeo continental si el acusador no debe tener recurso ante la sentencia, ya que esos sistemas jurídicos tienen una concepción bilateral del sistema recursivo (1999, p. 595); mientras que en el derecho anglosajón se tiene una concepción más estricta del alcance del *ne bis in idem* que impide que la persona imputada sea sometida a un riesgo múltiple de recibir una condena por el mismo hecho, lo que trae como consecuencia que no se admita el juicio de reenvío (2016, pp. 170 y 596).

La realidad de nuestro sistema procesal estuvo atravesada en nuestros dos siglos de independencia por diseños procesales de corte inquisitivo sostenidos por las prácticas del sistema judicial que iban en el mismo sentido. Así, históricamente, entre las normas y las prácticas existía un abismo con relación a los postulados del texto constitucional en lo que hace al diseño del proceso penal.

El establecimiento de procesos de corte acusatorio que no solo se dio en el país sino también en la región implica, sin duda, un punto de quiebre con la cultura inquisitiva, al menos en sus manifestaciones legislativas. Pero la implementación de procesos penales de corte acusatorio trae nuevos riesgos o problemas, que inclusive pueden acentuarse si al interior del sistema de administración de justicia perviven, como sucede en muchos

lugares, prácticas inquisitivas. En concreto, hablo de la adopción de una lógica eficientista del sistema penal, que tienda a profundizar la ya existente selectividad del sistema penal. No se trata de desdeñar al sistema acusatorio, sino de advertir los problemas que se pueden generar desde su implementación.

Frente a esa panorama, entiendo que el lugar adecuado para encontrar las definiciones sobre dónde ubicar a nuestra cultura jurídica no es otro que la Constitución Nacional, lo que lleva a analizar la cuestión del juicio de reenvío desde una perspectiva constitucional.

4. Un abordaje en clave constitucional del proceso penal, ¿Qué pasa con el *ne bis in ídem*?

No hay que perder de vista que el derecho procesal penal es reglamentario de la Constitución Nacional. O, para decirlo en otros términos, las bases y principios que hacen al enjuiciamiento penal se encuentran en el texto constitucional y es partir de sus disposiciones que debe edificarse el proceso penal. Esta cuestión, que es elemental para la construcción de un proceso penal democrático ha sido olvidada, como regla, a lo largo de nuestra historia.

El texto constitucional no deja lugar para dudas o interpretaciones divergentes en lo que hace al diseño del proceso penal. No en uno, ni en dos, sino en tres de sus artículos establece el juicio por jurados para los procesos criminales. Y si bien no es tan claro el alcance del término procesos criminales (en la práctica se asumió que comprende a los delitos más graves), no queda duda de su aplicación en el ámbito penal como así también se pone en evidencia la proclamación constitucional de la centralidad del juicio como ámbito de decisión para el proceso penal, manda que a veces parece que es dejada de lado ante el avance a paso firme y seguro de los mecanismos de imposición de condenas sin juicio en desmedro de los juicios orales.⁵

De forma breve, se puede decir que el juicio por jurados fue adoptado en su modalidad popular en todos los lugares del país donde fue regulado; con excepción de la provincia de Córdoba, donde existe un jurado en el que conviven jueces o juezas profesionales con jurados. Este jurado popular está conformado por doce ciudadanos y ciudadanas (debe estar conformado con criterios de paridad de género) que son elegidos a partir de un proceso

5. El juicio por jurado debe ser ponderado en tanto permite la participación ciudadana en el sistema de administración de justicia, espacio donde la toma de decisiones solo queda en manos de abogadas o abogados que trabajan de juezas o jueces. También debe mencionarse que el juicio por jurados genera un ambiente propicio para el desarrollo de un litigio de mayor calidad, que redundará en una mayor y mejor vigencia de las garantías. Ese esquema se advierte, por caso, en la posibilidad de recusar posibles jurados sin expresión de causa, la conformación del jurado con paridad de género y/o integración pluricultural, en los mecanismos que existen para asegurar que al juicio solo ingrese aquella prueba que fue obtenida legalmente y sea pertinente, en el rol del juez o jueza profesional durante el debate como juez de garantías. Pero no todo es color de rosas, y lo cierto y lo concreto es que sin dejar de valorar las importantes experiencias vinculadas a la implementación del juicio por jurados a lo largo y lo ancho de nuestro país, se debe advertir que en términos cuantitativos el impacto del juicio por jurados es por demás acotado en lo que hace al universo de casos procesados por el sistema de justicia penal que llegan a la etapa de juicio.

en el que en primer lugar interviene el azar porque se arman los padrones a partir de un número de documento que se sortea año a año, y en segundo lugar el panel de jurados se termina de delinear en el marco de una audiencia con intervención de las partes.

Las y los jurados deben resolver sobre la culpabilidad de la persona que es enjuiciada. Esa delicada tarea es realizada en el marco de un juicio oral que es dirigido por un juez o jueza técnico, y los jurados deben adoptar un veredicto luego de una deliberación secreta, habiendo sido instruidos previamente por parte de la jueza o juez técnico sobre el derecho aplicable al caso y las posibles soluciones.

En lo que aquí nos interesa, es importante decir que si el jurado emite un veredicto absolutorio, de modo automático adquiere carácter de cosa juzgada. Ello implica, naturalmente, la plena vigencia del *ne bis in ídem*, no solo frente a un posible juicio de reenvío sino también frente a un posible caso de casación positiva en perjuicio del imputado, lo cual se conecta con el planteo que antes hicimos. Esta idea, al igual que muchas novedades que el juicio por jurados trajo, es claramente rupturista no solo con el modo en el cual se entendió históricamente al proceso penal sino también, y esencialmente, con los diseños procesales.

Nuestra postura es que las prácticas y bases del juicio por jurados deben transpolarse, en la medida de lo posible, a todos los procesos penales y no solo a aquellos, que son los menos, que son realizados con juicios por jurados. Se plantea que es en la medida de lo posible, porque algunos institutos son propios del jurado y no es posible aplicarlos en juicios que realizan jueces profesionales. Pero ello no sucede con la consagración del *ne bis in ídem* que impide el doble riesgo de condena en el juicio por jurados, porque es una cuestión que hace al alcance del derecho al recurso del acusador. Esta disposición es perfectamente aplicable en todos los procesos, y así debe ser porque forma parte del contenido mínimo de los derechos y las garantías del proceso penal en virtud de la consagración constitucional del juicio por jurados.

5. La dimensión constitucional del *ne bis in ídem*

El recorrido realizado hasta aquí nos permite afirmar que la prohibición del juicio de reenvío a la luz de la garantía *ne bis in ídem* tiene triple anclaje constitucional, en los artículos de la Constitución Nacional que consagran el juicio por jurados. Y, de acuerdo a nuestra propuesta, la aplicación del *ne bis in ídem* que se hace en el juicio por jurados debe aplicarse a todos los procesos penales.

Es una propuesta audaz, porque va a contrapelo de lo que se asume e inclusive, más allá de la interpretación que hace la Corte Suprema sobre el tema. Tampoco ayuda mucho, por decirlo de algún modo, que la Corte le esté dando en su jurisprudencia más cercana en el tiempo una mayor relevancia al recurso del acusador, como hemos visto. Pero no es menos cierto que actualmente en todas las provincias donde se implementa el juicio por jurados en su modalidad popular no existe recurso para el acusador y ello fue aceptado pacíficamente por la jurisprudencia. A la luz de esa circunstancia no parece ser muy igualitario que

una persona puede ser sometida a un posible nuevo juicio o una condena en la instancia de revisión, que implica un riesgo de doble persecución, si es enjuiciada por juezas o jueces profesionales; mientras que queda exenta de ese riesgo si es juzgada en un juicio por jurados.

Nuestros mejores esfuerzos deben estar orientados a construir un proceso penal respetuoso de los derechos y garantías. En ese recorrido es inevitable contar con la Constitución como brújula.

Bibliografía

- Binder, A. (2022). *Derecho procesal penal*, Tomo V. Ad Hoc.
- Cascio, A., Deane, M., Harfuch, A. y Penna, C. (2020). *La garantía del ne bis in idem y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. El precedente "Alvarado/Sandoval" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Suplemento penal agosto 2020, La Ley.
- Christen, A. J. (2014). El derecho contravencional y los elefantes. En Gauna Alsina, F. (coordinador): *Por una agenda progresista para el sistema penal. Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal*, 227-238. Siglo XXI Editores.
- Clariá Olmedo, J. A. (2014). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Rubinzal-Culzoni Editores.
- D'Albora, F. (2005). *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado y concordado*. Tomo II. Lexis Nexis.
- Daray, R. R. y Navarro, G. R. (2016). *Código Procesal Penal de la Nación, análisis doctrinario y jurisprudencia*. Tomo 3. Editorial Hammurabi.
- De Luca, J. (2012). Recurso fiscal contra absoluciones y nuevo debate. En Pitlevnik, L. (director): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 13. Editorial Hammurabi.
- Garapon, A. y Papadopoulos, I. (2008). *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Editora Lumen Juris.
- Juliano, M. A. (2014). Un código modelo para las contravenciones. En Gauna Alsina, F. (coordinador): *Por una agenda progresista para el sistema penal. Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal*, 253-262. Siglo XXI Editores.
- Ledesma, A. (2010). Cuestiones penales y civiles ante los tribunales superiores. Ponencia presentada en la *Cuarta jornada de profesores de derecho procesal orientada al análisis crítico y al debate*. Salta, 28 y 29 de octubre de 2010.
- Maier, J. B. J. (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, segunda edición. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2016). A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación. *Lecciones y Ensayos, número extraordinario-60 años de Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires.

- Martín, A. (2014). La impostergable necesidad de saneamiento genealógico del sistema contravencional. En Gauna Alsina, F. (coordinador): *Por una agenda progresista para el sistema penal. Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal*, 239-252. Siglo XXI Editores.
- Pastor, D. (2001). *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*. Editorial Ad Hoc.
- Pérez Barberá, G. (2021). Reenvío y casación positiva en el proceso penal. En Martínez, S. y González Postigo, L. (directores): *Etapa de impugnación. Tomo 4. El Proceso Penal Adversarial*. Editores del Sur.
- Pessoa, N. (2020). Corte Suprema de Justicia: causa “González”. Lesión de las garantías constitucionales, “reformatio in peius” y “ne bis in idem”. Algunas reflexiones. En Pitlevnik, L. (Director): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 28, 120-153. Editorial Hammurabi.
- Plazas, F. G. (2008). Las facultades recursivas de la querrela en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En Pitlevnik, L. (director): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 5, 200-241. Editorial Hammurabi.
- Vargas, N. O. (2023). *Ne bis in idem y juicio de reenvío*. Ediciones Didot.
- Ziffer, P. (2005). El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío. En Bertolino, P. y Bruzzone, G. (compiladores): *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*. Lexis Nexis-Abeledo Perrot.

Perspectiva de género en la interpretación legal. Implicaciones para litigantes y jueces

Leticia Lorenzo¹

Universidad Nacional de La Pampa, Argentina.

RECIBIDO: 25 de octubre de 2024

ACEPTADO: 20 de diciembre de 2024

Resumen

Este trabajo explora la integración de la perspectiva de género en el proceso penal acusatorio adversarial, subrayando su relevancia en cada momento, desde la investigación hasta la ejecución. Comienza definiendo la perspectiva de género y su necesidad en el sistema judicial, enfocándose en la tensión entre su negación, su mención abstracta sin repercusión efectiva, y su incorporación activa en el análisis de casos. El estudio se centra en un proceso penal diseñado por audiencias, desglosando las obligaciones que la perspectiva de género impone en distintas fases: diligencia debida reforzada, apoyo a mujeres en el proceso, y equilibrio entre expectativas personales e institucionales. Analiza cómo la acusación, la defensa y la judicatura pueden y deben incorporar estas pautas, destacando prácticas específicas y desafíos en cada rol. La acusación se enfoca en la valoración adecuada de testimonios y en la formulación de cargos, mientras que la defensa enfrenta retos éticos en la representación de acusados en casos de violencia de género. Para la judicatura, se discute la equidad en sus decisiones y en la conducción de audiencias. Concluye con una reflexión sobre el impacto de la perspectiva de género en la justicia penal y sugerencias para futuras investigaciones y reformas judiciales.

PALABRAS CLAVE: Perspectiva de género; proceso penal acusatorio adversarial; derechos de la mujer; decisiones judiciales y equidad de género.

1. Argentina, abogada (UBA), con orientación en derecho penal. Profesora adjunta regular en la asignatura "taller de litigación penal" en la Universidad Nacional de La Pampa desde 2018. Jueza penal del Colegio de Jueces del Interior de Neuquén desde mayo de 2018.

Abstract: “Gender Perspective in legal interpretation: implications for litigants and judges”

This paper explores the integration of the gender perspective in the adversarial accusatory criminal process, emphasizing its relevance at every stage, from investigation to execution. It begins by defining the gender perspective and its necessity within the judicial system, focusing on the tension between its denial, its abstract mention without practical impact, and its active incorporation in case analysis. The study examines a criminal process structured around hearings, detailing the obligations that the gender perspective imposes at various stages: reinforced due diligence, support for women during the process, and the balance between personal and institutional expectations. It analyzes how the prosecution, defense, and judiciary can and must incorporate these guidelines, highlighting specific practices and challenges for each role. The prosecution focuses on the proper assessment of testimonies and the formulation of charges, while the defense faces ethical challenges in representing defendants in gender violence cases. For the judiciary, the discussion centers on fairness in decision-making and the conduct of hearings. The paper concludes with a reflection on the impact of the gender perspective on criminal justice and offers suggestions for future research and judicial reforms.

KEYWORDS: gender perspective; adversarial accusatory criminal process; women's rights; judicial decisions and gender equity.

1. Introducción

¿De qué hablamos cuando decimos que existe una obligación de trabajar judicialmente con perspectiva de género? Nos referimos a la obligación de asumir un enfoque analítico que reconoce las diferencias en las condiciones, necesidades, oportunidades y barreras que enfrentan las personas debido a su género. Un enfoque que busca identificar y corregir desigualdades entre hombres, mujeres y personas de géneros diversos, asegurando que se respeten sus derechos y se valoren sus experiencias en todas las áreas de la vida, incluyendo la social, económica, política y legal. La perspectiva de género implica no solo reconocer las diferencias, sino también trabajar activamente para promover la equidad y la inclusión. En el ámbito judicial, llama a reforzar las precauciones para no caer en juicios atravesados por prejuicios, sesgos o estereotipos (Lorenzo, 2024, p. 136).

Incorporar este enfoque en el trabajo no surge de un capricho o moda pasajera. Por el contrario, es el producto de una larga historia² que se plasma en instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación

2. Una cronología posible puede consultarse en <https://padlet.com/letuchia/cronolog-a-ddhh-mujeres-2hvtvryg18pah04g>

contra la Mujer (CEDAW),³ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará),⁴ la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, que establece objetivos detallados para el avance de las mujeres y enfatiza la necesidad de aplicar una perspectiva de género en todas las políticas y programas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados en 2015, cuyo objetivo N° 5 se refiere a la igualdad de género, lo cual subraya la importancia de incorporar la perspectiva de género en todas las áreas del desarrollo. A nivel nacional, la Ley 24.685 en su Art. 7 establece los preceptos rectores para los tres poderes del estado tanto en el ámbito nacional como provincial, donde se ve plasmada la importancia de incorporar esta perspectiva.⁵

Iniciamos este trabajo con un análisis del desarrollo normativo internacional y nacional porque es necesario tener presente que existen obligaciones legales vinculadas al trabajo con perspectiva de género en los distintos ámbitos del Estado.

Este texto se propone como un ensayo a partir de la experiencia de intervenir en el proceso penal y observar las implicancias y las carencias en el uso de la perspectiva de género como herramienta de trabajo. Pese al conjunto normativo mencionado, que tiene impactos muy precisos en el ámbito judicial, en la actualidad sigue existiendo una tensión entre un ámbito que considera que no tiene obligaciones vinculadas con la perspectiva de género y otro que procura trabajar para efectivizar aquella idea inicial de generar equidad e inclusión. Pero dentro de este segundo ámbito (el comprometido con incorporar la perspectiva de género como herramienta de trabajo) también surgen tensiones entre quienes consideran que esa incorporación se cubre con menciones abstractas y quienes intentan hacerla parte de los análisis de los casos tanto desde el litigio como desde la judicatura, lo cual implica una nueva mirada a muchas cuestiones que se creían “resueltas”.

El planteo de este texto intenta desagregar qué significa trabajar con perspectiva de género en lo sustancial, desde las diversas posiciones en un proceso, en los distintos momentos de su desarrollo. Para ello, en primer término se describirá la estructura del proceso judicial sobre la que se está proponiendo el análisis, con la finalidad de establecer un encuadre concreto, un marco operativo de las reflexiones que se enunciarán. Posteriormente el texto analizará la situación concreta de las dos partes centrales en el proceso penal: la acusación y la defensa. Luego se analizará el rol de la judicatura desde la perspectiva de género. En las conclusiones se propondrán algunas síntesis y caminos futuros.

3. Que es parte de la Constitución Nacional Argentina en su Art. 75.22

4. Incorporada en nuestra legislación con la Ley 24632

5. A nivel nacional es necesario mencionar como parte de la legislación que incorpora la obligación de trabajar con perspectiva de género, dentro de sus incumbencias específicas, a las leyes 26.150 de Educación Sexual Integral; 26.618 de Matrimonio Igualitario; 26.743 de Identidad de Género; 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo; 27.636 de Promoción del Acceso al Empleo Formal “Diana Sacayán - Lohana Berkins”.

2. Estructura del proceso y obligaciones derivadas de la perspectiva de género

2.1. Modelos de proceso

Esquemáticamente podemos establecer que el proceso penal tiene cinco componentes:⁶

1. La investigación del caso, en que se determina si existe un hecho que pueda considerarse delito y prueba suficiente como para avanzar en una acusación.
2. El control de la acusación, donde la acusación y la defensa litigan ante la judicatura si el caso debe avanzar o no hacia un juicio oral.
3. El juicio oral, momento central del proceso en que se define si la persona acusada de haber cometido un delito es responsable y, en caso de ser declarada responsable, qué pena debe recibir.
4. La impugnación, que se ocupa de revisar las resoluciones tomadas por la judicatura de primera instancia cuando quienes litigan plantean algún tipo de agravio.
5. La ejecución, momento en que se cumple con la pena impuesta en la sentencia.

No en todos los casos un proceso atravesará por los cinco componentes. La ejecución solo se da si existe una sentencia condenatoria que pueda ser ejecutada. La impugnación es una posibilidad que dependerá de quienes litigan y la viabilidad de sus pretensiones. Al juicio solo se llega si el caso tiene posibilidades de prueba suficientes para establecer que ocurrió un delito. Y durante la investigación existen diversas formas de terminar el proceso que pueden hacer que el caso se resuelva en ese momento.

A la vez, no todos los sistemas procesales tienen el mismo diseño. En la Argentina se ha avanzado prácticamente en todas las provincias y en el sistema federal hacia un modelo acusatorio (la titularidad de la acción está en manos de la acusación pública, la cual queda bajo la responsabilidad de la judicatura el control de las garantías y la toma de decisiones) y cada vez más se impone también la adversarialidad (la generación de las condiciones para posibilitar el ejercicio del contradictorio entre la fiscalía y la defensa). ¿Cuáles son las ventajas de un modelo con estas características, pensado desde la perspectiva de género?

1. Mayor equidad procesal: al garantizar que la fiscalía sea la responsable de la carga de la prueba, mientras que la judicatura se mantiene fuera del conflicto, para la toma de decisiones. Esto ayuda a crear un entorno donde la defensa tiene la oportunidad de responder de manera efectiva a las acusaciones, siempre ante una judicatura imparcial.
2. Empoderamiento de quienes atraviesan el conflicto: en un sistema adversarial, las partes primarias pueden tener un rol más activo. Esto puede ser empoderador, ya que

6. En Lorenzo (2020) nos hemos referido a los diversos momentos del proceso, el impacto de la prueba en esos momentos y la vinculación entre la búsqueda y análisis de la prueba y la disminución de miradas sesgadas.

- tienen una mayor posibilidad de exigir un trato serio y diligente para sus casos.
3. Especialización en la persecución de delitos de género: la estructura de la fiscalía en un sistema acusatorio permite la creación de unidades especializadas en delitos específicos, como la violencia de género, lo que puede mejorar la calidad de la investigación y la prosecución en estos casos.
 4. Mejor manejo de la sensibilidad del caso: en un entorno adversarial, donde las partes presentan y defienden activamente sus posiciones, existe la posibilidad de manejar con mayor sensibilidad los casos que involucran cuestiones de género. Esto incluye la formación de fiscalías, defensas y judicatura en temas de género, asegurando que comprendan las complejidades asociadas y actúen para mitigar la revictimización durante el proceso judicial.
 5. Adecuación de los procedimientos judiciales: la flexibilidad del sistema adversarial permite adaptar los procedimientos a las necesidades de los casos de género, como implementar medidas de protección durante el testimonio, o usar tecnologías que minimicen el contacto con el agresor.
 6. Promoción de una justicia reparadora: en algunos contextos, el sistema acusatorio adversarial puede facilitar la implementación de medidas de justicia restaurativa, que buscan reparar el daño causado a las víctimas y reintegrar socialmente a los ofensores, lo cual puede ser particularmente beneficioso en casos de violencia doméstica o de género.

Muchas legislaciones (la federal entre ellas) también han diseñado un proceso por audiencias, estableciendo que cualquier controversia que la judicatura deba resolver entre las partes, deberá ser resuelta en una audiencia oral.⁷ La oralidad como mecanismo para la toma de decisiones, favorece la adversarialidad: la acusación y la defensa se encuentran en el mismo lugar, frente a la judicatura asignada para la toma de la decisión, presentan sus peticiones, rebaten las argumentaciones contrarias y reciben la decisión en forma inmediata. Esa dinámica de trabajo genera cambios importantes en el desarrollo del proceso. Como señala Alberto Binder:

La audiencia oral como herramienta principal de la administración de justicia es la gran fábrica social de la cultura de la tolerancia y de la legalidad. No es casual que el núcleo central de los derechos fundamentales, aquellos que han servido para delinear con mayor precisión el concepto mismo de la dignidad humana, tengan

7. Este tipo de cambios normativos resulta relevante porque históricamente se había avanzado hacia el diseño del momento del juicio bajo la modalidad oral, pero tanto las decisiones de la investigación como las decisiones vinculadas a impugnaciones y a la ejecución de la pena se tomaban en formatos escritos, desarrollando expedientes. El cambio de modelo hacia una oralidad plena, durante todo el proceso, es una incorporación bastante reciente en las legislaciones procesales de la Argentina.

relación con las maneras como los ciudadanos han sido tratados por los tribunales. (Binder, 2014, p. 39)

Entonces, tenemos distintos momentos o componentes del proceso penal, distintos diseños procesales y distintas formas de organización del trabajo vinculado a la toma de decisiones en el proceso. En lo que sigue, este texto se desarrollará asumiendo como marco de análisis el trabajo en un proceso acusatorio adversarial con oralidad plena.

Pero además, desde la Ley 26.485 (Art. 16) se establecen una serie de derechos y garantías para todos los procedimientos judiciales y administrativos:

1. A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado;
2. A obtener una respuesta oportuna y efectiva;
3. A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;
4. A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;
5. A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en la ley;
6. A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;
7. A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;
8. A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;
9. A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;
10. A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género;
11. A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

Un punto a destacar (que no siempre está claro) es que estos derechos que enumera la ley no están asignados exclusivamente a mujeres identificadas como víctimas en el proceso penal. También son derechos para mujeres imputadas penalmente.

En principio, el entorno de la audiencia contribuye a efectivizar mucho de ese piso de derechos que la legislación le otorga específicamente a las mujeres para garantizarles un trato igualitario: en la audiencia estará presente la judicatura y podrá escucharla en forma directa si así lo desea; en la fundamentación de la resolución debe explicarse por qué se hace o no se hace lugar a lo que solicite; se trata de un entorno en donde pueden disponerse

medidas de protección de forma mucho más rápida, efectiva y adecuada a cada caso; tiene la posibilidad de solicitar tantas explicaciones como resulten necesarias en tanto se encuentra en el mismo espacio que las partes técnicas y la judicatura. Pero también la audiencia, pensada desde estos derechos, debe generar un entorno protectorio: posibilitar la participación sin necesidad de estar en el mismo espacio que personas que puedan generar una victimización, comprender que el uso de la palabra es un derecho más no una obligación, permitir espacios de interrupción si las circunstancias lo requieren, dividir la audiencia en tantos momentos como resulten necesarios para brindar un buen trato. También estas obligaciones se derivan de aquel piso de derechos que comentamos y deben ser incorporadas en la práctica judicial.

2.2. Proceso penal y perspectiva de género

Se procuró presentar la mirada ventajosa de este formato de proceso. Sin embargo, pensar en un modelo acusatorio adversarial organizado por audiencias y con diversos momentos desde la perspectiva de género, implica pensar en las obligaciones concretas que se generan en cada uno de esos momentos.

2.2.1. La investigación

Durante la investigación del caso, quien tiene la primera palabra para decidir si se judicializa o no es la acusación. La primera pregunta a plantearse será si existen situaciones vinculadas al género que le agreguen marcos de referencia a las decisiones posibles. Y esto no solo se refiere a situaciones donde hay una víctima que no es un varón sino también a aquellos casos en que la persona investigada no es un varón.

En el primer escenario, cuando las cuestiones de género están asociadas a la víctima, la tarea de brindar información, conocer las expectativas, ampliar el espectro de búsqueda de información y respetar las decisiones que toma la víctima son parte fundamental del trabajo de una buena investigación. En ese marco, no resulta lo más adecuado pensar que todo caso debe judicializarse, sino que resulta más conveniente identificar cuáles son las medidas adecuadas para el caso en función de las necesidades concretas que plantea la persona con intereses victimizados. Es importante salir de posiciones construidas bajo el amparo de abstracciones y construcciones idealizadas (Arduino, 2023, p. 23).

Si el caso se judicializa y comienza formalmente el proceso con la etapa de investigación preparatoria, allí deberá garantizarse el derecho a asistir, usar la palabra y plantear sus pretensiones en todas las audiencias que se realicen, con el debido cuidado para preservar su intimidad y no generar victimizaciones a raíz de su participación.

La escucha es trascendente para encontrar la mejor respuesta al caso, garantizando el derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva que establece la ley. Se menciona este punto porque parte de la intervención con perspectiva de género requiere reconocer que no todas las personas con intereses victimizados tienen como finalidad en el proceso el

avance del caso a juicio y la determinación de una pena. No son pocas las circunstancias en que la expectativa está más puesta en cesar con ciertas actitudes, comprometerse con determinadas obligaciones, cambiar determinados aspectos de la vida. Todas cuestiones que pueden encontrar mejor respuesta en la diversidad de formas de terminación del proceso que se regulan durante la etapa de investigación, si son bien comprendidas (desde los acuerdos reparatorios hasta los acuerdos abreviados, pasando por las suspensiones del proceso a prueba).

En el segundo escenario, cuando las cuestiones de género están asociadas a la persona imputada, adquiere mucha más relevancia la pregunta sobre si el caso debe judicializarse o no. Aquí no por una cuestión vinculada a la expectativa de la persona y las mejores formas de respuesta (como se dijo en el caso de las víctimas), sino por una actitud preventiva de potenciales violencias institucionales. Es decir: la debida diligencia también implica revisar si no se está revictimizando a una persona a través de una imputación penal. Por ejemplo, en casos de mujeres imputadas por delitos vinculados al tráfico de sustancias controladas:

Las agencias judiciales tratan a estas mujeres como si fueran personas completamente autónomas con la capacidad de tomar decisiones sin restricciones y ejercer libre albedrío sobre participar en actividades ilegales. Esta desconexión entre el sistema legal y las realidades de las mujeres se manifiesta no solo en el comportamiento del sistema judicial durante las investigaciones sino también en las decisiones de las fiscalías y los tribunales relacionadas con la acusación y el enjuiciamiento. (Carrera, 2021, p. 339)

Por ello los casos donde la situación de la persona imputada debe analizarse con perspectiva de género implican una carga mayor para las acusaciones a la hora de determinar la necesidad de la judicialización del caso y, durante la investigación, en la búsqueda de evidencia que acredite su posición. También en este tipo de casos los mecanismos de terminación del proceso sin avanzar hacia un juicio deben ser considerados con preponderancia, siempre escuchando a la persona imputada.

2.2.2. El control de la acusación

La etapa intermedia del proceso penal, donde se controla la acusación, tiene particular importancia porque en buena medida funciona como la fotografía previa de lo que será el juicio oral. En este momento la parte acusadora debe estar en condiciones de presentar el hecho por el que pretende abrir un juicio, calificarlo legalmente y ofrecer toda la prueba que busca producir para acreditar ese hecho (Ossola y Lopardo, 2019, p. 182).

Interesa analizar la cuestión probatoria por aquel derecho establecido en la ley a tener en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y

quiénes son sus naturales testigos. La amplitud probatoria se encuentra reconocida en los códigos de procedimiento penal a través del principio de libertad probatoria (que básicamente indica que cualquier medio de prueba lícito puede ser utilizado para acreditar los hechos, de acuerdo a las teorías del caso de las partes). Sin embargo, esta particular consideración a las circunstancias en que se desarrollan los actos de violencia indicada en la Ley 26.485, abre un amplio espectro de posibilidades probatorias que no siempre son consideradas y muchas veces son resistidas. Uno de los puntos que entra en tensión respecto de esta situación es la admisibilidad del testimonio de oídas o referencia, que suele ser bastante resistido por su baja calidad (en tanto escapa a las posibilidades de control en el proceso); también es resistida la declaración que brinda opiniones cuando no se trata de una declaración pericial (en tanto es imposible confrontar una opinión cuando no hay un marco de referencia que permita rebatir o sostener dicha opinión).

Sin embargo, en casos en que ha mediado violencia por razones de género, es frecuente que no existan denuncias formales sino testimonios de personas que o escucharon a la víctima de violencia relatar algún padecimiento u observaron alguna situación que les llevó a pensar en la posible situación de violencia. Exigirle a una persona que sufrió violencia por razones de género que en cada ocasión realice una denuncia formal que deje el registro que permita verificar con posterioridad su situación, es pedir un comportamiento de imposible cumplimiento y afortunadamente va disminuyendo esa exigencia en los ámbitos de discusión probatoria. Sin embargo, oponerse a los testimonios de personas cercanas bajo la argumentación de que no es admisible el testimonio de oídas o el testimonio por opiniones, tampoco parece correcto (Childs y Ellison, 2000, p. 59). Más aún con aquel marco legal que obliga a tener presentes las circunstancias especiales en las que ocurren estos hechos.

La administración de la admisibilidad probatoria en este momento del proceso, el alcance de las discusiones y las argumentaciones permitidas, necesariamente debe ser observado desde la perspectiva de género.

2.2.3. El juicio oral

El juicio oral es el momento de mayor confrontación del proceso en tanto si las partes llegaron a esta instancia ello implica que tienen visiones opuestas sobre los hechos que se debaten. Es también el momento en que más cuidado debe tomarse en el desarrollo de la audiencia, porque se trata de la más compleja de las audiencias: por su duración, por la cantidad de participantes, por los temas a discutirse, por los cambios que se darán en función a la prueba que se produzca.

Desde la perspectiva de género, es esencial asegurar que el juicio oral no solo sea justo en términos procesales, sino también sensible y adaptado a las necesidades específicas que surgen en casos que involucran cuestiones de género.

Uno de los aspectos centrales a considerar, desde la organización del juicio, es el cuidado de la persona que está planteando una mirada diferencial por cuestiones de género:

preservar su participación en la audiencia sin generarle un costo por esa participación será prioritario.

En cuanto a la producción de la prueba, sobre todo la testimonial, debe estar muy presente cuál es el alcance y límite del litigio: la concentración en los hechos establecidos como base del juicio en el control de la acusación sin derivaciones que puedan caer en ataques, búsqueda de estereotipos o generación de prejuicios. La corrección de quienes litigan será central para lograr un juicio correcto; pero la presencia de la judicatura como conductora del debate tiene un rol importante para evitar desvíos en el litigio. La judicatura debe estar especialmente atenta para intervenir y corregir cualquier indicio de discriminación o sesgo de género durante el juicio, ya sea en las palabras y acciones de quienes litigan o en los testimonios.

Es importante que se produzca prueba que permita comprender mejor las dinámicas específicas que afectan a las personas involucradas en el litigio. Y por supuesto es central para ello que tanto la judicatura, como la acusación y la defensa tengan la formación para producir y valorar adecuadamente esa evidencia.

En los sistemas que han incorporado el juicio por jurados, es necesario asegurar que las instrucciones finales no perpetúen estereotipos de género y reflejen una comprensión adecuada de los aspectos de género relevantes al caso.

2.2.4. Las impugnaciones

Incorporar la perspectiva de género en la etapa de impugnación de un proceso judicial es asegurar que las decisiones judiciales se tomen teniendo en cuenta las necesidades específicas y las vulnerabilidades de todos los géneros. Realizar una revisión de las decisiones con sensibilidad de género requiere que los tribunales revisen las decisiones tomadas en las instancias inferiores con una mirada particular, para identificar y corregir posibles sesgos o interpretaciones de la ley que no hayan considerado adecuadamente las cuestiones de género.

También se debe prestar especial atención a evitar la revictimización, considerando la forma en que se manejan los testimonios y las pruebas, asegurando que se respete la dignidad y la privacidad de las personas que invocan cuestiones de género. Los tribunales deben esforzarse por interpretar y aplicar la legislación de manera que refleje un entendimiento de cómo diferentes leyes afectan de manera desigual a hombres, mujeres y personas no binarias.

La accesibilidad a los procesos de impugnación debe ser considerada. No solo en términos de representación técnica (una cuestión que suele estar bastante cubierta) sino en términos de posibilidad de participar, utilizar la palabra y recibir la decisión y el fundamento de la misma. Aún en procesos por audiencias, la tendencia de los tribunales revisores suele orientarse a comunicar sus resoluciones por escrito, sin presencia de las partes. La intermediación con quienes tienen interés en la resolución a la hora de dar las razones por las que se decide en uno u otro sentido, es una pauta de buen trato que no puede descuidarse.

2.2.5. La ejecución

La ejecución de la pena con una perspectiva de género requiere una consideración cuidadosa de cómo las diferencias de género impactan en la experiencia de cumplimiento de las penas. Integrar una perspectiva de género en esta etapa del proceso judicial puede ayudar a garantizar que las penas sean justas y efectivas, al mismo tiempo que se abordan las necesidades específicas y los desafíos que enfrentan las personas de diferentes géneros.

Las instalaciones penitenciarias deben estar equipadas para atender las necesidades físicas y psicológicas específicas de todos los géneros, incluidas áreas seguras y adecuadas para mujeres, hombres y personas transgénero. Esto incluye el acceso a servicios médicos que atiendan específicamente necesidades relacionadas con la salud reproductiva, así como tratamiento y apoyo para condiciones como el trauma por violencia de género.

Los programas de rehabilitación y reintegración deben diseñarse teniendo en cuenta las diferentes experiencias y necesidades de género. Por ejemplo, las mujeres pueden beneficiarse de programas que aborden específicamente el trauma y el abuso, mientras que los programas para hombres pueden enfocarse en la redefinición de roles de género y en el manejo de la agresión.

Debe haber políticas y procedimientos claros para prevenir y responder a la violencia sexual y de género dentro de las instalaciones penitenciarias. Esto incluye la capacitación del personal penitenciario en cuestiones de género y en la identificación y manejo de incidentes de violencia.

La ejecución de la pena debe tener en cuenta el impacto de la encarcelación en las familias y las comunidades, especialmente cuando las mujeres son cuidadoras primarias. Los programas que facilitan la vinculación familiar, como las visitas de los hijos y el apoyo a las relaciones familiares, son esenciales para la reintegración social efectiva.

También es necesario reconocer y abordar el impacto diferenciado que las penas pueden tener en personas de diferentes géneros. Por ejemplo, las penas largas pueden afectar desproporcionadamente a las mujeres con hijos, lo que requiere soluciones adaptadas.

3. La acusación y la perspectiva de género

En el contexto del proceso penal acusatorio y adversarial, la función de la acusación es determinante no solo para el desarrollo del caso sino también para la implementación efectiva de la perspectiva de género. La fiscalía, como principal impulsora de la acción penal, debe ejercer su rol asegurando que las cuestiones de género se integren adecuadamente en cada fase de su trabajo, desde la evaluación inicial de la evidencia hasta la formulación de los cargos y la presentación del caso en juicio.

La fiscalía debe desarrollar y aplicar criterios específicos para la evaluación de testimonios que consideren las experiencias y expresiones de género de las víctimas. Esto implica reconocer y ajustar las expectativas sobre cómo las víctimas de diferentes géneros pueden reaccionar ante el trauma o expresar su experiencia. Quienes integren el Ministerio

Público Fiscal deben recibir entrenamiento para entender y respetar estas diferencias, para evitar caer en juicios basados en estereotipos que puedan cuestionar la credibilidad de las víctimas de manera injusta.

Incorporar la perspectiva de género en la formulación de cargos es crucial. Quienes litigan desde la fiscalía deben considerar cómo el género puede haber influido en la comisión del delito y en su impacto sobre la víctima. Esto incluye reconocer actos de violencia de género y asegurar que los cargos reflejen adecuadamente la gravedad del impacto emocional y físico sobre la víctima.

También desde la acusación debe prestarse atención a las dinámicas de poder que pueden surgir durante el proceso penal, especialmente en casos de violencia de género. Esto significa ser conscientes de cómo las estrategias de defensa pueden intentar manipular estereotipos de género para desacreditar a las víctimas o justificar las acciones del agresor. La fiscalía tiene la responsabilidad de contrarrestar estas tácticas y de presentar un caso que respete la dignidad de la víctima.

Para llevar a cabo eficazmente estas tareas, es esencial que quienes integran el Ministerio Público Fiscal reciban formación continua en cuestiones de género. Esta capacitación debe cubrir no solo las bases teóricas de la perspectiva de género sino también proporcionar herramientas prácticas para aplicar estos principios en el análisis de casos y en la sala de juicio. La formación debe enfocarse en la mejora de habilidades para el manejo sensible y cuidadoso de las víctimas y en el entendimiento de las leyes relacionadas con la violencia de género.

4. La defensa y la perspectiva de género

La función de la defensa implica un desafío significativo cuando se trata de casos relacionados con la violencia de género. Este desafío se bifurca dependiendo de si la defensa representa a personas acusadas de ejercer violencia de género o a personas que, siendo víctimas de dicha violencia, se ven involucradas en actos delictivos, como en casos donde una mujer lesiona o mata a su pareja en un contexto de violencia doméstica prolongada.

En el primer escenario, de defensas que representan a personas acusadas por situaciones de violencia de género, quienes ejercen ese rol deben tener una comprensión clara de las leyes específicas sobre violencia de género y cómo estas se aplican. Esto es esencial para ejercer una defensa efectiva, sin caer en teorías del caso que generen cuestionamientos y resulten poco viables. En ese sentido, es necesario mantener un enfoque ético que equilibre la defensa efectiva de la persona acusada con el reconocimiento y respeto hacia la víctima. Esto incluye evitar estrategias que revictimicen o desacrediten injustamente a la víctima basándose en estereotipos de género.

En algunos casos, puede ser apropiado explorar opciones de resolución de conflictos que incluyan la mediación o acuerdos reparatorios, siempre que se haga de manera justa y consensuada, y reconociendo el daño causado a la víctima. Explorar estos escenarios de

forma cuidadosa y en consenso con la acusación, puede generar escenarios adecuados para la resolución del conflicto y la respuesta adecuada, minimizando el uso de la violencia estatal. El trabajo de escucha activa y recomendación legal apropiada a las personas imputadas es clave para lograr este tipo de desenlaces.

Con relación al segundo escenario, cuando se ejerce la representación de personas que fueron o son víctimas de violencia de género, es sumamente importante la contextualización del hecho delictivo. En casos donde la persona acusada ha cometido un delito en un contexto de defensa propia o como resultado de un largo periodo de abuso, es muy relevante que la defensa presente una narrativa completa que describa y sitúe adecuadamente los hechos. Esto puede incluir la presentación de evidencia sobre el historial de abuso y la situación psicológica de la persona acusada.

La defensa debe estar preparada para argumentar que la conducta de la persona acusada fue una respuesta a la violencia sufrida. Esto requiere un análisis detallado de las exigencias legales desde la perspectiva de género, refutando las razones para sostener interpretaciones tradicionales de la causa de justificación.

También es importante que la defensa trabaje en colaboración con servicios de apoyo a víctimas para asegurar que la acusada reciba la ayuda necesaria, tanto durante el proceso judicial como después, para la recuperación y reintegración social.

En ambos casos, la defensa debe estar profundamente informada y consciente de las dinámicas de género que influyen en la violencia y en las respuestas a esta violencia. Esto implica no solo una defensa legal estratégica y fundamentada, sino también una actuación que contribuya al respeto y a la justicia dentro del marco de la dignidad humana y los derechos de todas las personas involucradas.

5. La judicatura y la perspectiva de género

La judicatura desempeña un papel desde la imparcialidad en la toma de decisiones y la protección de las garantías. Incorporar una perspectiva de género en la actuación judicial es esencial para entender y abordar adecuadamente las cuestiones de género que puedan surgir durante el proceso (Pique y Fernández Valle, 2021, p. 125).

Quienes ejercen la judicatura deben tomar decisiones informadas por un entendimiento de cómo el género afecta los casos en que intervienen. Esto incluye no solo reconocer cómo las experiencias de vida diferenciadas por género pueden influir en la conducta de las partes, sino también en la interpretación de la evidencia presentada. En casos de violencia de género, por ejemplo, es central que la judicatura comprenda la dinámica específica del poder y el control, y cómo estos factores pueden afectar el comportamiento de la víctima y la persona acusada.

La judicatura debe también estar constantemente vigilante para identificar y corregir cualquier sesgo de género en el proceso judicial, dado que ello hace a la integridad del proceso. Esto incluye cuestionar y evitar el uso de estereotipos de género en la evaluación de

testimonios, argumentos y en la determinación de la credibilidad. Asimismo, asegurarse de que tanto la acusación como la defensa manejen sus casos de manera que se respete la dignidad de todas las personas involucradas, independientemente de su género.

Quienes ejercen la judicatura tienen la responsabilidad de manejar las audiencias de manera que se respeten los derechos de las personas atravesadas por desigualdades de género y se minimice su revictimización. Esto puede incluir decisiones sobre la forma en que se presentan las pruebas, especialmente en casos de violencia sexual o doméstica, donde la exposición detallada de los hechos puede ser particularmente traumática para las víctimas. La implementación de medidas como testimonios a través de videoconferencia o detrás de una pantalla puede ayudar a proteger a las víctimas de confrontaciones directas con el acusado.

Es imperativo que quienes ejercen la judicatura reciban capacitación regular en cuestiones de género. Esta formación debe abarcar desde los fundamentos de la igualdad de género y la no discriminación hasta aspectos más complejos como la aplicación de leyes que traten específicamente con delitos relacionados con el género. El objetivo es asegurar que la judicatura no solo sea consciente de las cuestiones de género, sino que también esté equipada para aplicar esos conocimientos de manera efectiva en su toma de decisiones.

En el contexto de la perspectiva de género, la judicatura también puede considerar la viabilidad de enfoques de justicia restaurativa, que buscan reparar el daño hecho a las víctimas y restaurar las relaciones sociales, en lugar de centrarse únicamente en el castigo.

6. Conclusiones

La integración de la perspectiva de género en el sistema de justicia penal no es meramente teórica: tiene profundas implicaciones prácticas. A través del análisis del proceso penal desde la investigación hasta la ejecución de la pena, este trabajo buscó describir cómo la perspectiva de género impacta en cada etapa del proceso, influyendo en decisiones prácticas, estrategias de litigio y en el enfoque de la judicatura. Cada uno de los puntos descritos podría extenderse en numerosas actividades y decisiones cotidianas.

La capacitación en perspectiva de género es central para todas las personas que intervienen en el sistema judicial. Esta formación no solo debe centrarse en los fundamentos de la igualdad de género y la no discriminación, sino también en la aplicación específica de estos principios a situaciones legales complejas y dinámicas, lo que es esencial para una aplicación adecuada de la justicia.

Mientras que la implementación de la perspectiva de género presenta desafíos importantes, especialmente en la adaptación de prácticas y protocolos legales existentes, también ofrece la oportunidad de reformar el sistema judicial de manera que sea más inclusivo, cuidadoso y justo. Esto es particularmente relevante en la lucha contra la violencia de género, donde un enfoque informado y sensible puede mejorar los resultados para las víctimas. A la luz de los principios de equidad y reparación, la perspectiva de género también

promueve la adopción de enfoques de justicia restaurativa. Estos enfoques no solo buscan castigar el delito, sino también restaurar las relaciones y reparar los daños causados, lo cual no debe perderse de vista en casos de violencia y de género.

Este trabajo es un llamado a adoptar y profundizar el compromiso con la perspectiva de género en el sistema judicial. Solo a través de un compromiso renovado y una acción vigorosa podemos esperar alcanzar un sistema de justicia adecuado a las exigencias de este tiempo.

Bibliografía

- Arduino, I. (2023). *Violencias de género y respuestas de la justicia penal. Un mapeo federal de impacto a 10 años del caso "Góngora"*. Editores del Sur.
- Binder, A. (2014). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Coordinación Editorial.
- Carrera, M. L. (2021). Imputadas por delitos de drogas: criminalización de las mujeres presas por sus parejas. En d. I. Fuente, J. E. y Cardinali, G. I. (Eds.): *Género y derecho penal*, 325-347. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Childs, M., y Ellison, L. (Eds.). (2000). *Feminist Perspectives on Evidence*. Cavendish.
- Lorenzo, L. (2020). La teoría probatoria a lo largo del proceso penal. En *Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso*, 438. Editores del Sur.
- Lorenzo, L. (2024). Los estereotipos en la cotidianeidad judicial. Una mirada posible desde las prácticas. En *Estereotipos de género en la justicia*, 196). Ad Hoc.
- Ossola, N. J., y Lopardo, M. (2019). *Desafíos para la defensa en el Código Procesal Penal Federal: de la investigación al control de la acusación*. Editores del Sur.
- Pique, M. L., y Fernández Valle, M. (2021). La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género. En Ronconi, L., Clérico, L., Herrera, M., Fernández, S. E., d. I. Torre, N. y Videtta, C. A. (Eds.): *Tratado de géneros, derechos y justicia: Derecho constitucional y derechos humanos*, 123-149. Rubinzal-Culzoni Editores.

Violencia institucional de género. Detenciones flagrantes de mujeres cis y trans en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Larisa Paula Zerbino¹

Asociación Pensamiento Penal, Argentina.

RECIBIDO: 27 de octubre de 2024

ACEPTADO: 23 de diciembre de 2024

Resumen

En el presente artículo nos aproximaremos a la situación de violencia de género institucional a las que son sometidas las mujeres cis y trans que son detenidas en el proceso de flagrancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La creciente criminalización como muestra de la política criminal del territorio porteño y el operativo de orden y limpieza de la Ciudad, han intensificado no solo la cantidad de detenciones de las personas que “molestan” en el paisaje urbano sino que se han retrotraído los mecanismos de protección hacia las mujeres cis y trans. Las mujeres cis y trans, las que están en situación de calle, las trabajadoras sexuales y aquellas que ejercer un trabajo informal son el eslabón más débil de una violencia institucional de género que esta tolerada por la práctica policial y judicial. PALABRAS CLAVES: mujeres cis; mujeres trans; género; violencia institucional; comisarías.

Abstract: “Institutional gender violence: flagrant detentions of cis and trans women in the Autonomous City of Buenos Aires”

In this article, we will approach the situation of institutional gender violence faced by cis and trans women who are detained during the flagrancy process in the Autonomous City of Buenos Aires. The increasing criminalization, as a demonstration of the criminal policy of the city and the cleanliness and order operation, has not only intensified the number of

1. Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA). Doctoranda en Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de General Sarmiento e Instituto de Desarrollo Económico y Social (UNGS/IDES). Y Maestranda en Criminología en la Universidad Nacional de Quilmes (UNQUI). Secretaria General de Asociación Pensamiento Penal (APP) y Defensora Auxiliar de Flagrancia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

detentions of people who "disturb" the urban landscape but also has regressed the protection mechanisms for cis and trans women. Cis and trans women, those who are homeless, sex workers, and those who work in informal jobs are the weakest link in a chain of institutional gender violence tolerated by police and judicial practices.

KEYWORDS: cis women, trans women, gender, institutional violence, police stations.

1. Introducción

El 27 de febrero de este año los diarios nacionales y las redes sociales se hicieron eco de un anuncio esperado, el presidente Milei prohibiría el uso del lenguaje inclusivo y "todo lo referente a la perspectiva de género".² Meses más tarde, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Argentina votó en contra de intensificar los esfuerzos para erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas.³ Diría que nada de estos anuncios nos sorprende, pues si hacemos un análisis de la violencia que se propaga en este gobierno liberal, porque acaso iban a estar exceptuadas las mujeres y las niñas. Sin embargo, más allá del discurso político y del trato banal que se les otorga a las violencias, estas posiciones adoptadas por el Estado resultan un lamentable retroceso para la lucha feminista –y de los movimientos sociales que forjan la lucha desde las bases– que aquello que fue puesto en la letra de la ley sea avasallado sin más.

Ahora bien, luego de esa breve introducción, el presente trabajo aborda muy sucintamente la situación de las detenciones flagrantes de las mujeres cis y trans en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la carencia de perspectiva de género en las primeras horas de detención, pero para ello y aunque resulte repetitivo he de mencionar que hablamos cuando hablamos de perspectiva de género y porque es tan necesaria su aplicación.

2. ¿Perspectiva de género sí o no?

Irónicamente el título de este acápite nos permite aclarar que la perspectiva de género no es una opción sino una obligación estatal, que ha sido receptada por nuestra Constitución Nacional. En primer lugar, podemos decir que el concepto "perspectiva de género", surge de las "Conclusiones convenidas 1997/2" del Consejo Económico y Social de la ONU, que la define en el punto "I. Conceptos y Principios; A. Definición del concepto de incorporación de la perspectiva de género":

La incorporación de la perspectiva de género es el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada,

2. <https://elpais.com/argentina/2024-02-27/milei-anuncia-la-prohibicion-del-lenguaje-inclusivo-y-de-todo-lo-referente-a-la-perspectiva-de-genero.html>

3. <https://www.pagina12.com.ar/782756-la-argentina-de-milei-es-el-unico-pais-que-se-pronuncio-en-l>

inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros. (p. 24)⁴

“ONU-Mujeres”⁵ sostiene que alcanzar la igualdad de género es el objetivo de desarrollo general a largo plazo, mientras que la incorporación de perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos así como procesos institucionales que se adoptan para alcanzar ese objetivo. Es decir, puede pensarse como una herramienta transformadora e integradora de las políticas públicas, normas, prácticas y etc. (Zerbino, 2023).

Asimismo, con el tiempo, el concepto se adaptó y surgieron otras definiciones que indican que la perspectiva de género es una forma de ver y comprender la sociedad, que permite identificar y visibilizar las relaciones de poder entre los géneros, como así también permite cuestionar la discriminación, las desigualdades y la exclusión de las mujeres y diversidades. Pero a su vez, para lograr entender las diferentes relaciones de poder, las opresiones y desigualdades estructurales, es necesario poder analizar la categoría “género” junto con la clase, la raza, y el sexo, es decir lo que conocemos como el “enfoque interseccional” (Zerbino, 2023).⁶ La perspectiva de género entonces, implica repensar todos los espacios y las prácticas estatales, las políticas públicas, repensar el campo penal y repensar los procedimientos legales, entre los cuales está la flagranza.

En este orden de ideas, y para responder la pregunta que contiene el título, debemos comenzar con la afirmación de que la aplicación de la perspectiva de género no es una cuestión discrecional sino una obligación asumida por el Estado. Ello surge de diversos instrumentos internacionales como también de la jurisprudencia de la CIDH. Entre la normativa internacional podemos mencionar la “Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación” (CEDAW);⁷ a nivel nacional la ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

4. https://digitallibrary.un.org/record/271316/files/A_52_3_Rev-1-ES.pdf

5. <https://www.unwomen.org/es>

6. Se refiere a la interacción entre género, raza y otras categorías de diferenciación en la vida de las personas, en las prácticas sociales, en las instituciones e ideologías culturales. Son interacciones visibilizadas en términos de poder. (Crenshaw, 1998).

7. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18/12/1979. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf

las Mujeres”;⁸ y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 4203.⁹ En consecuencia, las obligaciones asumidas por nuestro país, mediante la ratificación y la jerarquización constitucional de normas de derecho internacional de los derechos humanos, obligan a generar cambios, entre otras cosas, en el proceso penal (desde que una persona es detenida hasta que agota la pena impuesta). Esto no solo implica la reafirmación de la igualdad de género frente a los derechos, sino en la incorporación de medidas que los Estados deben llevar a cabo, con el fin de cumplir con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico. De estos fines normativos, para garantizar las obligaciones asumidas por el Estado, es que surge el concepto de “perspectiva de género” (Zerbino, 2023).

Otros instrumentos normativos, como la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” o la “Convención *Belém Do Pará*”¹⁰ de 1994, también infieren la necesidad de garantizar la aplicación de la perspectiva de género. Específicamente, la “Convención *Belém Do Pará*” lo efectúa a través del reconocimiento de patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer en todas sus formas. Asimismo, en la jurisprudencia internacional, a partir de los fallos de la CIDH: “Campo algodonero (González vs México)”;¹¹ “Caso Loayza Tamayo vs Perú”;¹² “Manuela vs El Salvador”;¹³ y en “Vicky Hernández vs Honduras”,¹⁴ se resalta la importancia y obligatoriedad de este principio.

Como ya se dijo aquí, a nivel nacional el Estado se comprometió a darle cumplimiento a las obligaciones asumidas mediante la ley 26.485, en la que se enmarcan otras leyes nacionales que reconocen y hacen efectivos los derechos de las mujeres y diversidades; por nombrar algunas, la ley de identidad de género, cupo laboral trans, asignación universal por hijo y asignación universal por embarazo, ley Micaela y etc. Esta última, de modo específico cobra vital importancia porque obliga a quienes forman parte de las distintas agencias del Estado a capacitarse en cuestiones de género y diversidad (Zerbino, 2023).

Hasta aquí, entonces, expusimos breves explicaciones que nos permiten identificar de dónde surge la obligación estatal en cuanto a la aplicación de la perspectiva de género;

8. Sancionada el 11/3/2009. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

9. Sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 28/6/2012. <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/198024#:~:text=%2D%20La%20Ciudad%20de%20Buenos%20Aires,que%20desarrollen%20sus%20relaciones%20interpersonales%22>

10. Aprobada el 6/9/1994 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

11. Sentencia de 16/11/2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

12. Sentencia de 17/9/1997. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

13. Sentencia del 2/11/2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf

14. Sentencia del 26/3/2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_422_esp.pdf

normativa acogida por nuestro país y que los diferentes colores políticos de los gobiernos de turno no deberían desconocer, pues la aplicación de la perspectiva de género no es otra cosa que una pauta de interpretación constitucional.

3. Perspectiva de género y violencia institucional

Antes de abordar la problemática de la violencia institucional, debemos recordar que nuestro país se comprometió a erradicar la violencia contra las mujeres y ello incluye, por supuesto, la violencia ejercida a través de prácticas estatales, en todas sus formas. En el tema que nos ocupa, hablar de violencia institucional implica reconocer que las prácticas policiales y judiciales –aunque aquí solo me centraré en el proceso de flagrancia– muchas veces son parte del problema, y ello específicamente, porque en general dichas prácticas se “vendan los ojos” cuando se trata de mujeres cis y trans, sin distinción alguna. Es importante recordar que la normativa internacional y nacional aplicable remarca la necesidad de observar sus necesidades específicas, como la ya mencionada “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), que sostiene que las mujeres encarceladas deben recibir capacitación profesional y que el acceso a programas laborales y de estudios deben ser igualitarios, como también el acceso al deporte y la recreación. También afirma el derecho a recibir información sobre cuestiones de salud, incluida la reproductiva.

Las “Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, conocidas como “Reglas de Bangkok”¹⁵ y las “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”,¹⁶ y a nivel local las recomendaciones del “Comité Nacional de Prevención de la Tortura” y la “Recomendación VI/2016 del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles”,¹⁷ también son instrumentos que han de aplicarse para garantizar el acceso a derechos de las mujeres y diversidades privadas de libertad, remarcando la necesaria aplicación de la perspectiva de género para ello. La “Convención *Belém do Pará*”, establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia y que toda mujer privada de libertad se encuentra en estado de vulnerabilidad a la violencia.

Por otra parte, en las “Reglas de Bangkok” se establecen las necesidades especiales de las mujeres privadas de libertad para lograr –en lo sustancial– la igualdad entre los sexos; y

15. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/3/2011. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

16. Aprobadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia el 6/3/2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

17. Aprobada el 24/3/2016. <https://sistemacontrolcarceles.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/Recomendaci%C3%B3n-VI-mujeres.pdf>

en los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” –“Principios de Yogyakarta”–,¹⁸ se recogen una serie de postulados relativos a la orientación sexual e identidad de género con la finalidad de guiar la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT). Las Reglas mencionadas, sostienen que debe prestarse especial atención a las mujeres que ingresan a la cárcel y que denuncian abusos o violencia anterior, que debe darse acceso inmediato al apoyo psicológico. Luego, hacen hincapié en el acceso a la higiene personal, al derecho a ser atendida por una profesional médica del mismo sexo, a la salud mental, como al debido tratamiento del VIH, del consumo problemático y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres extranjeras. Y agregan también, que el personal penitenciario debe estar capacitado en cuestiones de género. Por último, las “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, acogidas por la acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia, establecen que el género y la privación de libertad constituyen, de modo inexorable, condiciones de vulnerabilidad –es decir, como una de las condiciones que determinan la desigualdad en el ejercicio y el acceso a derechos– y en ese camino, sostiene que debe evitarse la revictimización y actuar de manera interdisciplinaria.

En definitiva, existen variadas herramientas jurídicas como obligaciones asumidas por el Estado, que de forma indefectible nos obliga a aplicar la perspectiva en todo el ámbito estatal y, como ya dijimos, los procedimientos judiciales no están exentos de ello.

4. Detenciones de mujeres en el proceso de flagrancia en CABA

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se nos presenta como un territorio en disputa. En el conglomerado porteño, el actual jefe de gobierno, Jorge Macri, hizo un llamamiento a “limpiar las calles” de personas que se encuentran “en situación de calle” y de todas aquellas personas que “molesten” a los vecinos de la ciudad.¹⁹ Ello, aun cuando la Ciudad de Buenos Aires se ha convertido en un espacio con carencias en el derecho al hábitat digno y, en general, frente a todos los derechos fundamentales. Por ello, entendemos que la criminalización de las mujeres cis y las trans creció en la agenda política cuando se traspasaron al ámbito judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los delitos relacionados con la tenencia y la comercialización de estupefacientes establecida en la ley 23.737. La política criminal sostenida por la Ciudad de Buenos Aires, continúa desde hace unos años

18. Elaborados por la Organización de Naciones Unidas en el 2006, y presentado en el Consejo de las Naciones Unidas el 27/3/2007.

19. https://www.tiempoar.com.ar/ta_article/jorge-macri-barre-a-las-personas-en-situacion-de-calle-para-mantener-limpia-la-ciudad/

recrudeciendo la persecución de estos delitos y, por supuesto, con ello, la detención de las mujeres cis y trans.

Según el “Trigésimo primer reporte mensual sobre el alojamiento en alcaidías y comisarías de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, de la Procuración Penitenciaria Nacional,²⁰ hacia el 31 de octubre de este año se alojaban en las cuarenta alcaidías, diecisiete comisarías y en el centro de contraventores, un total de 2.258 personas privadas de libertad, de las cuales el 4,9% se encuentran a disposición de la justicia porteña; es decir, unas 110 personas privadas de libertad. De esta forma, las mujeres privadas de libertad a disposición del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representan un 6,4 %, frente al 88,5% de detenciones de la justicia nacional y el 5,1 % de la justicia federal. Estos datos fueron relevados por la Procuración Penitenciaria, pero refiere a las mujeres alojadas bajo la modalidad de prisión preventiva y/o condenadas. Sin embargo, no refleja las estadísticas relacionadas con las detenciones de las mujeres cis y trans en flagrancia que son liberadas entre 24 y 48 horas después.

Para entender cómo funciona el alojamiento provisorio, hay que comprender cómo se comporta el proceso de flagrancia en la Ciudad de Buenos Aires. Este proceso se inicia cuando se efectúa la detención de una persona, se consulta con la fiscalía de flagrancia que se encuentra de turno y se notifica al juzgado y defensa interviniente. Desde ese momento, la persona detenida inicia un circuito que consta en el traslado a la Oficina Central de Identificación, revisión por médico legista y demás diligencias que suele completarse entre las 6 y 8 horas desde el momento de la detención, para luego ingresar a la persona en la comisaría. Durante todo ese circuito, en el que los/as detenidos/as circulan por la Ciudad en un patrullero, se recrudecen las situaciones de violencia institucional; horas esposados/as, sin comer, sin descender del patrullero y sin poder acceder a un baño, tratos definidos como “verdugueos”, golpes y demás vulneraciones. Estas situaciones de violencia institucional se recrudecen en el caso de las mujeres cis y trans, que deben esperar en la comisaría que intervino en el hecho delictivo hasta que se le asigne un cupo en las alcaidías habilitadas para ser alojadas, lo que en muchas ocasiones no sucede y terminan siendo alojadas en cocinas, casinos, baños, oficinas y etc. Y ello, en las comisarías donde se alojan varones. Según el Código Procesal Penal de CABA, el fiscal debería realizar la audiencia de intimación en el plazo de 24 horas, prorrogable –cuando motivos de complejidad en la investigación de la causa así lo requiera– por otras 24 horas más, si es que no hubiese motivos que permitan inferir que deba permanecer el proceso penal detenido/a de modo cautelar. Es decir, que aquellas personas a las que se liberan luego de la audiencia de intimación, fueron alojadas provisoriamente por el término de 24 o 48 horas en comisarías y alcaidía de CABA.

20. <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3738-trigesimo-primer-reporte-mensual-sobre-alojamiento-en-alcaldias-y-comisarias-de-la-ciudad-de-buenos-aires>

Es entonces que con el crecimiento de las detenciones de las mujeres cis y trans en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no solo se recrudeció la violencia institucional en los procedimientos policiales, sino también en las condiciones de detención. Frente al colapso de detenidos y detenidas en las comisarías y alcaidías no cumplen con los requerimientos adecuados para el alojamiento –aunque sea por escasas horas– de las mujeres cis y trans. Dada la situación crítica, en el marco del habeas corpus interpuesto por la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,²¹ el 17 de marzo de 2020, la jueza interviniente ordenó:

I) DISPONER que una vez convalidada la detención de una mujer cis o trans, esta deberá tener inmediato ingreso en la Alcaidía 1 de la Policía de la Ciudad, o en otra que se determine, con cupo exclusivo para dichas personas, donde deberán llevarse a cabo todas las diligencias necesarias que demanda el trámite de flagrancia (vgr. antecedentes, médico legista, etc.), y en caso de dictarse su prisión preventiva o la condena, el alojamiento en dichos sitios hasta tanto se otorgue el correspondiente cupo en alguna de las unidades carcelarias del sistema federal; y II) DISPONER que todas las mujeres cis y trans alojadas en dependencias de la Policía de la Ciudad, con situación procesal resuelta, deberán tener inmediato ingreso al Servicio Penitenciario Federal, una vez que se encuentre completo el legajo exigido por dicho Servicio y el oficio correspondiente que así lo ordena, suscripto por el/la juez/a, a cuya disposición se encuentra detenida la persona imputada.

Es decir, que mediante esta presentación judicial se buscó evitar que las mujeres cis y trans estuvieran circulando horas en patrulleros, a fin de completar los trámites inherentes a la detención y con ello prevenir posibles situaciones de violencia institucional de género. Sin embargo, la manda judicial no alcanzó para reforzar la debida diligencia en este caso, pues según el informe realizado por la Secretaría Letrada de Violencia Institucional de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se registró durante el año 2023 un total de 1.632 hechos de violencia institucional; de esta cifra, 234 hechos fueron sufridos por mujeres, 80 hechos por mujeres trans y 1.311 por varones.²² De las mujeres, el 79% son de nacionalidad extranjera y el 21% de nacionalidad argentina, en el caso de las mujeres trans, el 45% son extranjeras y el 55% de nacionalidad argentina. Ese mismo informe, revela que de los 234 hechos de violencia institucional sufridos por mujeres, solo se denunciaron 14 hechos y en el caso de las mujeres trans solo 9. Consecuentemente, ese

21. Interpuesto ante el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nº 3, el 20/6/2020.

22. Informe gráfico de la Secretaría Letrada de Violencia Institucional 2023. <https://lookerstudio.google.com/u/0/reporting/cfa17d81-e2e9-4d99-b96b-2f63dd54392d/page/4Jz3C>

mismo informe muestra que la mayoría de los hechos de violencia institucional de género transcurrió en las Comisarías 1 C y 1 B situadas en la zona de Constitución y San Telmo, zonas donde muchas de las mujeres cis y trans ejercen el trabajo sexual y con ello el narco-menudeo.

Ahora bien, si bien no existen estadísticas oficiales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de la cantidad de detenidos y detenidas que se criminalizan diariamente, es dable observar la distancia entre la cantidad de mujeres cis y trans alojadas en prisión preventiva y condenadas, de las denuncias efectuadas por violencia institucional de género. Es decir, que con las estadísticas referidas a los casos de violencia institucional, podemos pensar en un número aproximado de mujeres cis y trans, que “circulan” por las comisarías y alcaidías por un término de 24 y 48 horas, que se encuentran expuestas a la violencia policial.

En definitiva, la expansión de la criminalización que llevaba a cabo en la Ciudad de Buenos Aires en los últimos años, sumado a ello al procedimiento de flagrancia aplicado en la justicia nacional, y la puja política entre la Ciudad y el Servicio Penitenciario Federal para alojar a detenidos y detenidas a disposición del Poder Judicial de la Ciudad, han convertido a las comisarías y alcaidías en unidades de detención permanentes que no cumplen con los estándares para el respeto y la garantía de los derechos humanos de habitabilidad ni de dignidad. Así fue denunciado por el Mecanismo Local de Prevención de la Tortura de CABA el 21 de abril de 2020, por cuanto expresó en su Recomendación I/2020 a jueces y fiscales a: “tener presente la imposibilidad del Estado de garantizar la integridad física de personas detenidas, antes de dictaminar en forma negativa o resolver rechazando solicitudes de libertad asistida, libertad condicional o prisión domiciliaria”.²³ Las condiciones de habitabilidad de las comisarías y alcaidías empeoraron frente a los insuficientes ingresos de los/las detenidos/as en el Servicio Penitenciario Federal, y al número creciente de personas privadas de libertad. A su vez, esta situación generó que estos lugares de alojamiento dejen de ser provisorios para ser prolongados, dando lugar a improvisar otros espacios de alojamiento dentro de las comisarías. Esos espacios son lugares de uso común que no tienen ningún tipo de infraestructura acorde, y en los que se alojan detenidos/as diariamente; y que han sido relevados e identificados por el Mecanismo Local para la Prevención de la Tortura (MLPT) como lactarios, oficinas, casinos, baños, pasillos, y etc.; en donde permanecen los/las detenidos/as a la espera de una resolución judicial y también, como ya mencionamos, donde son alojadas las mujeres cis y trans a efectos de estar separadas de la población de varones.

Estos espacios, no solo son lugares inhabilitados judicialmente, sino que no cumplen con las medidas de seguridad lo que genera que quienes se alojen allí se encuentran esposados/

23. <https://www.calameo.com/defensoriacaba/books/002682399130c4aabd0db>

as constantemente. La situación descrita no solo es sumamente peligrosa para los/las detenidos/as, sino que también lo es para los/las celadores/as que trabajan en las dependencias, dado que el agravamiento de las condiciones de detención ha generado variados reclamos de los/las detenidos/as, incluso produciéndose tomas y fugas de las comisarías.

En el mismo sentido, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un territorio hostil para las mujeres cis y trans, no solo porque se despliega una política criminal espejo de la política pública denominado “operativo limpieza”, sino porque se vislumbran escasas políticas públicas que intensifiquen la erradicación de la violencia contra la mujer. Entonces, no podemos denominar a esas violencias sufridas durante la detención y durante el alojamiento –aunque sea por escasas horas– solo como “violencia institucional”, sino que se debe prestar especial atención al tipo de violencia que se está describiendo cuando hablamos de mujeres cis y trans, por eso parece más justo e incluso adecuado, hablar de “violencia institucional de género”.

5. Las cosas por su nombre: violencia institucional de género

El concepto de violencia institucional es un concepto que, de modo más general, ha sido más relacionado con los casos de violencia policial conocidos como “gatillo fácil”. Pita (2017), sostiene que el concepto de violencia institucional es una categoría política local que reúne las experiencias situadas, históricas y la experiencia del territorio. Así, sostiene la autora que esa categoría nativa política es el resultado de la articulación entre la acción de los familiares de las víctimas de gatillo fácil, los movimientos de derechos humanos y la acción colectiva como el litigio y el debate. Por otro lado, Bermúdez y Villarreal (2020) sostienen que la categoría violencia institucional excede a la cuestión legal, y abarca entramados más complejos: no solo el abuso y hostigamiento policial, la violencia física y verbal, sino también los discursos de la clase política dominante en los medios de comunicación.

Estos autores, por otra parte, sostienen que la violencia institucional no requiere, en forma necesaria, prácticas ilegales, sino que en su mayoría están inscriptas en normas naturalizadas o incluso hasta parecieran ser legítimas. Las detenciones para averiguación de antecedentes, o por contravenciones y faltas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, obedecen a normas jurídicas de baja jerarquía, pero que tienen un poder de policía amplio y en algunas circunstancias, arbitrario. De hecho, creemos que las detenciones policiales (por ejemplo las que se llevan a cabo junto con el “Espacio Urbano” del Gobierno porteño, en las que “invitan” amablemente a las personas en situación de calle a que se retiren del lugar de pernocte en la vida pública, y cuando se niegan son detenidos por el delito de desobediencia a la autoridad –art. 239 CP–) se inscriben en esta matriz descrita por Bermúdez y Villarreal. Resulta complejo definir con total precisión qué entendemos por violencia institucional, pero si seguimos la definición sobre el Estado moderno de Max Weber (2014 [1922]), en la que sostiene que su característica

esencial es monopolizar el uso de la violencia física, podemos decir entonces que violencia institucional es el uso “arbitrario” de la fuerza que ejercen los funcionarios/as públicos, y que por lo tanto resulta ilegal en el marco de un Estado democrático de derecho.

Por otra parte, fue el reconocimiento y la necesidad de erradicar la violencia y discriminación contra las mujeres la que definió ampliamente el concepto de “violencia institucional”, la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485, en su artículo 6°, inciso b), define la violencia institucional:

como aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agencias pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin, retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

En este sentido, el concepto ampliado de la ley mencionada abre extensas posibilidades de “llamar por su nombre” aquellas prácticas que configuran una violencia institucional de género, por entender que las mujeres cis y trans están, por su condición de vulnerabilidad, más expuestas a cualquier tipo de violencia. Busso (2022), sostiene que se podrá entender por violencia institucional a las prácticas coactivas o restrictivas de derechos que despliega el Estado a través de sus agentes, que resultan ilegítimas a la luz de principios constitucionales o de tratados de derechos humanos. En cuanto al sujeto activo (es decir, quiénes pueden incurrir en violencia institucional), según las definiciones abordadas puede existir una interpretación amplia o restringida. Una interpretación amplia incluye a cualquier práctica reprochable de un miembro de una institución (estatal, sindical, empresarial).

En ese orden de ideas podemos decir que así como la ley 26.485 propone una conceptualización más amplia de “violencia institucional”, la debida diligencia establecida por los instrumentos internacionales y la ley mencionada debe ser más exigente cuando quien ejerce violencia –de cualquier tipo– contra las mujeres cis y trans son las agencias y agentes del Estado. No hay dudas, que las mujeres cis y trans detenidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el proceso de flagrancia, están expuestas a innumerable situaciones que deben entenderse como violencia institucional de género, pues la inobservancia a sus necesidades específicas, como por ejemplo en el alojamiento separado de varones, es una de las prácticas policiales –avaladas por la práctica judicial– más comunes. Estas inobservancias han encendido las alertas por cuanto, en incumplimiento a esta regla, en el año 2022 una mujer trans fue abusada sexualmente por varones durante una protesta en la Comisaría 3A del barrio de Balvanera, porque

no fue alojada en una alcaidía habilitada para tal fin.²⁴ Es entonces que, como un ejercicio político, sostenemos que más allá de desplegar todos los canales necesarios para la defensa de las mujeres cis y trans ante los abusos policiales, debe nombrarse en voz alta y clara que mediante la policia pública y criminal de la Ciudad de Buenos Aires se ejerce violencia institucional de género contra sus ciudadanas; y es más, se ha convertido ello en una política que es avalada o silenciada de forma constante por los medios de comunicación.

6. Conclusiones

En este breve artículo hicimos un recorrido sobre la situación de las mujeres cis y trans detenidas en el proceso de flagrancia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y sobre la falta de perspectiva de género desde su detención como también en sus condiciones de detención. La política criminal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no solo embistió de lleno contra las obligaciones asumidas por el Estado Nacional y la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la ley 4.203, sino que profundiza directamente la violencia institucional de género.

De esta forma, y ante la creciente criminalización de las mujeres cis y trans en el territorio porteño, resulta necesario poner en palabras lo que en verdad significa en las experiencias de vida de quienes padecen una “saturación de poder”, siguiendo a Butler y Spivak (2009, pp. 65-66)”. La falta de atención de las necesidades de las mujeres cis y trans al momento de la detención y en el alojamiento, más la carencia de políticas públicas que coadyuven a descender la criminalización, indican que el propio Estado, que debería protegerlas, en realidad las violenta selectivamente. La violencia institucional de género, son aquellas violencias –que pueden ser físicas, psicológicas, simbólicas y etc.– perpetradas por agencias y agentes del Estado. De esta forma, creemos que mencionar las cosas por su nombre visibiliza y demuestra que a la hora de intensificar los mecanismos para erradicar la violencia contra la mujer, el Estado debe reforzar la obligación de la debida diligencia de prevenir, investigar y sancionar, cuando el sujeto activo de dichas violencias son agentes, funcionarios y organismos del Estado.

En ese sentido, en el actual escenario político donde la perspectiva de género es valorada como una imposición caprichosa e ideológica de gobiernos de signo político e ideológico opuestos; y no como una pauta hermenéutica constitucional establecida, las mujeres cis y trans están aún más desamparadas. Y no solo porque estamos frente a un corrimiento de las políticas públicas esenciales para prevenir la violencia contra la mujer, sino porque se cristalizan las prácticas judiciales violentas al momento de investigar y llevar adelante

24. <https://www.cels.org.ar/web/2022/03/hacinamiento-en-comisarias-abusan-de-una-mujer-trans-durante-una-protesta/>

sus procedimientos burocráticos. Así, la contención de las víctimas de violencia género es cada vez menor, y las mujeres cis y trans son criminalizadas por fuera de todo marco normativo protectorio. Solo nos queda, desde donde podamos, seguir poniendo en palabras lo que no se nombra y seguir reclamando lo que es justo.

Bibliografía

- Bermúdez, N. y Villarreal, A. (2020). Crueldades, insensibilidades y acumulación de violencias. Un análisis antropológico sobre la violencia institucional como categoría nativa. *Revista de la Escuela de Antropología, XXVII. Dossier: Antropología jurídica: investigar el campo penal desde una perspectiva local*. <https://doi.org/10.35305/revistadeantropologia.v0iXXVII.115>
- Busso, M. (2022). ¿Qué entendemos por violencia institucional? *Ab. Revista de Abogacía, VI(11)*, 101-113. Universidad Nacional de José C. Paz. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/article/view/1408/1318>
- Butler, J. y Spivak, G. Ch. (2009). *¿Quién le canta al estado-nación? Lenguaje, política, pertenencia*. Paidós.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review, 43(6)*, 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- Pita, M. V. (2017). Pensar la violencia institucional: vox populi y categoría política local. *Espacios de crítica y producción, 53*, 33-42. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto del Teatro, UBA.
- Weber, M. (2014). *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica [1922].
- Zerbino, L. (2023) . Perspectiva de género e informes criminológicos Una mirada obligatoria y necesaria. *Estudios Sociales de Derecho y Pena. Revista del Instituto de Criminología, 1*, 26-40. <https://revistasacademicas.unsam.edu.ar/index.php/dyp/article/view/1335/3280>

RESEÑAS

Acerca de *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del Derecho*, de María Gabriela Scataglini. Marcial Pons, 2021

Alejandro Guevara Arroyo¹

Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Resumen

En su notable obra *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini busca elucidar la práctica profesional del Derecho como una forma de seguimiento de reglas, con énfasis en el ámbito de la adjudicación judicial. La obra, que se divide en tres partes, se fundamenta en el pensamiento de Wittgenstein, Hart y Brandom, entre otros, y analiza cómo el seguimiento de reglas implica necesariamente un trasfondo normativo que no puede expresarse de manera explícita, el cual está encarnado en las prácticas mismas. El marco conceptual desarrollado por la filósofa ilumina de manera novedosa diversas facetas de la práctica de aplicar el derecho, refinando, por ejemplo, el esquema estándar entre casos fáciles y casos difíciles. En la tercera parte, Scataglini explora el inferencialismo y el expresivismo lógico, proponiendo que la práctica de “dar y pedir razones” en el ámbito judicial puede ser entendida como un proceso dinámico, donde la corrección de las decisiones se basa en compromisos normativos asumidos por los actores involucrados, lo que contribuye a una mejor comprensión de la adjudicación y la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE: normatividad; inferencialismo; preconvenciones; aplicación del derecho.

Abstract

In her remarkable work *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini seeks to elucidate the professional practice of law as a form of rule-following, emphasizing the realm of judicial adjudication. The work, which is divided into three parts, is grounded in the thought of Wittgenstein, Hart, and Brandom, among

1. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Magíster en Filosofía del Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctorando en Derecho, Área de Teoría del Derecho, de la Facultad de Derecho de la UBA. Correo electrónico: alejandro.guevaraarroyo@ucr.ac.cr. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-9553-7049>

others, and analyzes how rule-following necessarily involves an unexpressed normative background that cannot be articulated explicitly, which is embodied in the practices themselves. The conceptual framework developed by the philosopher sheds new light on various facets of the practice of applying the law, refining, for example, the standard scheme between easy and hard cases. In the third part, Scataglini explores inferentialism and logical expressivism, proposing that the practice of “giving and asking for reasons” in the judicial realm can be understood as a dynamic process, where the correctness of decisions is based on normative commitments assumed by the involved actors, contributing to a better understanding of adjudication and legal practice.

KEYWORDS: normativity; inferentialism; preconventions; application of law.

1. Introducción

La práctica profesional del Derecho incluye necesariamente la aplicación de normas jurídicas que guían las acciones de jueces, abogados y litigantes. No hace falta explicar aquí por qué las personas profesionales en Derecho consideran relevantes dichas normas. Lo que interesa es notar que *es un hecho* que es así. Por ejemplo, un juez puede ordenar la restitución de un bien basándose en el Derecho vigente, un litigante apoya sus pretensiones en testimonios clave según las normas procesales, y una abogada utiliza jurisprudencia para definir términos legales cruciales en su caso. Parece difícil poner en duda que las acciones que caen bajo estas descripciones son formas de aplicación de normas jurídicas. De la misma manera, resulta intuitivo decir que la aplicación de normas jurídicas es una especie de seguimiento de dichas normas.

En su notable obra *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini toma esta clase de hechos como objeto de reflexión filosófica. La autora pretende sacar a la luz lo que ya está implícitamente asumido en el ámbito del Derecho (2021, p. 18). Toma como punto de partida el hecho fenoménicamente indudable de ciertas prácticas y acciones y, de ahí, conjetura –de manera filosóficamente refinada– los presupuestos que las guían y determinan. Este enfoque metodológico se conoce en filosofía como *elucidación*.

Scataglini se apoya en el pensamiento del último Wittgenstein, tanto en su metodología como en los conceptos filosóficos que emplea. A través de una interpretación particular de la obra del filósofo austríaco, busca arrojar nueva luz sobre cuestiones tradicionales de la teoría del Derecho, especialmente en lo referente a la adjudicación judicial. Claramente, la obra discurre en un nivel considerable de abstracción y especialización filosófica. A continuación, se sintetizan los puntos centrales de la obra de Scataglini, complementados con algunas breves consideraciones críticas.

2. Primera Parte: Sobre Wittgenstein y el Seguimiento de Reglas

La obra se divide en tres partes. La primera está dedicada a reconstruir puntos clave del

pensamiento de Wittgenstein (Scataglini, 2021, pp. 27-72). Vale la pena rescatar algunos de los asuntos que presenta:

a) La principal obra del periodo tardío de Wittgenstein se titula *Investigaciones Filosóficas*. En ella, el filósofo busca elucidar diversas prácticas lingüísticas, aunque, como señala Scataglini, su objetivo no es desarrollar una teoría del lenguaje o del significado lingüístico.² El análisis de la competencia lingüística muestra lo que está vigente en muchas otras prácticas humanas, de la cual aquella es apenas una clase. Y lo que está presente en todas estas clases de prácticas es que son una forma de seguimiento de reglas, o sea, una práctica normativa. Quiere decir que en todo caso particular de una práctica normativa se requiere y supone un reconocimiento de qué aspectos cuentan o son pertinentes en esa práctica.

b) En varios famosos párrafos de *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein se pregunta cómo determinar, en un caso particular, si se ha seguido correctamente una regla (por ejemplo, al realizar algún acto de comunicación lingüística). Una vía para responder esta cuestión podría ser el decir que se habla correctamente si se entiende el significado de la expresión y de sus conceptos. A su vez, se entiende dicho significado si este puede expresarse mediante alguna formulación definicional. Sin embargo, resulta obvio que sobre tales definiciones también se repite la misma cuestión, *il est ad infinitum*. Tal regresión al infinito ha llevado a algunos pensadores a una conclusión escéptica, ya sugerida por Wittgenstein: cualquier curso de acción puede ser compatible con una regla; “realmente” no acciones concordantes o discordantes con reglas. Empero, como Scataglini precisa, esta no es ni la interpretación correcta de Wittgenstein ni de por sí una tesis aceptable.³

El argumento wittgensteiniano lleva a otra tesis. El punto es que toda acción de seguimiento de reglas supone necesariamente, por parte de quien actúa, de la captación de un nivel normativo no expreso, puramente pragmático. Este tipo de normatividad está integrada en las prácticas mismas y requiere de una habilidad práctica (*know-how*) para reconocer qué actos son conformes con una regla. En cambio, no amerita la representación de contenidos abstractos y verbalizables (Scataglini, 2021, pp. 40-43). De ahí, que se trata de una normatividad encarnada en las prácticas mismas. Notablemente, esta es una faceta

2. En la tradición analítica de la filosofía, las relaciones de la filosofía del lenguaje o de la reflexión sobre el lenguaje ha sido vista de forma variopinta, pero dando una cierta prioridad de lenguaje sobre el pensamiento y sobre la acción. No es este el lugar para tratar el asunto, aunque puede resultar fértil el consultar la *Introducción* de la obra de García Carpintero (1996).

3. Un abordaje semejante de estos párrafos wittgensteinianos, y una crítica en la misma línea sobre la interpretación de Kripke (Kripkenstein) (Brózek, 2013, pp. 27-44).

clave que diferencia a las prácticas de seguimiento de reglas de las meras secuencias regulares de hechos sociales.

A partir de Celano, Scataglini denomina a este nivel normativo no expreso *preconvenciones* (pp. 58-59). Dichas preconvenciones conforman un *trasfondo inarticulado*⁴ que es presupuesto por la persona agente. Ahora, estas preconvenciones conforman un entramado normativo vigente a nivel comunitario. A partir de Bayón, puede denominarse *convencionalismo profundo* a esta tesis.

c) Algunas aclaraciones de estas tesis importantes: que en una cierta comunidad esté vigente o exista socialmente dicha normatividad, no quiere decir que siempre se confirmarán comportamientos convergentes y de cumplimiento a lo que disponen las preconvenciones. Como ya había señalado Hart, es intrínseco a la existencia de una regla el que esta puede ser, en ocasiones, transgredida (Scataglini, 2021).

Tampoco resulta clave para su operación, el que exista o no un consenso (reflexivo, podría agregarse) sobre lo que las reglas establecen: pueden darse ciertos desacuerdos a nivel reflexivo, pero acuerdo a nivel pragmático. Incluso podría suceder, en algunas circunstancias, que buena parte de una comunidad esté equivocada sobre lo que conforman aplicaciones correctas de un cierto conjunto de reglas.

Con todo, creo que es difícil dudar que si en una comunidad dada se extiende diacrónicamente, por suficiente tiempo, el desacuerdo, el error o el incumplimiento de cierto ámbito de preconvenciones, sí se puede llegar a afectar su existencia. En tal caso, resultará que, luego de cierto momento, ya no podrá entenderse que en esa comunidad están vigentes dichas preconvenciones.

3. Segunda Parte: La elucidación pragmática de la adjudicación Judicial

En la segunda parte de su libro (pp. 73-152), Scataglini aplica las herramientas filosóficas desarrolladas en la primera parte para abordar problemas fundamentales de la teoría del Derecho, especialmente en el ámbito de la adjudicación judicial. En este contexto, introduce distinciones clave como la diferencia entre comprensión e interpretación de textos normativos; analiza la distinción entre formulación normativa y norma;⁵ y explora los problemas de la derrotabilidad, las excepciones implícitas de las normas generales y la textura abierta de las reglas jurídicas.

4. Y, en cierto sentido, inarticulable.

5. Scataglini analizó críticamente esta distinción de Alchourrón y Bulygin en su texto: Scataglini (2022).

Un aspecto destacado de su análisis es el refinamiento que hace del “esquema estándar” de la aplicación judicial del Derecho (pp. 95-113).⁶ Este esquema distingue entre dos clases de situaciones de adjudicación judicial, dependiendo de si, para solucionar un caso particular, existe o no Derecho válido y determinado que lo regule. Es decir, si hay un conjunto claro de normas jurídicas que provean soluciones normativas para un caso genérico bajo el cual se incluya el caso particular que debe ser resuelto.⁷

Si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, se está ante un *caso fácil* de aplicación del Derecho, donde las normas jurídicas existentes determinan la solución adecuada y se puede llegar a una respuesta jurídicamente correcta. Según el “esquema estándar” en los casos fáciles se entiende que necesariamente las expresiones jurídicas poseen un significado literal y a-contextual. Por otro lado, si la respuesta es negativa, se está frente a un *caso difícil*, en el cual el Derecho no determina la solución específica, lo que otorga discreción al juez o jueza para decidir cómo resolver la cuestión.⁸

Scataglini ofrece un primer refinamiento sobre el concepto de “significado literal” en tanto a-contextual. Señala que la palabra “contexto” es ambigua y puede entenderse de varias maneras. Identifica cuatro sentidos distintos del término: (i) contexto como dependiente de las intenciones de un hablante en una ocasión particular; (ii) contexto como las asunciones compartidas por los miembros de una comunidad lingüística amplia; (iii) contexto como los presupuestos pragmáticos y criterios que los hablantes y destinatarios comparten en situaciones comunicativas tipo; y (iv) contexto como las especificaciones pragmáticas presentes en prácticas humanas concretas.

El lenguaje jurídico puede ser considerado a-contextual en el sentido (i), pero no lo es en los sentidos (ii), (iii) y (iv). A pesar de esta variabilidad contextual, los significados de las normas no son por ello necesariamente indeterminados.

La filósofa también señala que pueden existir casos en los que, aunque no haya una solución normativa indiscutible para un caso particular, aún se puede sostener que existe una respuesta jurídica correcta. En estos casos, es posible que los profesionales competentes del Derecho discrepen sobre cómo las *convenciones interpretativas* (criterios interpretativos subyacentes) delimitan el alcance de ciertas normas jurídicas en relación con un caso concreto. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el Derecho sea indeterminado: son *casos debatibles*. En estos, sí hay Derecho determinado y una respuesta jurídicamente correcta para el caso, aunque su especificación puede resultar reflexivamente y argumentativamente demandante. De ahí que los casos debatibles son un subconjunto de los casos fáciles.

6. Véase también Scataglini (2020).

7. Obviamente, apelo acá a la clásica terminología de Alchourrón y Bulygin (2011).

8. Como es muy conocido, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles fue formulada por Hart (1961).

Fuera de estas categorías se encuentran los casos difíciles, en los cuales el Derecho es indeterminado y no existe una respuesta correcta preexistente. Sin embargo, en este ámbito, Scataglini también introduce un refinamiento importante. Para ello, apela de forma central al artículo hasta hace unos años “perdido” de Herbert Hart, intitulado *Discretion* (2013). A partir de las ideas de Hart, Scataglini plantea una distinción conceptual clave entre “discreción” y “discrecionalidad”, que es fundamental para comprender los casos difíciles en la adjudicación judicial.

Según Hart, la discreción es una virtud intelectual que permite a una persona distinguir qué es adecuado hacer en una situación dada, dentro del marco de una práctica y un contexto relativamente acotados. El ejercicio de dicha virtud, que Hart considera casi un sinónimo de la prudencia, la sagacidad o la sabiduría práctica, conlleva la capacidad de sopesar intereses y razones de una forma contextualmente adecuada. Es cierto que la decisión o la acción dirigida con discreción no puede ser considerada como determinada por pautas previas, aunque no por ello es arbitraria, carente de razones que la sustente.

Scataglini sostiene que una persona juzgadora, ante un caso en el que el Derecho es indeterminado, puede recurrir a esta discreción desarrollada a través de la experiencia profesional propia del ámbito del Derecho. Además, según la autora, los factores que intervienen en este tipo de decisiones pueden ser considerados “jurídicamente relevantes” y no necesariamente extra-jurídicos o morales.

Empero, cabe señalar críticamente que, desde mi punto de mira, Scataglini no define con suficiente precisión la diferencia entre los factores jurídicos relevantes para la toma de decisiones con discreción (que no están determinados por el Derecho válido) y aquellos que podrían considerarse factores morales.

Las aclaraciones que ofrece la filósofa sobre este punto no parecen suficientes. Sostiene que al ejercer la discreción se reflexiona sobre los “fines” de las normas, es decir, sobre las razones subyacentes (en el sentido que le da Schauer, 1991), pero que esto no constituye una operación moral o extra-jurídica. No obstante, en el contexto del Derecho moderno occidental, las razones subyacentes de las normas suelen estar integradas en el discurso político-moral de su creación, y de ahí pareciera que poseen un carácter ético-moral. Quizás, para Scataglini, la distinción entre lo moral y lo jurídico no radica en alguna faceta del contenido de dichas razones, sino en otros aspectos. No obstante, cuáles son esos aspectos es una cuestión que, en mi opinión, no queda plenamente resuelta en la obra.

Finalmente, Scataglini identifica una segunda categoría de casos difíciles, marcada por la *discrecionalidad*. Estos son casos particulares en los que el Derecho está radicalmente indeterminado: la propia regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico presenta textura abierta. En tales situaciones, las decisiones judiciales y sus fundamentos adquieren

autoridad *ex post*, e implican la creación de un nuevo Derecho.⁹ Así, a través de este análisis, y retomando la conceptualización pragmática desarrollada en la primera parte del libro, Scataglini revisa y matiza considerablemente el esquema estándar de la aplicación judicial del Derecho.

4. Tercera parte: Sobre el inferencialismo y su lugar en la elucidación de la práctica del Derecho

En la tercera parte de la obra se da una nueva vuelta de tuerca a los problemas filosóficos previamente planteados. Si el seguimiento de reglas, incluida la práctica de adjudicar el derecho, es el saber práctico de un trasfondo normativo no expresado que guía ciegamente a los agentes, ¿puede codificarse o explicitarse de alguna forma? ¿Existe alguna vía de acceso epistemológico, algún método para conocer dicho trasfondo? De ahí cabe formular una pregunta más cercana a lo jurídico: ¿qué, exactamente es lo que este trasfondo determina para la corrección de las decisiones judiciales? (Scataglini, 2021, p. 22).

La autora propone que la respuesta a estas cuestiones se encuentra en los desarrollos del filósofo Robert Brandom, que se denominan *inferencialismo* y *expresivismo lógico*. Brandom se inspira en el pensamiento de Wittgenstein, pero a diferencia de este, busca construir una teoría sobre el significado.

Desde esta perspectiva, el significado no se determina por la referencia de las expresiones, sino por sus conexiones inferenciales. Las inferencias que son relevantes para el funcionamiento del lenguaje no dependen de su forma lógica, sino de su contenido. Por lo tanto, el inferencialismo se considera *material*. Es la red pragmática de compromisos y circunstancias asumidos por los participantes en la práctica de comunicación lo que conforma el significado de una expresión (Scataglini, 2021, pp. 154-164). Así, el inferencialismo se presenta como una concepción pragmática (no regulista) y normativa (no regularista) de las prácticas de comunicación (pp. 154-164).

Scataglini, avanza en varias discusiones filosóficas que se presentan en torno a esta concepción y su objetivo de dar forma a una teoría pragmática del significado. Pero, ¿pueden estos desarrollos aclarar algo de la práctica jurídica y, en particular, la práctica judicial? La filósofa sostiene que sí.

Comprender implica saber inferir, y esto ocurre en un contexto de dar razones y justificaciones, lo cual es una faceta característica de la práctica judicial. Esta práctica no requiere satisfacer los rigores formales de la lógica; la corrección de la inferencia puede basarse en los compromisos materiales asumidos por las personas involucradas. Razonamientos

9. El concepto teórico de creación judicial del derecho tiene diversas complicaciones que acá no profundizaré. Lo abordé en una obra titulada *La creación judicial del derecho constitucional: una investigación filosófica*, de próxima publicación en *Astrea*.

que pueden parecer entimemáticos desde la perspectiva lógica pueden resultar correctos desde la perspectiva pragmática de las inferencias materiales.

Estos puntos iluminan la práctica jurídica, especialmente en la justificación de las decisiones judiciales. En esta práctica, se establecen los criterios que determinan si las inferencias presentadas como sustento de una decisión judicial han sido suficientemente explicitadas. Desde el punto de vista interno a dicha práctica, lo relevante es determinar si se acepta cierta inferencia material o si esta colisiona con otros compromisos del agente.

Ahora bien, ¿ofrecen estas distinciones alguna ruta para "transparentar" el trasfondo de criterios pragmáticos que guían esta práctica inferencial de dar y pedir razones? Sobre esto, Scataglini también brinda una respuesta afirmativa: (a) habilitan para situar los desacuerdos que pueden surgir, identificando las clases de compromisos e inferencias en un caso dado; (b) corresponde entonces determinar las convenciones interpretativas¹⁰ vigentes que delimitan la posición correcta sobre dichos compromisos e inferencias; (c) para ello, se pueden considerar casos paradigmáticos de corrección y, a partir de estos, explicitar los criterios subyacentes; (d) apelando al equilibrio reflexivo, delimitado por la práctica misma, los agentes pueden reflexionar sobre las facetas y objetivos que consideran importantes en el desarrollo de su práctica.

Las agudas reflexiones presentadas en la última parte del libro son plausibles para entender la práctica del derecho como una forma de seguimiento de reglas y son coherentes con los conceptos previamente desarrollados por la autora. Sin embargo, tengo algunas inquietudes que deseo plantear brevemente a continuación, como cierre de esta reseña.

Primero, aunque Scataglini ofrece un marco teórico para comprender la práctica de la justificación de las decisiones judiciales, parece que este enfoque no proporciona un método claro y preciso para guiar a los agentes del derecho en la práctica de "dar y pedir razones". Si acaso hay algo de verdad en este punto, es posible que, aunque dicha clase de teoría filosófica sea útil para iluminar la dinámica de la práctica, no ofrezca las herramientas metodológicas necesarias para que los profesionales del derecho enfrenten efectivamente las complejidades y sutilezas de los casos concretos. Esto sugeriría que tal nivel metodológico de reflexión requiere conceptos de índole diversa a los que ofrece el 'aguijón pragmático' en la teoría del derecho.

Segundo, la concepción inferencialista del derecho presentada por Scataglini podría resultar insuficientemente sensible a la naturaleza institucional del derecho. Las decisiones y justificaciones judiciales no están determinadas únicamente por las estructuras generales del "dar y pedir razones", sino que también están normativamente circunscritas por específicas estructuras institucionales de carácter constitutivo y regulativo (muchas de las

10. Ciertamente, algunas de estas convenciones pueden presentarse de forma explícita, pero -como ya se vio- en último término se montan sobre un trasfondo pragmático no expresado.

cuales son, por cierto explícitas). Así, una adecuada elucidación de la práctica jurídica, tendría que apelar a conceptos que recojan justamente dicha faceta institucional.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1981). *Sistemas normativos*. Astrea.
- Brožek, B. (2013). *Rule-following: From imitation to the normative mind*. Copernicus Center Press.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2013). Discretion. *Harvard Law Review*, 127(2), 652-682. <https://doi.org/10.2307/23561720>
- García Carpinero, M. (1996). *Las palabras, las ideas y las cosas, una presentación de la filosofía del lenguaje*. Ariel.
- Guevara Arroyo, A. *La creación judicial del derecho constitucional: una investigación filosófica*. De próxima publicación en Astrea.
- Scataglini, M. G. (2020). Convenciones interpretativas y positivismo jurídico. *Revus*, 42. <https://doi.org/10.4000/revus.6416>
- Scataglini, M. G. (2021). *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2022). Sobre la distinción entre norma y formulación normativa. Algunas reflexiones críticas. En Ferrer, J., Navarro, P. y Rodríguez, J. (Eds.): *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, 163-174. Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Oxford University Press.

Trabajo sexual y ensamblaje penal. A propósito del libro de Marisa Tarantino *Ni víctimas ni criminales: trabajadoras sexuales. Una crítica feminista a las políticas contra la trata de personas y la prostitución*. Fondo de Cultura Económica, 2021.

Sergio Tonkonoff¹

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

Ni víctimas ni criminales es resultado maduro de una larga investigación que tiene por objeto la relación entre trabajo sexual, sistema penal y feminismos en la Argentina contemporánea. Uno de sus principales efectos –ganado a base de hipótesis, argumentos y conceptos claros, datos bien contruidos, e interpretaciones rigurosas– consiste en desmentir la homologación mítica entre trabajo sexual y trata de personas. No porque desconozca la terrible realidad de la trata y los vínculos que, en efecto, existen entre ambos circuitos ilegales. Más bien, porque esta igualación aterrizante cumple en criminalizar el trabajo sexual mucho más que en ayudar a hacer visible y dismantelar las redes de captación, transporte y explotación de personas con fines sexuales, trabajo forzoso o esclavitud.

El libro señala que uno de los discursos que promueve esta asociación entre lo que se consideran dos realidades igualmente terribles, es el auto-denominado neo-abolicionismo feminista. Este movimiento difuso, pero influyente en el diseño de políticas públicas y en el dictado de sentencias judiciales, condena por igual la trata de personas y el intercambio

1. Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Estadual de Campinas (São Paulo, Brasil). Actualmente es Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina y Profesor Titular en la Carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. También es Director de *Diferencias - Revista de Teoría Social Contemporánea*. Entre sus últimas publicaciones se cuentan: *Reintroducing Gabriel Tarde* (NY-London: Routledge, 2024); *La Oscuridad y Los Espejos. Ensayos sobre la cuestión criminal* (Buenos Aires: Pluriverso, 2020); *The Infinitesimal Revolution. From Tarde to Deleuze and Foucault* (NY-London: Palgrave Macmillan, 2017).

sexual remunerado. Esto último no lo hace basándose en viejos argumentos moralistas, sino en cierta perspectiva de género: la que considera “a la prostitución y a la trata como conceptos asociados, prácticamente sinónimos, que expresan formas paradigmáticas de violencia de género y violación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas” (p. 27).

Uno de los esfuerzos mayores del libro consiste en presentar un punto de vista alternativo y feminista respecto del trabajo sexual, considerándolo, precisamente, un trabajo. Para ello debe, entre otras cosas, desarmar esa ligazón mítica puesto que impide cualquier atribución de autonomía y dignidad de las mujeres que intercambian sexo por dinero, al tiempo que impide pensar críticamente las condiciones en las que esto tiene lugar actualmente.

Aprendemos en este libro que el neo-abolicionismo no está solo en su cruzada anti-prostitución en clave de trata. Se nos muestra cómo, a partir de la promulgación de la ley de “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas”, se produjo en el país un cambio paradigmático del enfoque institucional respecto del tema –en especial, por parte de las agencias penales–. Pero, adicionalmente, se nos señala que el vínculo mítico entre comercio sexual y trata de personas es promovido también por los medios de comunicación, y es tematizado, además, por las ciencias jurídicas y las criminologías académicas. Todo lo cual nos lleva a pensar que nos encontramos frente a un verdadero ensamblaje penal. Es decir, frente a un conjunto heterogéneo de fuerzas o agencias sociales diversas que se articulan de modo transversal en la función de criminalización de conductas y personas. Lo notable aquí, y este es uno de los hallazgos sociológicos y políticos del libro, es que lo que criminaliza este ensamblaje penal no es tanto la trata como el comercio sexual –que, cabe recordarlo, es legal en Argentina–. Con el cumplimiento de todos los requisitos metodológicos de las ciencias sociales, esta investigación muestra que, a partir de la puesta en vigor de la ley, creció dramáticamente el encarcelamiento de personas –sobre todo mujeres– vinculadas al comercio sexual. El punto es que muchos de esos encarcelamientos tuvieron lugar porque se aplicaron figuras jurídicas de la ley contra la trata (rapto, reducción a servidumbre, amenazas, coacciones, etc.) a situaciones habitualmente vinculadas a actividades de intercambios sexuales comerciales. Es decir que las fuerzas policiales y judiciales interpretaron esas situaciones en clave neo-abolicionista, presentando su actividad penal como salvadora y con perspectiva de género.

Por eso, la hipótesis sustantiva del libro consiste en afirmar que la difusión de concepciones neo-abolicionistas ha tenido un efecto tan negativo como paradójico. A saber, promovieron la judicialización y el encarcelamiento de las mujeres en estado de vulnerabilidad que decían venir a proteger. En palabras de la autora: “hay una relación de correspondencia entre la incorporación de los postulados neo-abolicionistas en la configuración de la política criminal argentina contra la trata de personas [...] y el impacto material que ha producido, uno de cuyos efectos más salientes es el alto porcentaje de mujeres criminalizadas por el delito de trata de personas” (p. 30).

Si concedemos buena fe a los protagonistas directos de esta empresa estatal y para-estatal, diremos que estamos ante lo que en sociología se conoce como consecuencias no-intencionales e imprevistas de las acciones intencionales –aquí habría que decir, consecuencias inversas respecto de los propósitos declarados–. Acontece que, como señalara Robert Merton, las definiciones públicas de una situación llegan a ser parte integrante de la situación y, en consecuencia, afectan a los acontecimientos posteriores. Tal parece el caso de las definiciones sociales, jurídicas y políticas promovidas por el neo-abolicionismo cuando se ensamblan penalmente con el accionar de jueces, fiscales, policías, medios de comunicación, juristas y vecinos.

Este fenómeno de las consecuencias inversas de la acción socio-política es recurrente en las más diversas regiones de la vida social. Pero también es, con frecuencia, invisible. De allí que uno de los méritos de este libro sea haber detectado ese mecanismo funcionando en el tejido de lo que podríamos llamar filantropía neo-abolicionista. Este tipo de consecuencias es tan habitual como difícil de reconocer, en el doble sentido, cognitivo y moral, del término. Cualquiera puede participar de acciones colectivas capaces de empeorar los problemas que se proponían resolver. Las políticas reformadoras suelen ser el alimento o el vehículo de transformaciones que paradójicamente refuerzan, cuando no agudizan, las tendencias que buscan revertir. Ello sucede, tal vez sobre todo, cuando los supuestos ideológicos y políticos intervinientes no son revisados críticamente, y cuando, una vez realizadas las reformas y desplegadas las políticas, se carece de mecanismos de monitoreo y evaluación de la propia *performance*.

El poder judicial es ejemplar en esto. No solo carece de información estadística seria, detallada y centralizada sobre su desempeño, sino que además se niega sistemáticamente a producirla. Se trata, a no dudarlo, de uno de los poderes más opacos de la sociedad argentina contemporánea –con el agravante de que es un poder público y de que posee una importancia crucial para la vida democrática–. En las condiciones actuales, nadie sabe a ciencia cierta cuál es la actividad efectiva del poder judicial en su conjunto y cuáles son sus resultados en términos de agregado. Es este un desconocimiento que comienza por los mismos agentes judiciales. No importa cuánto conozcan de leyes y jurisprudencia los jueces y los fiscales, la clave aquí es que están ciegos ante el funcionamiento del sistema jurídico en tanto sistema. Esto no debe resultar llamativo, puesto que se trata de una condición universal: ningún miembro de un sistema social conoce su funcionamiento por el solo hecho de trabajar en él y estar al tanto de sus normas. Se trata, ante todo, de una cuestión de número y escala, sin el ojo de las estadísticas todos somos ciegos allí. Por otro lado, no sorprende que un poder burocrático con una fuerza coactiva de tan largo alcance y unos privilegios económicos tan marcados, ostente celo y constancia en la producción de esa opacidad corporativa –que es preciso calificar de anti-democrática–. Impresiona, en cambio, el bajísimo umbral de visibilidad comunicacional y de problematización política que todo esto encuentra en el campo social, al menos por ahora.

De allí la importancia de las investigaciones metodológica y conceptualmente transparentes de las ciencias sociales, y de que ellas adquieran carácter público. No porque se encuentren en condiciones de suplir la falta de información cuantitativa y cualitativa que la administración judicial se ocupa minuciosamente de generar. Sino porque estas investigaciones, aun contando con recursos limitados y objetivos específicos, son capaces de producir datos, análisis y reflexiones de gran valor científico, cultural y político. Tal es el caso del libro que aquí reseñamos.

Digamos ahora que otro de los efectos mayores de esta obra es poner de manifiesto la crucial importancia de los procesos penales y su vasto impacto estructurante –impacto que siempre va mucho más allá de lo que el objeto específico de intervención permite registrar a primera vista–. El libro deja ver que, a decir verdad, no hay intervenciones penales específicas. Y esto porque el problema penal es siempre el problema del gobierno de (toda) la sociedad. Para comprender esto, puede ayudarnos avanzar en la comprensión de la cuestión criminal –puesto que de ella se trata– en términos de ensamblaje. Mucho más que al castigo de este o aquel ataque sufrido por este o aquel particular, el rol principal del ensamblaje (o sistema) penal se vincula a la producción y reproducción del orden social. Específicamente, es un sistema que trabaja en la vertebración y mantenimiento de las desigualdades estructurales, los valores hegemónicos, y las exclusiones que definen a ese orden. Pero su medio para ello es la generación de alteridades excluidas por medio de la criminalización de acciones y omisiones, pero también de personas, grupos y objetos. Es decir, que su función fundamental es la producción de los crímenes y de los criminales. Esto puede parecer la silla en la cabeza, pero vuelve inteligible, entre otras cosas, la actividad metódicamente criminalizante de los intercambios sexuales monetarizados llevada adelante por las agencias judiciales ensambladas con medios de comunicación, vecinos, movimientos neo-abolicionistas, iglesias, partidos políticos, etc. Sucede que la “prostituta” es una de las alteridades excluidas más tradicionales de la cultura dominante y la estructura social desigual. De allí que siempre haya sido, y todavía hoy sea, objeto de (sobre) criminalización, más allá incluso de los avatares relativos a la legalidad o ilegalidad estrictamente jurídica de su actividad.

De hecho la clave del libro que nos ocupa es mostrar que allí donde el intercambio sexual consentido entre adultos es una actividad jurídicamente lícita, esté o no mediada por dinero, la aplicación de la ley de trata viene a funcionar como una herramienta de criminalización alternativa de eso que, a falta de mejores términos, llamamos comercio sexual. Como señala Georgina Orellano, Secretaria General de la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina, lo que se esconde tras la lucha contra la trata de personas es la lucha contra el trabajo sexual y, por añadidura, la lucha por el control del cuerpo y las conductas de las mujeres. Así de amplia y estratégica es la cuestión en juego.

Ocurre que la puta es, ante todo, una figura mítica que existe en el imaginario familiarista hetero-patriarcal como aquella forma de lo femenino que hay que rechazar. Pero ella

es, además, y por lo mismo, la figura estigmatizada que el ensamblaje penal se encarga de materializar selectivamente, convirtiendo a ciertas mujeres en putas reales. Los procesos mediante los cuales esta materialización se realiza son aquellos que Michel Misse llamó procesos de sujeción criminal. Su forma clásica es la siguiente: se prohíbe moral y/o jurídicamente ciertas acciones u omisiones, se persiguen selectivamente las transgresiones a estas prohibiciones, se castigan con penas ejemplares y denigrantes aquellas transgresiones que se han seleccionado. Como resultado de esto se obtienen criminales. Es decir, sujetos que luego de pasar por este proceso difícilmente podrán elegir algo distinto de lo que se le mandata con tanta violencia y tanto fervor. El proceso de criminalización es siempre un proceso de sujeción porque obliga a quienes captura a hacer, padecer, y en definitiva a ser, lo que el estereotipo normativo ordena. En este caso, oficiar de puta.

El poder judicial es, sin duda, el vector principal de esta maquinaria o ensamblaje, pero no es el único. La figura de la puta –tanto como la realidad de la prostitución criminalizada– resulta incomprensible sin la constelación de actores sociales que, a coro con jueces y fiscales, la producen como alteridad excretada. Por eso la puta es siempre la puta de: la familia, el barrio, el pueblo, el cabaret, la comisaría, la fiscalía, el juzgado. También de la filantropía y de la religión. Sucede que las estructuras sociales y culturales producen sus exterioridades estigmatizadas y las castigan tanto como las rescatan siempre que se ajusten a su rol.

La puta, al igual que toda alteridad excluida, es la prisionera perpetua de los conjuntos establecidos que la producen como una pertenencia suya, puesto que la expulsan a la vez que la retienen, le niegan casi cualquier derecho a la vez que la utilizan para los más diversos fines –todos de gran importancia para la re-producción de esos establecimientos–. Hay siempre una relación intensa y cruel entre los valores constituyentes de un sistema cultural y sus alteridades radicales, sus márgenes social y moralmente inferiores. Es esta una relación groseramente asimétrica, mediante la que el orden social y sus ciudadanos obtienen innumerables beneficios de aquellos a los que excluyen –es decir, los más débiles–.

Mencionemos solo algunos de estos beneficios. Con la producción (penal) de un grupo específico de individuos como portadores de toda la inmoralidad, el mal queda encarnado y localizado. De este modo se vuelve corporal y geográficamente restringido, genera la idea y la sensación, notablemente eficaz, de que solo habita en esas personas y en esos lugares donde la policía, los fiscales y los jueces, lo buscan y lo encuentran. Con ello se vuelven invisibles los mismos (y otros) comportamientos reprochables que tienen lugar en individuos y grupos no estigmatizados –y, dado su lugar en la estructura social, no estigmatizables– por el ensamblaje penal. Pero, además, esto permite a los establecidos condenar moral y jurídicamente a ese mal y esos malvados, a la vez que usufructuarlo en términos de sobre-explotación económica y goce personal. Tales son las notables funciones que se obliga a cumplir a una pequeña población de seres humanos, por lo general desposeídos y frágiles socialmente, a los que se les paga estos favores con repudio, desprecio y cárcel.

Todo esto fue agudamente poetizado por Chico Buarque en la historia de Geni y el Zepe-lín. Geni es la prostituta de una típica ciudad occidental y cristiana, firmemente estructu-rada en clases sociales, y orientada a una vida de consumo. Allí, Geni ofrecía sus servicios a desposeídos, rengos y tuertos, pero también, podemos suponer, a muchos maridos bien ha-bientes y bien establecidos. En términos generales, la respuesta ciudadana, maridos inclui-dos, era la siguiente: tiren piedras a Geni / tiren bosta a Geni / ella es buena para golpear / hecha está para escupir / se entrega a cualquiera / maldita Geni. La novedad aquí es que un zepelín armado de cañones llega a la ciudad para bombardearla, pero su comandante que-da prendado de Geni, y dice que si ella le concede una noche suspenderá la destrucción. De manera que la ciudad entera –el prefecto de rodillas / el obispo a hurtadillas / el banquero y su millar– fue a rogarle a Geni que se entregue y los salve: bendita Geni. Una vez que esto sucedió y la ciudad quedó a salvo, el estribillo ensamblado volvió a cantarse y actuarse como de costumbre: tiren piedras a Geni / maldita Geni.

NRO. 04 · DICIEMBRE 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
www.unsamedita.unsam.edu.ar

