



ARGENTINA



Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2022**

Director

Inti Raymi Azulay

Subdirector

Ezequiel Curcio

Secretaria de Redacción

Lucía Martínez Larrea

Tutoras

Bárbara Micaela Blanc

Micaela Ailín Costa

Colaboradoras/es

Franco Ezequiel Almirón

Candela Basso

Lucía Mora Bruniard

María del Rosario Cabrera

Milagros Agustina Caiella

Delfina Godoy

Bautista Grandi

Bella Valentina Jiménez

Lucía Maurino

Julieta Nieva

Santiago Rodríguez

Alejandro Emir Salomón

Francisco Manuel Varacalli

Quienes integran el Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación deberán ser enviadas, junto con los datos completos de la autora o del autor, a lye@derecho.uba.ar.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES
Y
ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Anibal D'Auria
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

<i>Editorial</i>	13
------------------------	----

LECCIONES

Parmigiani, Matías, <i>El papel de las actitudes subjetivas en la teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino: ¿un enfoque auténticamente objetivo?</i>	17
--	----

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Mingorance, Paula, <i>La familia multiespecie en el DIPr: propuesta de regulación normativa del cuidado personal de los animales de compañía</i>	55
--	----

CONCURSO DE ENSAYOS BREVES “DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL”

Czarny, Maia, <i>Romper el silencio: una aproximación crítica a la regulación del arresto domiciliario</i>	89
--	----

Ceballos, Juan Facundo, <i>El Centro Universitario Devoto (CUD): su impacto en la subjetividad de los detenidos</i>	111
---	-----

ENTREVISTAS

Entrevista a la Dra. Silvana Ramírez	139
--	-----

TRADUCCIONES

Entrevista a Frank Iacobucci.....	159
Interview to Frank Iacobucci	169

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	179
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	185

EDITORIAL

La inclusión de editoriales en los números publicados en *Lecciones y Ensayos* es una práctica que responde al deseo del Consejo de Redacción de tener un espacio para expresarse y presentar el fruto de sus labores. En 1987, se incluyó el primer editorial, donde se consignó que la continuidad de la Revista era un desafío de quienes la conformamos. Y si de desafíos hablamos, durante el período 2020-2022 tuvimos que atravesar algunos obstáculos como sociedad y como miembros de *Lecciones y Ensayos*. Los números 104, 105, 106 y 107 —correspondientes a los años 2020 y 2021— fueron elaborados en su totalidad de forma virtual. El número que presentamos en estas líneas, el 108, fue el primero que debatimos “pospandemia”.

Un día salimos de nuestras casas y emprendimos el retorno a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Atravesamos las escalinatas, pasamos las columnas que sostienen nuestra casa de estudios y llegamos a nuestra oficina. Luego de dos años de tener reuniones virtuales, todo se sintió distinto. Quienes ya conocían “nuestro lugar” se sintieron como en casa otra vez, y para quienes no, fue un nuevo descubrimiento. Desempolvamos todo aquello que parecía haber quedado suspendido en el tiempo: borramos el orden del día del 19 de marzo de 2020 del pizarrón, limpiamos la mesa y las sillas y ventilamos nuestro lugar.

El proceso de retorno a lo presencial fue una experiencia singular que nos brindó una cercanía especial como grupo. Con él, nuestras prácticas cambiaron. El tiempo que antes nos llevaba abrir una computadora y conectarnos se transformó en minutos o incluso horas de viaje a la facultad. El silencio que se conseguía muteándonos volvió a ser la necesidad de alzar la voz para que nos escuchemos entre todos y todas. Reforzamos nuestros lazos construidos con largas horas de debate colectivo. Y si lo hicimos, fue por lo valioso que es este espacio para quienes lo conformamos.

Este número también está acompañado de un gran cambio en el Consejo de Redacción, ya que con la virtualidad el número de miembros se amplió y no descendió con el retorno a lo presencial. A diferencia de años anteriores, en los que el espacio sobraba, ahora apenas cabemos en nuestra

oficina. Creemos enormemente que la ampliación del Consejo es reflejo de la dedicación con la que participamos de este espacio, así como del cariño que le tenemos. Formar parte de él no solo transforma nuestras vidas académicas y profesionales, sino también las personales. Es este el mensaje que intentamos transmitir en los distintos ámbitos que habitamos.

Tener que transitar la virtualidad hizo que *Lecciones y Ensayos* ingrese a nuestras casas y que forme aún más parte de nuestras vidas. Volver a tener reuniones presenciales reforzó nuestra convicción acerca de la importancia de participar de estas. En ambos casos, implicó cambios que con gusto recibimos, atravesamos y vivenciamos. Porque eso es *Lecciones y Ensayos*: atravesar desafíos y superarlos; adaptarse a los cambios y no perder el rumbo. Continuar, a pesar de las vicisitudes, en la conformación y el crecimiento de un espacio de debate y de difusión para los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires y para todas y todos aquellos que quieran nutrirse del conocimiento que nuestra revista tiene para ofrecer.

Esperamos que disfruten este nuevo número y, como siempre, nuestra puerta se encuentra abierta para quien quiera unirse al espacio.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

EL PAPEL DE LAS ACTITUDES SUBJETIVAS EN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE C. S. NINO: ¿UN ENFOQUE AUTÉNTICAMENTE OBJETIVO?*

MATÍAS PARMIGIANI**

Resumen: La teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino se caracteriza por ser una teoría liberal o antiperfeccionista. Esto significa, en lo fundamental, que no hay lugar en ella para sanciones que tengan como propósito evitar la autodegradación del individuo o contribuir a su propio perfeccionamiento moral. El Estado solo tiene permitido apelar a su aparato coactivo con fines protectorios, por lo que ni siquiera el reproche que la pena típicamente comporta sería admisible para esta teoría. Más aún, puesto que el reproche usualmente supone pronunciarse sobre los atributos de una mente culpable, como los deseos y creencias de un individuo, tampoco este requisito tan característico de la dogmática penal encontraría allí asidero, dadas las implicancias presuntamente perfeccionistas que encerraría. Como su título lo indica, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar críticamente el papel que las actitudes subjetivas desempeñan en esta teoría. Aunque en última instancia ese papel será calificado como ambivalente y confuso, la hipótesis fundamental aquí defendida es que, contrariamente a lo que Nino supone, una adecuada comprensión del liberalismo no ofrece motivo alguno para temer que las actitudes subjetivas no puedan hallar después de todo un lugar importante en una concepción liberal de la responsabilidad penal.

Palabras clave: liberalismo — perfeccionismo — consentimiento — enantiotelidad — reproche — culpabilidad — williams — scanlon

* Recepción del original: 04/02/2022. Aceptación: 28/04/2022.

** Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba; Investigador del CONICET (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - UNC/CONICET); Profesor de “Filosofía y Ética de la Educación” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); y Profesor de Ética y Filosofía en la Universidad Empresarial Siglo 21.

Abstract: C. S. Nino’s theory of criminal responsibility is known for being a liberal or anti-perfectionist theory. This means, first and foremost, that it stands against any attempt to link punishment with goals such as avoiding the self-degradation of individuals or contributing to their own moral improvement. The state’s coercive machinery is purported to fulfil an exclusive protective function, to the extent that not even blame is conceived any longer as part of the picture. Moreover, since blame usually involves assessing the features of an agent’s guilty mind, such as her desires and beliefs, Nino’s theory does also reject one of the most distinctive contributions of Criminal Law’s dogmatic, on account of the perfectionist implications it would give rise to. As announced by its title, the objective of the present paper is to critically analyze the role that subjective attitudes play in Nino’s theory. Although that role will be ultimately described as ambivalent and unclear, the main hypothesis defended here is that, in spite of Nino’s assumptions, an adequate understanding of liberalism does not offer any reason to believe that subjective attitudes may not find after all a significant place within a liberal conception of criminal responsibility.

Keywords: liberalism — perfectionism — consent — enantiotely — blame — guilt — williams — scanlon

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué lugar están llamadas a ocupar las intenciones, motivos, propósitos y otras clases de actitudes subjetivas en el derecho penal? Esta pregunta reviste una vaguedad tal que torna sumamente difícil ofrecer una respuesta simple y directa. Si, apelando a la dogmática tradicional, definimos “delito” como todo acto típico, antijurídico y culpable, aquellas actitudes subjetivas serían relevantes a fin de que se satisfaga esta última condición. Cuando ella no se satisface, el acto que se le imputa a un individuo no podrá configurarse como delito, lo que impedirá cargarlo con una responsabilidad penal determinada. Ahora bien, ¿qué sucede cuando se asume que la sola posesión de dichas actitudes basta para hacer a alguien penalmente responsable? Un derecho penal de acto, en contraposición a un derecho penal de autor, supone que los hombres solo pueden responsabilizarse por lo que hayan hecho, y no por lo que sean, sientan o piensen. Y, según sabemos, solo un derecho penal de acto es compatible con un derecho penal liberal. Sin embargo, aunque esto parezca claro, de aquí no se sigue que ese sea el

único aspecto que define a un derecho penal semejante.

Ya desde el inicio, convendría formular una precisión en todo esto. Tal como ha sido interpretada en el párrafo anterior, la pregunta original apunta al objeto o materia de la responsabilidad penal, que tan solo representa uno de los elementos que integran una teoría o concepción de la responsabilidad penal. Bernard Williams solía repetir que “cualquier concepción de la responsabilidad incluye cuatro elementos: causa, intención, estado y respuesta”.¹ Por eso, si se toma esta lista como referencia, el objeto o materia de la responsabilidad representaría una suerte de quinto elemento, el cual suscita la siguiente pregunta: ¿de qué cosas podemos ser responsabilizados? Desde un punto de vista netamente descriptivo, resulta evidente que podemos ser responsabilizados de cualquier cosa, incluyendo cosas que no hemos hecho o que de ninguna manera están bajo nuestro control, como la lluvia o el frío polar. Así ha sucedido en el pasado, y es posible que hoy siga sucediendo en algunas culturas remotas.² Sin embargo, es en el plano normativo que la pregunta adquiere relevancia. Pues bien, una teoría de la responsabilidad penal liberal opera precisamente en este plano y ella se caracteriza no solo por no admitir respuestas como las que se detectarían en tales culturas, sino tampoco otros tipos de reacciones, como las que se plasman en esos intentos de sancionar a alguien por el solo hecho de detentar ciertas actitudes subjetivas. Por cierto, la teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino constituye precisamente una teoría semejante, aunque dotada de sus propias características distintivas.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar esta teoría en lo que atañe al lugar en ella reservado para las actitudes subjetivas. Para ello, aquí se considerarán de manera excluyente dos de los elementos mencionados: el último elemento que menciona Williams y el quinto elemento añadido. Naturalmente, esto plantea un doble interrogante: (1) “¿de qué cosas podemos ser responsabilizados?” y (2) “¿de qué manera?”, de cuya primera parte ha sabido ocuparse la denominada teoría del delito y de cuya segunda parte ha sabido hacerlo la teoría de la pena. Al igual que otras teorías liberales de la responsabilidad penal, la teoría de Nino, según se viera, ofrece una primera respuesta aproximativa a (1), considerando injustifica-

1. WILLIAMS, “Responsabilidad moral y libertad política”, p. 141 y PARMIGIANI, “Elementos para un enfoque pragmatista”, p. 17 y ss.

2. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, pp. 79-80.

ble cualquier práctica tendiente a sancionar a las personas por sus actitudes subjetivas. Sin embargo, a diferencia de muchas de estas teorías, y, en particular, de las teorías de corte retribucionista, la teoría de Nino responde a (2) sin admitir bajo ningún concepto que la respuesta estatal al delito pueda institucionalizarse bajo la forma de un reproche. Dado que reprochar, a su criterio, implica ni más ni menos que censurar a una persona por el carácter o las actitudes subjetivas que detenta, un Estado que se precie de liberal no debería alentar juicios de reproche de ninguna naturaleza.³

A lo largo de las siguientes páginas, intentará demostrarse que el tratamiento que Nino le prodiga a las actitudes subjetivas en su teoría penal es ciertamente ambivalente y confuso. Nino, como se verá, reconoce explícitamente que su teoría encarna un enfoque objetivo de la responsabilidad, lo que suele implicar —según él mismo aclara en repetidas ocasiones— que las intenciones, los deseos o las creencias no tienen ninguna relevancia a la hora de determinar la responsabilidad penal de alguien por la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, llegado el momento de lidiar con las actitudes epistémicas en particular, la postura que adopta no solo no parece corresponderse con eso que declara explícitamente suscribir sino que, incluso, lo empuja a una clase de subjetivismo potencialmente riesgoso, contra el cual convendría estar prevenidos. Al reconstruir críticamente la postura de Nino, el propósito aquí buscado es el de mostrar por qué una teoría de la responsabilidad penal no puede ignorar las actitudes subjetivas, sin que esto implique desconocer aquellos casos en los cuales su papel haya de aparecer debilitado.

El trabajo se compone de cuatro secciones. La sección II está destinada a reconstruir con la mayor brevedad posible las principales características de la teoría de la responsabilidad de Nino, intentado arrojar luz sobre por qué se muestra refractaria a las actitudes subjetivas. Allí se introducirán las dos nociones clave de las que se ocupará el resto del trabajo: la noción de “consentimiento” y la de “enantiotelidad”. La sección III girará en torno a la noción de “consentimiento”, seguramente el sello más distintivo de la teoría penal del autor. Como se comprobará, Nino aspira a que esta noción pueda sustituir la vieja idea de “culpabilidad” de la dogmática penal sin caer en el subjetivismo y el perfeccionismo estatal que ella misma compor-

3. NINO, “Los límites a la aplicación de la moral a través del Derecho Penal”, pp. 59-62 y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”.

taría. Sin embargo, contrariamente a lo que él supone, en esta sección se argumentará que el único modo de lograr que se satisfagan los estándares mínimos de objetividad que una teoría de la responsabilidad penal debería respetar precisamente consiste en abandonar uno de los rasgos que Nino considera definitorios de dicha noción. La sección IV se ocupará de la noción de “enantiotelidad” que Nino ha ideado en reemplazo de la vieja idea de “antijuridicidad” de la dogmática. El argumento que allí se expondrá en contra de esta noción guarda similitudes con el argumento precedente, en el sentido de que apunta a evidenciar de qué forma conviven en ella dos enfoques incompatibles sobre la responsabilidad: uno objetivo y otro subjetivo, sin que sea posible determinar por cuál de ellos se decanta el autor. Finalmente, en la sección V, se repasará el recorrido efectuado, con la intención de considerar qué elementos podrían rescatarse del preventivismo y el liberalismo que Nino mismo defendió para fijar los alcances y las limitaciones del Estado en materia de responsabilidad penal.

II. LIBERALISMO, SANCIÓN Y REPROCHE: UN BREVE REPASO CONCEPTUAL

Se mencionó en la Introducción la razón por la cual Nino se muestra refractario a la idea de reproche en el ámbito penal. A su entender, el reproche implica “un juicio acerca del carácter moral o de las cualidades intelectuales de una persona”, que sería lo que se pone de manifiesto “cuando se reprocha a alguien por una cierta acción mala”.⁴ Por eso, una vez que asumimos que la función del Estado, bajo una concepción retribucionista de la pena, consiste en valorar negativamente dicho carácter o cualidades, estaremos autorizándolo a “darle sello oficial a ciertos ideales de virtud personal”,⁵ lo cual sería “incompatible con una concepción liberal de la sociedad”.⁶

Aunque esta noción de reproche ya ha sido fuertemente criticada en otros trabajos,⁷ aquí bien podría darse por válida. La inquietud pasa, en

4. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 116-117.

5. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 38.

6. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 37.

7. PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino” y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche en *Motivos reprochables*”, de J. M. Peralta”.

cualquier caso, por determinar qué papel juegan en todo esto nuestras actitudes subjetivas y por qué pronunciarse sobre ellas implicaría asumir una postura perfeccionista o incompatible con una concepción liberal de la sociedad. En este punto, la respuesta de Nino dista de ser unívoca. Sin ir más lejos, constátese lo que escribe a continuación del pasaje previamente citado: “La exigencia de ciertas creencias y deseos como condición del reproche se explica precisamente porque ellas sirven de nexo entre el carácter del agente y su actividad física”.⁸ La inferencia está a la vista: si se desecha la función reprochadora del Estado, entonces se renuncia por eso mismo a una exigencia, precisamente la de verificar la ocurrencia de ciertas actitudes subjetivas a la hora de respaldar una respuesta penal. En el enfoque de Nino, por cierto, es justamente una inferencia así la que se constata. Pero supóngase que la respuesta estatal al delito no admitiera función reprochadora alguna, como piensa el propio Nino.⁹ ¿Acaso no podría suceder que esa respuesta penal alternativa aun así dependiera de la verificación de ciertos deseos y creencias en la mentalidad del agente delictivo? En todo caso, a fin de no incurrir en la falacia de negación del antecedente, lo que no puede aceptarse es que la sola negación del carácter reprochador de la respuesta estatal baste para desterrar a las actitudes subjetivas del ámbito penal.

Desde luego, como ya se dijo, esta es solo una manera de reconstruir la postura de Nino. No obstante, en algunos de sus escritos, las creencias y los deseos no actúan meramente como la condición verificadora de un mal carácter, sino que aparecen como el objeto mismo al que se dirige el reproche. Tal es el caso, por ejemplo, de *Introducción a la filosofía de la acción humana*, texto en el cual Nino sostiene no solo que el reproche se dirige “en forma inmediata a los deseos” —escribe en ese sentido: “reprochar moralmente a alguien un comportamiento supone sostener que él fue provocado por un deseo disvalioso”—,¹⁰ sino también a las creencias, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, cada vez que criticamos a alguien por tener ideas misóginas o racistas.¹¹ Que, en última instancia, esto haya de ser así no debería ser motivo de sorpresa: nuestros deseos y creencias, junto a otras actitudes subjetivas, como las pasiones, emociones o prefe-

8. NINO, “La derivación de los principios de...”, p. 38.

9. Véase el Apartado IV.

10. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

11. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

rencias, constituyen una parte indisociable de nuestro propio carácter moral. ¿De qué otro modo, pues, podría ser alguien reprochado si no fuera remitiéndonos a estas actitudes? Por supuesto, también las disposiciones anímicas son una parte constitutiva del carácter moral de los individuos y ellas distan de ser fenómenos meramente subjetivos o mentales. De cualquier modo, esto no modifica la conclusión: si el reproche implica, al decir de Nino, “un juicio acerca del carácter moral [...] de una persona”,¹² este supondrá pronunciarse negativamente sobre cualquiera de sus posibles componentes, revistan o no un carácter subjetivo.

Tal como se anunció al inicio, la teoría de la responsabilidad penal de Nino bien podría caracterizarse en función de las respuestas que formule a dos clases de preguntas: (1) “¿de qué cosas podemos ser responsabilizados?” y (2) “¿de qué manera?”. A (1) Nino responde de forma taxativa: solo podemos ser responsabilizados de aquello que hacemos, no de lo que deseamos, sentimos o creemos. Esta primera respuesta, según parece, conminaría las actitudes subjetivas a la intrascendencia. Sin embargo, no debe perderse de vista el modo particular en el que Nino da cuenta de lo que hacemos. Después de todo, en la medida en que tanto desear como creer —justificadamente, por cierto—¹³ constituyan el resultado de un verdadero proceso deliberativo, no habrá más remedio que interpretarlas como acciones auténticas. Nino es consciente de este detalle, pero insiste en que no todo lo que hacemos tiene por qué ser relevante en un derecho penal liberal. Así, por ejemplo, si no se produce un resultado dañoso o lesivo, o no se infringe el propósito que la ley penal buscaría proteger, ¿por qué razón el Estado estaría interesado en intervenir?¹⁴ De por sí, acciones internas o

12. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 115.

13. La aclaración es importante por la siguiente razón: si los deseos y las creencias son involuntarias, como sostiene en buena medida cierta literatura filosófica (al respecto, véase WILLIAMS, “Deciding to Believe” y FRANKFURT, “Necesidad y deseo”), entonces bien podría dudarse sobre la propiedad de considerarlas “acciones” auténticas (sobre este punto, véase en particular GUARIGLIA y VIDIELLA, *Breviario de ética*, Cap. 4). Al aclarar, pues, que los deseos o creencias “justificadas” podrían interpretarse como formas de actuar o de hacer, aquí simplemente se asume que existe la posibilidad de que un agente desee o crea en algo tras realizar las deliberaciones adecuadas, lo que involucra un elemento de voluntariedad que no está presente en los deseos o creencias que uno simplemente tiene o adquiere de manera fortuita como producto de las distintas interacciones que lleva a cabo con su entorno natural y social.

14. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 324 y ss. Véase el Apartado III.

mentales como deliberar o pensar no están en condiciones de impactar externamente en el mundo, y eso parece suficiente para hacerlas no punibles.

Por su parte, en relación con (2), Nino ofrece una respuesta que no solo está íntimamente vinculada con su respuesta a (1), sino que sirve para completarla, e incorpora un elemento adicional. El único propósito que debería gobernar la política penal de un Estado liberal, piensa Nino, es el de la prevención. Sin embargo, a fin de que una respuesta preventiva no infrinja el principio de inviolabilidad de la persona que nos insta a no instrumentalizar a los seres humanos, Nino introduce un requisito adicional: la pena, además de cumplir un rol preventivo, debe contar con el consentimiento de su destinatario.¹⁵ Este requisito, sin dudas uno de los elementos más característicos de la teoría penal del autor, pretende justificar el castigo imitando el modo como en las áreas de la responsabilidad contractual y extracontractual se justifican las distribuciones de cargas sobre ciertos particulares, así como las desposesiones de muchos de sus beneficios. Para Nino, quien realiza un acto voluntario y a sabiendas de las consecuencias normativas que se siguen de este acto, consiente esas mismas consecuencias normativas, de modo similar a quien toma voluntariamente el producto de la góndola de un supermercado accede a pagar el precio correspondiente.¹⁶ Además, él aclara que este rasgo consensual es completamente independiente de cualquier actitud que el agente adopte con relación a dichas obligaciones normativas. En sus propias palabras:

“Una persona puede, mediante su consentimiento, asumir la obligación de realizar un acto a pesar de que esto le disguste enormemente o de que no tenga intención de hacerlo llegado el momento, e incluso puede confiar en que la obligación nunca le será exigida”.¹⁷

III. ¿UN ENFOQUE OBJETIVO Y ANTIPERFECCIONISTA? ALGUNAS TENSIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE “CONSENTIMIENTO”

Estas dos respuestas íntimamente vinculadas a (1) y (2) parecen situar a Nino del lado de lo que podría definirse como un enfoque objetivo de la

15. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 233 y ss.

16. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 233 y ss.

17. NINO, “Una teoría consensual de la pena”, p. 122.

responsabilidad penal, básicamente porque ambas se mostrarían refractarias a la idea de incluir cualquier referencia a nuestras actitudes subjetivas. Y, en rigor, si uno se remite a lo que figura expresamente en *Los límites de la responsabilidad penal* y *La legítima defensa*, las dos obras en las que la teoría penal de Nino se expone de manera más extensa y pormenorizada, comprobará sin dificultad que esa hipótesis dista de resultar antojadiza. Más aún, a lo largo de *Los límites*, Nino deja entrever su predilección por el enfoque objetivo en repetidas ocasiones, como cuando, en la sección en donde introduce el principio de “enantiotelidad”, sugiere que su teoría de la adjudicación “no depende de las actitudes subjetivas del agente”, siendo más próxima en este sentido “a la concepción de antijuridicidad de Beling”.¹⁸ Pero, indudablemente, el reconocimiento más explícito de este carácter se produce cuando, ya en la parte final de la obra, califica de “objetivista” su enfoque, por defender, entre otras cosas, que “los delitos por negligencia no difieren objetivamente de los delitos imprudentes, ni aun siquiera de aquellos en que se consiente en producir el resultado dañoso”.¹⁹

Años más tarde, Nino revisará esta postura, e introducirá algunas matizaciones. Resulta clave en este recorrido su artículo titulado “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal”, en donde, tras definir lo que implica a grandes rasgos adoptar un enfoque más o menos objetivista de la responsabilidad (básicamente, un enfoque que sancione con la misma intensidad los delitos en grado de tentativa y los delitos de resultado, por oposición a un enfoque que se niegue a hacerlo), arguye que su propia teoría constituiría un intento de mediación entre estos extremos. No obstante, los autores que mayormente ocupan allí a Nino —como Welzel, Kaufmann, Zielinsky o Sancinetti—, y sobre los que dirige casi todo el peso de su crítica, se agrupan bajo el enfoque de la responsabilidad penal que él mismo denomina “subjetivo”.²⁰ Sintomáticamente, Nino pregunta ya hacia el final del texto: “¿quiere ello decir que yo definiendo un enfoque puramente objetivo de la responsabilidad criminal, que haría a la gente responsable lo mismo por delitos intencionales que por delitos imprudentes, o incluso por hechos accidentales?”²¹ “Por supuesto que no”, añade inmediatamente a continua-

18. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 328.

19. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 425-426.

20. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, pp. 73-88.

21. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 95.

ción.²² Sin embargo, cuando llega el momento de explicar por qué su teoría no sería objetiva, algo que antes no había tenido problemas en reconocer,²³ solo atina a repetir lo mismo que había defendido en aquellas ocasiones anteriores, es decir: porque ella invoca el requisito del consentimiento como la única condición capaz de justificar la imposición de una pena sobre un individuo con fines preventivos.

Con todo, al menos parece haber un dato novedoso en este texto. Cabe recordar aquí que la razón por la cual Nino rechaza el requisito de culpabilidad de la dogmática tradicional está relacionada con las implicancias perfeccionistas que trae aparejado.²⁴ Si la culpabilidad remite a una mente reprochable como condición de la responsabilidad y hacer a alguien responsable implica ni más ni menos que formularle una forma de reproche por las actitudes subjetivas que detenta, las que en última instancia remiten al carácter o personalidad moral del agente, entonces el perfeccionismo cae de maduro. Ahora bien, con independencia de ello, la novedad en este texto viene dada por el modo como Nino califica el consentimiento, el cual “se basa”, según escribe, “en determinadas actitudes subjetivas —la voluntariedad del acto, el conocimiento de que de acuerdo con la ley ello implica un castigo— sin ninguna conexión con la culpa por os rasgos del carácter”.²⁵ En rigor, tampoco se trataría de una novedad auténtica, ya que en *Los límites* él también definió el consentimiento como una actitud subjetiva particular,²⁶ aunque en un contexto semántico distinto, en el que por cierto no estaba bajo juicio el grado de objetividad o subjetividad de su teoría penal. De todos modos, sin importar dónde lo haya dicho, la cuestión relevante seguiría siendo la misma: ¿constituyen estos pasajes una admisión explícita por parte de Nino de que su teoría de la responsabilidad no puede prescindir de las actitudes subjetivas? (A) Y, si así lo fuera, ¿implicaría esto que, después de todo, Nino abrazaría una forma de perfeccionismo? (B).²⁷

22. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 95.

23. Véase el apartado anterior.

24. Véase el apartado anterior. MALAMUD GOTI, “Comentario bibliográfico al libro de C. S. Nino...”, p. 161 y BEADE, “El problema del antiperfeccionismo en el...”.

25. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, p. 96.

26. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 378-379.

27. BEADE, “El problema del antiperfeccionismo en el...”, pp. 161-162 y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión...”.

A fin de abordar la primera pregunta (A), es necesario descifrar qué entiende Nino por la “voluntariedad” de un acto. Puesto que en el artículo citado no hay ninguna pista al respecto, estamos obligados a guiarnos por lo expresado en *Los límites*. Y, allí, cuando se analiza la cuestión de la voluntariedad bajo el acápite titulado “La posibilidad de evitar la responsabilidad penal y el problema del libre albedrío”,²⁸ Nino remarca explícitamente que el significado de “voluntariedad” que él considera relevante no alude al hecho de que una acción no sea deónticamente obligatoria, ni al hecho de que sea intencional, espontánea o ejecutada de buen grado, sino al hecho de que no sea constreñida o coaccionada,²⁹ lo cual parece negar de plano cualquier posibilidad de atribuirle un carácter subjetivo. Pero si la voluntariedad de un acto no tiene nada que ver con la presencia de una actitud subjetiva, lo único que resta analizar es el requisito del conocimiento involucrado en dicho acto. ¿Estamos ante la presencia de una auténtica actitud subjetiva? Obviamente que lo estamos, ya que las creencias, al igual que los deseos, constituyen auténticas actitudes subjetivas, dotadas de cierto contenido proposicional. Nino, pues, es perfectamente consciente de este punto, y por eso no parece tener más alternativa que reconocer que su teoría consensual de la responsabilidad penal involucra al menos un elemento claramente subjetivo.³⁰ Recuérdesse una vez más que, según su propio enfoque, el consentimiento a la sanción que manifiesta quien infringe una norma penal, y permite así justificarla, es predicable de todo acto voluntario en la medida en que su autor sea consciente de las consecuencias normativas que necesariamente se seguirían de este, es decir: en la medida en que crea de alguna forma en esta necesidad.³¹ Sin embargo, precisamente aquí es donde conviene introducir una nota crítica en su planteo general.

Como ha notado Scanlon, una cosa es lo que una persona supo o creyó en una determinada circunstancia, y otra cosa es lo que esa persona podía, debía y/o estaba autorizada a creer.³² Así, solo por utilizar un ejemplo que el propio Nino emplea en *Los límites*, una cosa es lo que el cirujano creyó

28. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 351 y ss.

29. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 351-352.

30. Véase el apartado siguiente.

31. Véase el apartado anterior. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 233 y ss. PARMIGIANI, “La teoría consensual de la pena...”.

32. SCANLON, “Castigo penal e imperio de la ley”.

estar haciendo cuando intervino quirúrgicamente a su paciente, y otra cosa es lo que él podía, debía y/o estaba autorizado a creer.³³ Para seguir con este caso, suponiendo que el médico operara a su paciente incurriendo en un procedimiento irrazonablemente arriesgado sin saber que había otro procedimiento recomendable (o —lo que es igual— creyendo que ese procedimiento era el único disponible), entonces esta creencia difícilmente alcanzará a eximirlo de responsabilidad en el hipotético caso de que el paciente muera como producto de la operación.

Desde luego, el ejemplo de Nino sirve para ilustrar un punto relativo a la “enantiotelidad” del acto delictivo, que es un asunto que no debe confundirse con su naturaleza consensual (más allá de que lo primero sea condición de lo segundo, como volverá a constatarse en unos instantes).³⁴ No obstante, lo que vale para un caso bien puede valer al mismo tiempo para el otro. En efecto, si para imputarle a un individuo una responsabilidad penal por un acto delictivo solo fuera importante lo que dicho individuo efectivamente creyó acerca de las consecuencias normativas previstas en su legislación penal, entonces la ignorancia de la ley excusaría al transgresor. Pero Nino parece tener razones realmente poderosas para evitar esta conclusión, como las tendría cualquier otro filósofo o penalista.³⁵ Luego, si su teoría de la responsabilidad penal todavía aspira a conservar algún atractivo, el requisito relativo al conocimiento de las consecuencias normativas que acompañan a un acto ya no puede remitir sin más a las creencias que un individuo tenga, sino a las creencias que podía, debía o estaba autorizado a tener. Y como este requisito nos sitúa en un plano de análisis netamente normativo, la subjetividad que Nino parecería obligado a abrazar a fin de caracterizar el consentimiento deberá abandonarse en beneficio de un enfoque más objetivo, como el enfoque que él mismo asume explícitamente en algunos pasajes de *Los límites*.³⁶

Resulta importante formular aquí esta advertencia sobre las tensiones conceptuales que afectan el enfoque de Nino no porque se imponga un propósito exegético, sino para mostrar que la posibilidad de ofrecer una caracterización objetiva del consentimiento no necesariamente pone a Nino a resguardo del perfeccionismo, como parecía sugerirlo la segunda

33. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 471.

34. Véase el Apartado III.

35. IMBRISEVIC, “Why is (Claiming) Ignorance of the Law No Excuse?”.

36. Véase el apartado anterior.

pregunta antes planteada (B).¹ La derivación es ciertamente curiosa, pero todo parece indicar que una teoría como la suya, liberada del lastre subjetivista, se acoplaría al perfeccionismo, tal cual él mismo lo caracteriza, de manera mucho más nítida que una teoría que simplemente estatuya como condición de la responsabilidad penal las creencias que de hecho tienen las personas. La razón es evidente: si ser perfeccionista implica censurar a alguien por aquellas cosas que siente o desea, así como por aquellas cosas en las que cree, entonces cada vez que responsabilizamos a alguien por haber vulnerado una norma penal cuyas consecuencias debió haber previsto, lo estamos obligando a llevar una carga por no creer en ciertas cosas; o bien, puesto a la inversa, por creer en cosas distintas de aquellas en las que debería haber creído.²

A esta altura, las alternativas parecen reducirse a dos. La primera consiste en aferrarse una vez más a la fórmula original de Nino: solo consiente cargar con un determinado tipo de respuesta penal quien realiza un acto voluntario a sabiendas de las consecuencias normativas que este acto genera. Sin embargo, ya se ha visto a dónde conduce una opción semejante.³ Por su parte, la segunda alternativa consiste en abrazar abiertamente el objetivismo, pero advirtiendo que nadie es responsabilizado por el contenido específico de sus creencias, sino por el hecho de no creer en aquello que debería creer en determinadas circunstancias, básicamente aquellas en las que no tomar por ciertas algunas proposiciones podría poner en riesgo ciertos bienes que gozan de protección jurídica.⁴ Aunque esta alternativa parezca la más razonable en términos generales, no es evidente que ella desplace por completo el perfeccionismo. Veámoslo con mayor detenimiento.

Tradicionalmente, los análisis en torno a esta doctrina del accionar estatal, pero en especial los de Nino, han estado vinculados a lo que puede hacer el Estado para evitar que los individuos incurran en conductas o adopten determinadas actitudes, entre las que suelen destacarse los deseos y las emociones, pero a las que también podrían sumarse las creencias. Lo que no está claro, sin embargo, son los tipos de actitudes cuya imposición o censura resultan características del perfeccionismo. En algunos de sus escritos, Nino sostiene que el perfeccionismo debe leerse como un intento

1. Véase el apartado anterior.

2. PÉREZ BARBERÁ, “El concepto de dolo en el...”, p. 39 y ss.

3. Véase el apartado anterior.

4. PÉREZ BARBERÁ, “El concepto de dolo en el...”, p. 39 y ss.

de utilizar el aparato coactivo estatal tanto con el fin de imponer ideales de excelencia humana como con el fin de evitar la autodegradación moral de los individuos. Por eso, un liberalismo consecuente debería evitar que el Estado se aboque a tareas semejantes.⁵ Sin embargo, a partir de esta caracterización del liberalismo, Nino parece inferir que tampoco resultan admisibles los intentos de imponer o evitar ningún tipo de actitud subjetiva, puesto que las actitudes subjetivas, sin importar su contenido, no afectarían de por sí a nadie que no sea su portador.⁶ En tal sentido, ellas formarían parte del ámbito privado o autorreferencial del ser humano, y es precisamente este ámbito el que merecería una protección eminente en un sistema jurídico liberal o no perfeccionista. Para Nino, pues, si una acción carece de repercusiones públicas o intersubjetivas, entonces dicha acción debería eximirse de la autoridad del Estado.⁷

Por supuesto, tanto lo privado y autorreferencial, por un lado, como lo público e intersubjetivo, por el otro, constituyen adjetivos que típicamente empleamos para calificar acciones, como lo hace por ejemplo el artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina al decir que están “exentas de la autoridad de los magistrados” ni más ni menos que las “acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública”. Ahora bien, si actitudes subjetivas como los deseos y las creencias son concebidas como estados mentales más que

5. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, p. 485; NINO, “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, pp. 88-89. BEADE; “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino” y PARMIGIANI, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”.

6. Aquí hay una inconsistencia llamativa en la que el autor no parece haber reparado. Nino sostiene que penar a una persona por poseer ciertas actitudes subjetivas sería perfeccionista en virtud de que esta sola posesión tan solo implica una autodegradación moral de su poseedor. Sin embargo, en ninguna parte de su obra se dispone a dar razón de esta implicancia. Por ejemplo, si X desea matar a su tío para heredar su fortuna, ¿en qué sentido este deseo (malicioso) implicaría una autodegradación personal? ¿Acaso nos degradamos moralmente solo por desear o creer en ciertas cosas? En realidad, una doctrina moral auténticamente perfeccionista no tiene por qué admitir nada de esto. Ella podría sostener que la degradación moral solo ocurre cuando alguien realiza ciertos cursos de acción autorreferenciales que no le convienen o para los cuales no está a la altura, digamos, y no meramente porque *desea* transformarse en alguien para lo cual carece de talento o capacidad.

7. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 316 y ss. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 426-427.

como acciones auténticas, contraviniendo la suposición formulada en la sección precedente,⁸ entonces se plantea el interrogante de qué cabe hacer con ellas. Por lo pronto, ¿cualquier deseo o creencia merecería la misma protección especial frente al Estado?

En el universo de las acciones, esta pregunta se responde con relativa sencillez de acuerdo a los efectos que ellas provocan, es decir: atendiendo a si recaen en el propio agente que realiza la acción o en terceras personas. Si sucede lo primero, las acciones serán autorreferenciales y merecerán por eso una protección especial; si sucede lo segundo, entonces serán intersubjetivas y perderán la protección. Pero las actitudes subjetivas, que por su propia constitución carecen de efectos intersubjetivos directos o inmediatos, poseen no obstante una intersubjetividad —y, por ende, una autorreferencialidad— de una clase diferente, relativa al contenido proposicional que las caracteriza. Así, por ejemplo, quien desea ser más delgado, lo mismo que quien cree contar con un plan para lograr este propósito, típicamente albergará una actitud de contenido autorreferencial, algo que no ocurre con quien desea asesinar a su cónyuge o simplemente cree, como el médico del ejemplo de Nino, que no existe otro procedimiento quirúrgico más eficiente para operar a su paciente que aquel que resulta irrazonablemente riesgoso. Aunque las actitudes subjetivas de esta segunda categoría no se traduzcan en acciones concretas, ¿podría decirse por eso que ellas merecen la misma protección frente al Estado que las actitudes subjetivas de la primera categoría? Más aún, ¿de qué clase de protección podría tratarse?

Tal como están las cosas, resulta obvio que un Estado que aplique una política penal tendiente a sancionar a los individuos por acciones que no infrinjan ninguna pauta intersubjetiva o pública de conducta será un Estado perfeccionista o antiliberal. Por esa misma razón, un Estado que, por caso, decidiera privar de su libertad a quien meramente detenta una actitud subjetiva cuyo contenido proposicional fuera contrario al bien jurídico protegido en una norma penal incurriría, probablemente, en una forma de perfeccionismo. Sin embargo, ¿sería igualmente perfeccionista un Estado que solo se limitara a censurar o reprobar ciertas creencias, como la creencia del médico del ejemplo? ¿Y sería un Estado semejante tan perfeccionista o antiliberal como un Estado que, además de reprobar estas creencias, pretendiera hacer lo propio con muchas otras creencias típicamente auto-

8. Véase el apartado anterior.

rreferenciales, como la creencia de quien cuenta con un plan para bajar de peso, destacarse en su profesión o cumplir un anhelo? En una teoría como la de Nino, las respuestas para ambas preguntas resultan contraintuitivamente afirmativas, lo que demuestra, a las claras, que hay algo por lo menos inadecuado en su comprensión general del liberalismo.⁹

Los pocos ejemplos aludidos, entre muchos otros que cabría traer a colación, parecen suficientes para mostrar que los temores perfeccionistas se disipan una vez que se distingue, tal como aquí se ha hecho, entre dos clases de actitudes subjetivas, definidas en virtud de su contenido proposicional. Con respecto a las actitudes epistémicas en particular, lo que los ejemplos permiten apreciar es que, en principio, no resulta antiliberal que un Estado se pronuncie censurando su contenido, especialmente cuando el individuo que detenta cierta creencia debe cumplir un rol social determinado. Esto puede ocurrir tanto antes como durante la etapa sancionatoria, aunque en este último caso la censura o reprobación será más grave, en virtud de que la actitud subjetiva reprochada se habrá plasmado en una acción. Ahora bien, como se verá más claramente en la siguiente sección,¹⁰ la mayor parte de las creencias aquí suscitadas son relevantes para determinar, no ya el consentimiento a la pena, sino el grado de enantiotelidad de una acción, que es un requisito que, si bien está íntimamente vinculado al consentimiento, no debe confundirse con él. Pero en el caso del consentimiento, como ya se ha visto, las creencias que resultan relevantes están referidas a las consecuencias normativas que presuntamente se siguen de ciertos actos enantiotéticos. La pregunta, entonces, es la siguiente: un Estado que, además de sancionar penalmente a un individuo por transgredir una norma, le reprocha haber creído falsamente que ciertas consecuencias legales no le eran aplicables, ¿actúa por eso de manera perfeccionista?

Si se toma en cuenta que estamos ante la presencia de una actitud epistémica de contenido proposicional intersubjetivo, y no meramente autorreferencial, entonces la respuesta será negativa. El problema, no obstante, es que la razón por la cual el Estado no incurriría en este caso en una maniobra perfeccionista habrá perdido cualquier conexión con la razón que el propio Nino esgrime. Pues para él, según se viera, lo que garantiza la ausencia de perfeccionismo es el hecho de que sea el propio destinatario de

9. PARMIGIANI, "Liberalismo, sanción y reproche: una revisión...".

10. Véase el apartado siguiente.

la sanción quien preste su consentimiento para esta, una actitud que aquí brillaría por su ausencia.¹¹

Evidentemente hay situaciones en las que penar a alguien que desconoce las consecuencias normativas de su conducta resulta inadmisibile. Nuestras legislaciones penales contemplan tales excepciones como “errores de prohibición”, una figura prevista para excusar a todo aquel que haya obrado con un grado de ignorancia insuperable sobre los alcances de la ley infringida. Sin embargo, el hecho de que estas excepciones merezcan contemplarse en nuestras legislaciones responde a una razón que no tiene nada que ver con que las personas a veces actúen sin prestar consentimiento. Más bien, la razón estaría vinculada al hecho de que las personas que verdaderamente incurrn en un error de prohibición no parecen haber contado con la oportunidad de obrar de otra manera. En palabras de Scanlon:

“[...] lo que es relevante no es lo que la persona sabía acerca de las consecuencias normativas de su acto, sino lo que pudo haber sabido, ejerciendo un nivel de cuidado razonable, acerca de sus consecuencias probables y de la existencia de cursos alternativos de acción”.¹²

Nino podría replicar que el valor que aquí está en juego es precisamente el de la oportunidad de consentir (o disentir), que es el valor que se viola cuando un individuo que comete un error de prohibición es tratado como si no lo hubiera cometido. En rigor, no obstante, la oportunidad de obrar de otra manera constituye un valor mucho más amplio que la oportunidad de consentir, del cual esta última forma parte. Desde luego, quien infringe una ley que debía mas no pudo conocer, mal podría consentir sus consecuencias normativas. Pero tampoco quien infringe o, por lo demás, obedece una ley que sí conoce necesariamente tiene que haber contado con la oportunidad de consentirla. Después de todo, podría tratarse de una ley que le parezca profundamente inmoral, que no haya votado, sobre la que

11. En rigor, lo que para Nino hace el consentimiento en el terreno de la justificación penal no es garantizar la ausencia de perfeccionismo, sino el hecho de que una persona no sea instrumentalizada en pos de la realización de fines u objetivos que no comparte. Sin embargo, no deja de ser cierto que el consentimiento también está en condiciones de garantizar lo primero, como así también la ausencia de paternalismo.

12. SCANLON, “Castigo penal e imperio de la ley”, p. 313.

haya disentido expresamente o en cuyo proceso de promulgación no haya tenido ninguna injerencia o participación. En cualquier caso, una vez que esta ley se publica en el Boletín Oficial y se da a conocer debidamente, lo que este individuo no puede objetar es que no se le haya permitido obrar de otra manera, porque esta es una oportunidad que sí se le ha concedido.

IV. ALGUNAS TENSIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE “ENANTIOTELIDAD”

El objetivo de la sección anterior consistió en mostrar que la teoría de la responsabilidad penal de Nino se debate incómodamente entre dos alternativas: por una parte, la de abrazar un enfoque objetivo que definitivamente se desentienda de las actitudes subjetivas en la atribución de responsabilidad penal, pero que al mismo tiempo haga colapsar la noción de consentimiento; y, por otra parte, la de abrazar un enfoque que reconozca los elementos subjetivos que condicionan el consentimiento a la sanción, aunque al precio de aceptar la posibilidad de que aquellas personas que ignoran las consecuencias normativas de sus acciones sean eximidas de responsabilidad penal. Ninguna de estas alternativas, según se sostuvo, está exenta de dificultades. Sin embargo, también se ha dicho que las razones para abrazar un enfoque objetivo desaparecen ni bien se advierte que las actitudes subjetivas que condicionarían la imputación de responsabilidad penal no tienen por qué depositarnos en las manos de un perfeccionismo estatal que sanciona a los individuos por lo que piensan y/o desean, con el propósito de evitar que sus pensamientos y/o deseos desemboquen en última instancia en su propia autodegradación moral.

La noción sobre la cual girará la presente sección, según ya se adelantó, es la noción de enantiotelidad, a la que Nino, sin duda, le adjudica un papel central en su teoría de la responsabilidad penal, aunque subsidiario del que le adjudica al consentimiento. Lo primero que aquí se hará, pues, es reconstruir esta noción apelando fundamentalmente a *Los límites*, pero mostrando las inconsistencias definicionales allí presentes. Tal como sucedía con la noción de consentimiento que Nino emplea, la noción de enantiotelidad también se debate irresolublemente entre dos clases de enfoque: un enfoque objetivo y un enfoque subjetivo, siendo por momentos sumamente difícil determinar cuál de estos enfoques calza mejor con ella. Por eso, una vez que estas inconsistencias se pongan en evidencia, lo segundo

que aquí se hará es mostrar que no hay ninguna razón de peso para pensar que esta noción, destinada a poner en evidencia cuáles son las acciones que harían pasibles a sus autores de responsabilidad penal, pueda operar sin tomar en cuenta nuestras actitudes subjetivas.

Nino define la noción de enantiotelidad al mismo tiempo como un principio y como un atributo. Se trata de un principio, según afirma en *Los límites*, en virtud de que establece un límite a las pretensiones punitivas del Estado. No obstante, a la hora de determinar en qué consiste este límite, la ambigüedad se manifiesta desde el inicio. Nino afirma, por una parte, que el límite viene dado por la prohibición de penar acciones que la ley no trata de disuadir (o, puesto a la inversa, por la permisón de penar solo aquellas acciones que la ley trata de disuadir). Pero al mismo tiempo afirma, por otra parte, que dichas acciones son punibles cuando causan “el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir”.¹³ Mientras la primera definición parece contemplar la posibilidad de penar acciones de cierta tipología que no necesariamente culminen en la producción de un resultado lesivo, lo que fija el umbral de intervención a una determinada altura, la segunda definición parece requerir que este resultado se produzca, introduciendo una exigencia mayor para el ejercicio del poder punitivo.

Al mismo tiempo, Nino define la noción de enantiotelidad como un atributo, ya que, por más que no emplee este término, utiliza el adjetivo “enantiotélica(s)” para calificar el universo de acciones que reúnen la propiedad de vulnerar los propósitos que las leyes penales buscarían proteger, cualesquiera sean. Sin embargo, debido a la ambigüedad aludida en el punto anterior, tampoco es claro en este caso qué haya de valer por una acción con esta propiedad. Al menos, las cuatro siguientes posibilidades lógicas parecen estar contempladas:

- Puede tratarse de una acción (un acto-caso) que, en virtud de su tipología genérica distintiva (esto es: en virtud de su subsunción en un acto-tipo), tendería a (o haría más probable) vulnerar el propósito que la ley penal buscaría proteger.¹⁴

13. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 324.

14. Las nociones de *acto-caso* y *acto-tipo* han sido tomadas del propio Nino, quien las emplea en el capítulo VI de *Introducción a la filosofía de la acción humana* (p. 69 y ss.), discutiendo la teoría de la intencionalidad de Alvin Goldman. De todos modos, cabe notar que ellas no parecen jugar ningún papel a la hora de definir la enantiotelidad del acto delic-

- Puede tratarse de una acción (un acto-caso) que, en virtud de su tipología genérica distintiva (esto es: en virtud de su subsunción en un acto-tipo), tendería a (o haría más probable) vulnerar el propósito que la ley buscaría proteger una vez que dicha acción culmina en un resultado lesivo.
- Puede tratarse de una acción que, sin subsumirse en una tipología genérica distintiva (por lo que no hay ni acto-caso ni acto-tipo)¹⁵ simplemente vulnera el propósito de la ley penal, aunque sin producir necesariamente un resultado lesivo.
- Puede tratarse de una acción que, sin subsumirse en una tipología genérica distintiva (por lo que no hay ni acto-caso ni acto-tipo), vulnera el propósito de la ley penal por producir un resultado lesivo determinado.

Esta clasificación presenta una complejidad que aquí no podrá abordarse con el rigor del caso, pero todas las posibilidades contempladas en la lista son compatibles con algo que Nino considera esencial para la enantiotelidad, a saber: el hecho de que ella, a diferencia de "la moderna noción de antijuridicidad", no depende de "las actitudes subjetivas del agente" implicado en cada acción.¹⁶ Nino es enfático en este punto, al igual que lo había sido al definir el consentimiento. Por eso, bien vale la pena citar lo que escribe al respecto en toda su extensión:

"Otro rasgo de esta noción de enantiotelidad es también de gran importancia. Ya vimos que la concepción liberal del derecho penal implica que las conductas que deben proscribirse no se relacionan con cualidades morales de los individuos que suponen ideales de perfección humana, y, por tanto, que las intenciones y los motivos que indican perversidad moral no deberían ser relevantes para la definición de las situaciones que deben prevenirse. Los daños y riesgos que el derecho tiene que prevenir *son independientes de*

tivo llevada a cabo en *Los límites*.

15. Valga la siguiente aclaración: un acto individual que no se subsume en un acto genérico determinado (es decir, en un acto-tipo contemplado en una norma penal) no puede considerarse en rigor un acto-caso, aunque comparta con el acto-caso la propiedad de ser un acto individual. Esta diferencia puede ser relevante para analizar lo que separa a los actos idóneos de los inidóneos, aunque aquí no se ahondará en este análisis.

16. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 328.

cualquier determinación acerca del estado psíquico con que se los causó. Esto también es aplicable al requisito de que la acción del caso concreto sea dañosa o peligrosa. *La razón de requerir enantiotelidad es ajena a las actitudes subjetivas del agente.* Reprimir una acción que no vulnera los intereses protegidos por la ley (o que causa un daño que es necesario para evitar otro mayor) tiene efectos indeseables *cualesquiera que sean las creencias o intenciones del agente.* Aunque este creyera que la acción no es dañosa o no advirtiera que prevenía un mal mayor o que el daño no era uno de los especialmente autorizados por el derecho, sería gratuito imponerle una penalidad; sería una restricción innecesaria para los fines de la prevención, una vez que los individuos llegaren a asociar la pena con la efectiva producción del daño. El hecho de que algunos individuos no sean penados por realizar lo que resultan ser acciones inocuas, necesarias o permitidas, *pese a desconocer esto último y a proceder con intención maliciosa,* no estimulará a otros a cometer actos dañosos, ya que los demás advertirán que lo que es decisivo es precisamente la efectiva producción de un daño. De este modo parece que la enantiotelidad y su contrapartida, las causas de justificación, deben definirse objetivamente”.¹⁷

Como antes se sugirió, cada una de las acciones contempladas en las cuatro posibilidades lógicas mencionadas son compatibles con lo que dice Nino en este pasaje sobre la enantiotelidad, básicamente porque cada una de ellas puede definirse como una acción que vulnera el propósito de una ley penal con independencia de la actitud subjetiva que manifieste su autor hacia dicho propósito. No obstante, a fin de dotar de mayor claridad a su postura, Nino vincula el carácter enantiotélico de una acción con “el hecho de que ella constituya una forma de actuar irrazonablemente peligrosa”, y añade: “esto nos permitiría sostener que no toda acción que cause un daño proscrito es enantiotélica, sino que lo es únicamente cuando un modo de actuar irrazonablemente peligroso irroga ese daño”.¹⁸ Además, aclara que una acción comporta un procedimiento irrazonablemente peligroso en la

17. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, pp. 331-332. La cursiva ha sido añadida al texto original.

18. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 330.

medida en que vulnere una “norma de debido cuidado”, la que determina “qué riesgos son razonables y cuáles no lo son con relación con ciertas actividades y objetivos sociales”.¹⁹ En consecuencia, si el único modo en que una acción puede ser enantiotética y, por ende, punible, es que vulnere una norma de debido cuidado, no habiendo normas semejantes en ausencia de cierta tipología genérica de acciones —como la conducción automovilística o el ejercicio de la profesión médica, que son los ejemplos citados en *Los límites*—,²⁰ acciones tales como las que ingresan en los universos c) y d) quedarían fuera del planteo de Nino. O eso es, al menos, lo que se infiere de una primera lectura.

A priori, no parece sencillo descifrar lo que aquí está en juego. Pero acudamos a algunos ejemplos ilustrativos. En *El desperfecto*, el cuento de Friedrich Dürrenmatt, su protagonista, Alfred Traps, asesina a su propio jefe utilizando a su mujer como arma galante. Los detalles de la explicación son un poco extensos, pero aquí básicamente importan los siguientes elementos fácticos: Traps mantuvo una serie de encuentros sexuales con la mujer de su jefe; Traps puso al tanto de estos detalles a un colega indiscreto con llegada a su jefe; el jefe de Traps padecía una afección cardíaca; Traps sabía de esta afección; el colega de Traps le transmite a su jefe lo que Traps le había confesado; y, finalmente, el jefe de Traps se descompensa a causa del disgusto que le provoca la noticia, y muere a los pocos minutos de un infarto cardíaco. En el cuento, como sabemos, Traps asume la responsabilidad por la muerte ocasionada. Según lo pone en evidencia el fiscal que lo acusa, él habría ideado esta compleja red causal sin haber realizado un solo acto que desde el punto de vista evidencial lo comprometa con el resultado ocasionado. No obstante, el nexo causal se hace manifiesto desde el mismo momento en que el propio Traps confiesa haber actuado con premeditación: no solo por haber previsto que su colega anoticiaría a su jefe sobre la infidelidad de su mujer, sino también por haber anticipado que su jefe no resistiría semejante noticia. Con todo, dado que en esta concatenación de hechos no se constataría una sola infracción de un deber de cuidado, una teoría como la de Nino no parece dispuesta a convalidar el mismo dictamen condenatorio. Es más, las intenciones de Traps, por idéntica razón, se muestran nuevamente como irrelevantes.

19. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 331.

20. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 331.

De alguna manera, el caso de Traps ilustra la complejidad de pretender imputarle a un agente cierto tipo de responsabilidad por un resultado cuando la conexión causal entre lo que él ha hecho y lo que se ha generado como efecto es sumamente indirecta o remota. Pero imaginemos un caso más sencillo. Luego de haberse repuesto de una compleja operación cardíaca, Juan está próximo a cumplir años. Para celebrar este evento y su pronta recuperación, se dispone a realizar una fiesta en su casa, a la que invita a colegas y amigos. Uno de ellos, de nombre Pedro, no tiene mejor idea que contratar a un payaso; su amigo siempre ha sentido un temor irracional por esta figura. Llegado el día del cumpleaños, suena el timbre, Juan atiende y de repente aparece un payaso con una gran sonrisa pintada en el rostro. Juan muere inmediatamente de un infarto. A diferencia del caso anterior, la cadena causal aquí enhebrada no solo parece más directa, sino que el agente ejercería sobre ella un mayor control o dominio. Sin embargo, ¿podría decirse que la sucesión de actos que conducen al resultado final conforma en conjunto una acción verdaderamente enantiotética?

En este caso, tampoco es claro que se haya vulnerado un deber de cuidado. Desde luego, podría decirse que Pedro ha vulnerado el deber de cuidado que venía impuesto por la obligación de no hacer nada capaz poner en riesgo la salud de su amigo. Sin embargo, si este es el caso, surgen varios interrogantes: por empezar, ¿no hemos de asumir que Pedro al menos debía saber que estaba incumpliendo un deber de cuidado? Pero si esta asunción parece necesaria, como volverá a insistirse en un momento, ¿no habrá que asumir también que Pedro debía conocer las circunstancias fácticas que determinarían el grado de incumplimiento de este deber, como la predisposición psicológica de su amigo? A diferencia del ejemplo anterior, aquí no hay suposición alguna sobre el carácter intencional o premeditado de la acción en juego. De todas maneras, a fin de imputarle al actor algún grado de responsabilidad por el resultado acaecido, al menos parecería necesario descontar que debía estar al tanto de las características particulares de la situación ¿Pero qué razón podría llevarnos a formular esta nueva asunción, habida cuenta de que no es en modo alguno claro, ni parece en modo alguno deseable, que cada uno de nosotros deba estar al tanto de las fobias o predisposiciones psicológicas más recónditas de nuestros semejantes?

El absurdo al que conduce esta última asunción explica, en cierto modo, por qué tales acciones no podrían considerarse enantiotéticas, dándole parcialmente la razón a Nino. Sin embargo, lo que no explica es por qué una acción que no sea enantiotética no podría constituir, después de

todo, el antecedente de una respuesta penal. Para verlo, supóngase que Pedro estuviera al tanto de la fobia de su amigo, sin tener la obligación de estarlo. Quizá se enterase de esa furia por mera casualidad, tras oír al pasar la conversación mantenida entre Juan y uno de sus colegas. Si, habiendo accedido a este dato, Pedro decide aferrarse con todo a su plan de acción original, contratando al payaso, ¿no encerraría su decisión un disvalor incomparablemente mayor al que acompañaría a una decisión en la que este conocimiento no hubiera estado presente? ¿Y no merecería este disvalor una respuesta penal diferente? La teoría de la responsabilidad penal de Nino no parece ver las cosas de esta manera, o no al menos si nos guiamos por las definiciones precedentes: las creencias e intenciones del agente son irrelevantes.²¹

Tal como se infiere sin dificultad del anterior pasaje de Nino, como así también de otros pasajes de su obra, la razón para no tomar en cuenta las actitudes subjetivas de las personas al momento de sancionarlas obedece al hecho de que, si la pena cumple un rol preventivo, consistente en disuadir a otras personas de generar estados de cosas negativos o perjudiciales (en última instancia, Nino cree que tales estados son negativos por frustrar en alguna medida la “autonomía personal de la gente”),²² no se apreciaría qué efecto disuasivo adicional alcanzaría a cumplir el hecho de tomar en cuenta las actitudes subjetivas por las que alguien haya podido generar estos estados de cosas mediante una acción cualquiera, como puede ser el robo o el asesinato. Escribe Nino en consonancia con esto:

“Puesto que las inclinaciones, disposiciones, intenciones, creencias, deseos de la gente, etcétera, no pueden ser directamente perjudiciales para los intereses de cualquier individuo sino solo para aquellos que poseen dichos estados subjetivos (salvo que alguien tenga un interés perfeccionista sobre otros, lo que deberíamos descartar), aquellas no deberían aparecer en las descripciones del estado de cosas que la ley debería buscar y en última instancia prevenir a través del castigo penal”.²³

21. Véase el apartado anterior.

22. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en derecho penal”, p. 91.

23. NINO, “Subjetivismo y objetivismo en derecho penal”, pp. 91-92.

Sin embargo, si esta es la razón eminente para desechar las actitudes subjetivas a la hora de responsabilizar penalmente a alguien, la realidad parece desmentir a Nino. Retomando el mismo ejemplo, pongámonos por un instante en la piel de un ciudadano que constata que Pedro recibe una sanción por cometer una acción cuyo resultado se figuró como posible, aunque no hubiera tenido la obligación de figurárselo. ¿No tendría este ciudadano una buena razón para intentar evitar en el futuro cualquier acción cuyo resultado lesivo se figure como posible, sin tener la obligación de figurárselo? En otras palabras, para quien tiene una creencia determinada sobre lo que podría perjudicar a alguien, y existen razones suficientes que la justifican, el hecho de saber que otra persona ha recibido una sanción que no hubiera recibido de no haber creído en ciertas cosas parece ofrecerle un incentivo para evitar incurrir en la acción que se infiere de la creencia.

Nino señalaría una vez más en este punto que las actitudes subjetivas, incluidas las actitudes epistémicas, no añaden nada desde el punto de vista valorativo al estado de cosas que la ley penal buscaría proteger o evitar. Por ejemplo, si lo que lamentamos de los asesinatos son las muertes que ellos provocan o las vidas con las que ellos acaban, el hecho de que alguien cometa un asesinato por creer que la víctima constituía un impedimento para su desarrollo profesional no le añade al resultado de su acción ningún elemento que acreciente o disminuya su disvalor. Es decir, la creencia que moviliza al victimario bien podría ser que su víctima no constituía un obstáculo para su propio desarrollo profesional sino para el de un amigo o colega, y aun así el resultado de su acción sería igualmente disvalioso. Estos ejemplos, desde luego, parecen reforzar la posición de Nino. Sin embargo, no todas las creencias son de este calibre.

En el último ejemplo imaginario, Pedro se ha formado una creencia sobre un aspecto particular de la psiquis de Juan que el propio Juan decidió hacer público, confesándoselo a un colega. Pero hay innumerables casos semejantes. Piénsese en una persona que le confía a otra la clave de su alarma electrónica, o su número de cuenta bancaria, o —por ser reiterativo— un aspecto relativo a su delicado estado de salud. De no mediar la confesión, la segunda persona no tendría por qué tomar conocimiento de tales hechos. Ahora bien, una vez que la confesión se produce y el confidente adquiere la creencia correspondiente, lo mínimo que el confesor tendería a esperar es que esa creencia no se use en su contra. ¿Da lo mismo, pues, un acto lesivo que ha sido posible en virtud de una creencia así adquirida que un acto lesivo que haya nacido como fruto de cierta ignorancia? Si diera lo

mismo, entonces el derecho penal no querría tratarlos de manera diferente. No obstante, todo depende de lo que desee protegerse. Suponiendo que el valor en disputa fuera la integridad física o patrimonial del confesor, y este valor quisiera hacerse valer a como dé lugar, entonces parecería que la pena no tendría por qué variar en uno y otro caso. Pero esto, como es previsible, conllevaría una parálisis social absoluta, ya que forzaría a todo ser humano a estar al tanto de cómo se configura la realidad social en la que está inmerso hasta en sus mínimos detalles. E incluso podría alentar a algunos individuos a inmiscuirse en asuntos ajenos, violentando la intimidad y la privacidad de las personas. Los panaderos, por ejemplo, estarían obligados a saber qué personas que ingresan a sus locales son celíacas, quienes toman la comanda en los restaurantes estarían obligados a saber qué clientes son alérgicos a la nuez, o tienen síndrome de Crohn, y así en lo sucesivo. Justamente, por estas y otras razones resultaría dudoso, y hasta problemático, que aquel fuera el único valor en disputa.

Por otro lado, ¿qué hay sin ir más lejos de la confianza imperante entre los ciudadanos que habitan una comunidad? ¿No representa un activo colectivamente beneficioso el que cada persona cuente con la garantía de que puede revelar a un tercero un dato relativo a su propia vida sin que esta revelación sea usada en su contra? ¿Y no querría el derecho penal proteger este activo, sancionando con mayor rigor aquellas conductas que han implicado una vulneración de la confianza mutua? Justamente aquellas acciones que han sido causadas por creencias que no figurarían en la estructura motivacional de un agente de no haber sido por la colaboración voluntaria de su víctima constituyen la expresión más acabada de la ruptura de dicha confianza.

Por supuesto, para que un tratamiento diferencial semejante sea recomendable, no solo deberíamos contar con datos empíricos capaces de probar que una sanción de tal o cual tipo contribuye a afianzar la confianza mutua entre los habitantes de una sociedad — si este fuera el valor en juego—, sino también que esos objetivos no se alcanzarían en igual medida mediante sanciones menos severas, como las que tienden a aplicarse a los delitos imprudentes, o a los que simplemente suponen la infracción de un deber de cuidado. De cualquier modo, aquí basta con suponer que esto no es implausible. Ergo, si la pena solo se justifica por el propósito de protección social que persigue, como piensa Nino, la práctica de penar más severamente cierto tipo de acciones en función de las creencias que les dieron sustento parecería representar, a fin de cuentas, un argumento en evidente tensión con su enfoque objetivo.

Posiblemente advertido de algunos de estos inconvenientes a los que conducía su teoría penal, Nino realiza en *Los límites* una suerte de concesión. Mientras a lo largo de la obra concibe la enantiotelidad como una característica objetiva de las acciones, en un pasaje del Capítulo V reconoce la existencia de ciertas acciones en las que la enantiotelidad “no puede atribuirse al agente”, lo que sucedería cada vez que alguien actúa sin conocer “las circunstancias del acto que fueron relevantes para la producción del resultado”.²⁴ Como ya había sucedido a propósito de la noción de consentimiento, este pasaje vuelve a depositar a Nino en las garras de un enfoque subjetivo, aunque peligrosamente subjetivo, según podría aventurarse. Antes ya se notó que una teoría de la responsabilidad penal tiene razones para diferenciar entre lo que un agente debía conocer y lo que de hecho conocía, siendo lo primero más relevante que lo segundo a fin de imputarle una responsabilidad penal. Esta diferenciación representa, si se lo quiere poner en estos términos, precisamente el elemento objetivo necesario que toda teoría de la responsabilidad penal debería incorporar a su programa justificatorio. Pero, en el pasaje aludido, Nino parece negar nuevamente esa diferencia, y cae en un subjetivismo potencialmente destructivo. Ahora bien, ¿realmente tiene algún sentido la idea de una enantiotelidad que “pueda atribuirse al agente”, o la idea de una “enantiotelidad agencialmente relativa”, según también podría denominársela? Si lo tiene, entonces ella probablemente se opondría a la idea de una “enantiotelidad objetiva” o “agencialmente neutral”, definible en función del carácter genéricamente peligroso que reviste el acto punible. Mas esto, según parece, aparenta conducirnos a fin de cuentas a las ideas de intencionalidad o culpabilidad que el propio Nino ha combatido desde el inicio.²⁵ El resultado es paradójico.

Llegados a estas instancias, convendría formular una precisión terminológica vinculada a nuestros deberes epistémicos, que sin dudas representan una subclase de los deberes de cuidado. Cuando decimos de alguien como Pedro que no debía saber lo que de hecho sabía, podemos estar afirmando dos cosas: o bien que le estaba prohibido saberlo; o bien que no era su obligación. Es claro que el sentido que aquí reviste interés es el segundo, al ser el único que no supone la infracción de un deber de cuidado. Sobre Pedro, pues, lo que puede decirse es que, sin hallarse bajo la obliga-

24. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal...*, p. 404.

25. FERRANTE, “¿Castigo por resultados? El argumento de El argumento de L. Katz” y SANCINETTI, “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”.

ción de conocer la fobia de su amigo, había tomado conocimiento de esta, y empleado este conocimiento para poner en riesgo un bien jurídicamente protegido. Lo que de todas formas no queda claro en este punto es si, más allá de no haber infringido un deber de cuidado de naturaleza epistémica, el acto de Pedro no implica la infracción de otro deber de cuidado, tal vez de naturaleza más general o inespecífica. Por lo pronto, ¿no está alguien como él sometido a las obligaciones que emanan de su condición de mero ciudadano? Esta cuestión es relevante por la siguiente razón: si la acción de Pedro todavía pudiera reconstruirse como la infracción de un deber de cuidado y, por ende, como un acto enantiotético, entonces el enfoque de Nino quizá podría ofrecer una respuesta a este caso sin necesidad de apelar a las actitudes subjetivas del agente ¿Existe espacio para semejante solución?

Antes de abordar este interrogante, aquí primero convendría decir unas palabras sobre cómo concebir los deberes o estándares de cuidado. Como en el caso de los deberes epistémicos, un deber de cuidado puede significar dos cosas: o bien una obligación negativa (es decir, la de abstenerse de ciertas cosas) o bien una obligación positiva (es decir, la de hacer ciertas cosas). Alguien incumple un deber de cuidado, por ende, o bien cuando realiza una acción de la que debió abstenerse (es decir, el automovilista que, en lugar de desacelerar, acelera); o bien cuando omite una acción que debió realizar (es decir, el padre que no alimenta a su hijo; o, una vez más, el automovilista que no desacelera cuando debiera hacerlo). Por lo general, como ocurre en estos casos, los deberes o estándares de cuidado se definen de manera genérica, tomando como referencia el desempeño de un rol típico, como el de médico o automovilista, de cuyo ejercicio se esperan ciertas precauciones. Quien, como el médico del ejemplo de Nino, realiza una intervención quirúrgica sin esterilizar los instrumentos que serán empleados, sin dudas que infringe una norma de cuidado, haciéndose penalmente responsable de las consecuencias que pudiera generar su acción. Este ejemplo es relativamente sencillo porque hay un dato incuestionable: el agente interviniente puede identificarse por el ejercicio de un rol típico (es decir, el de médico cirujano), al que definen obligaciones de cumplimiento fácilmente verificable, algo que no parece ocurrir en el caso Pedro, o aún en el de Traps. No obstante, lo que no debe perderse de vista es que en estos casos también aparecen involucrados auténticos deberes de cuidado, los que se definen en función de la posición de garantía que ocupan los actores. Considérese sino qué sucedería en caso de abandonarse esta condición para evaluar la responsabilidad del médico: si él no ocupara una

posición de garantía en relación con ciertos estados de cosas (es decir, un ambiente esterilizado) de cuya presencia depende la protección del bien jurídico en juego (es decir, la salud de su paciente), tampoco sería esperable que él fuera juzgado por el acaecimiento de ciertos hechos (es decir, la infección de un paciente), aunque interviniera en la operación ejerciendo su rol genérico de médico. *Mutatis mutandis*, puede decirse que Pedro ocupa una posición de garantía en relación con la salud de su amigo Juan justamente por actuar en calidad de invitado a su fiesta, aunque del hecho de ser invitado no se puedan inferir tan fácilmente obligaciones típicas, tal como sucede con el caso del médico.

Sabidos son los problemas que para la teoría de la imputación objetiva viene generando desde hace tiempo la cuestión de los “conocimientos especiales”,²⁶ categoría bajo la cual la dogmática penal analiza qué responsabilidad cabe imputarle a un sujeto que está dotado de capacidades o conocimientos reservados para unos pocos, aunque su adquisición no responda a ninguna obligación específica. Desde la doctrina se discute, entre otras cosas, si los conocimientos adquiridos por azar o de manera fortuita ingresan dentro de esta categoría, por ser conocimientos que, a diferencia de los primeros, no se definen en función de un rol específico.²⁷ En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es el modo en que la adquisición de estos conocimientos azarosos, como el conocimiento de Pedro sobre la fobia de Juan, modifica el paisaje normativo que rodea a un agente.

Quien voluntariamente asume un rol contrae, por eso mismo, una serie de obligaciones y/o deberes de cuidado, incluyendo una serie de deberes epistémicos. En esto no hay ningún misterio. Pero el caso de Pedro, como el de muchos otros individuos, es el caso de alguien que de forma involuntaria adquiere un nuevo saber, conocimiento o representación ¿Puede entonces un evento fortuito modificar el paisaje normativo de un individuo, sometiéndolo a deberes u obligaciones que antes no tenía? La respuesta no es difícil: por supuesto que puede, como habitualmente sucede en nuestra vida cotidiana y ha sido extensamente documentado.²⁸ Lo importante es no perder de vista que el nuevo saber que una persona como Pedro incorpora a su acervo de representaciones y creencias le impone una

26. WILENMANN VON BERNATH, “Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal...”.

27. DÍAZ ARANA, “La relevancia de los llamados conocimientos...”, p. 138 y ss.

28. HERSTEIN, “Legal Luck”.

obligación de no hacer ciertas cosas (es decir, contratar un payaso) que solo puede activarse porque esa persona, como cualquier otro ciudadano, ya se halla previamente sometido a las obligaciones elementales que emanan del Estado de derecho vigente, como sin dudas lo son tanto la prohibición de dañar como el deber de comportarse con diligencia.

Esta conclusión parcial a la que se ha arribado parece en condiciones de brindar una solución al interrogante originalmente planteado, lo que explica la enantiotelidad de ciertos actos con total independencia del cumplimiento de un rol específico. No obstante, nada de esto indica que seamos capaces de prescindir de las actitudes subjetivas a la hora de hacer a alguien penalmente responsable, que es lo que necesita el enfoque de Nino para salir indemne. Quien, como Pedro, actúa de modo tal que alcanza para poner en riesgo la salud de una persona, infringe un deber de cuidado que todos detentamos por el solo hecho de vivir como ciudadanos en un Estado de derecho. En esto tampoco hay ningún misterio. Pero también es cierto que nadie puede dar cauce a un deber de cuidado en abstracto, es decir: sin tomar en cuenta las especificidades que nos vinculan con ciertos hechos y/o resultados. En el caso particular de Pedro, son justamente estas especificidades las que lo ubican en cierta posición de garantía y, en última instancia, lo hacen penalmente responsable, no pueden ellas definirse sin ahondar en las creencias que ha adquirido sobre la disposición psicológica de su amigo.

V. A MODO DE CIERRE: ¿HACIA UN NUEVO PREVENCIÓNISMO LIBERAL?

A lo largo de este trabajo intentó mostrarse que la teoría de la responsabilidad penal de Nino se debate con gran incomodidad entre dos opciones extremas: por un lado, la de asumir un enfoque netamente objetivo que se desentienda de las actitudes subjetivas; y, por el otro, la de asumir un enfoque más flexible o mixto que, sin desentenderse de ellas, por lo menos consiga situarlas en un espacio que permanezca al resguardo de ciertas implicancias morales. Estas dos opciones, según se ha comprobado, persiguen a Nino en numerosos pasajes de su obra, y son las que explican por qué las nociones de “consentimiento” y “enantiotelidad”, que sin dudas constituyen el núcleo central de su teoría penal, contienen tantas ambigüedades e indefiniciones.

A propósito de la primera noción, analizada en la Sección II, se ha visto de qué manera ella pretende erigirse como una alternativa frente a la

vieja noción de culpabilidad de la dogmática penal, la cual, justamente por hacer de las actitudes subjetivas tanto la condición como el objeto del reproche estatal, incurriría en un perfeccionismo injustificable. Sin embargo, tal como ha procurado demostrarse, no solo sucede que la noción de consentimiento, según Nino la define, no sería inmune al subjetivismo del cual debiera poder desembarazarse, sino que tampoco ofrecería la alternativa más promisorio a fin de evitar ciertas consecuencias, como la transgresión del principio *ignorantia juris non excusat*. A modo de solución, aquí se propuso, siguiendo a Scanlon, que uno de los valores que un sistema penal debería preservar es el de la oportunidad de evitar la responsabilización penal por ciertas acciones, sin ser el consentimiento en modo alguno relevante para ese fin.

Por su parte, en referencia a la segunda noción, analizada en la Sección III, aquí se ha visto que el único modo en que ella podría operar sin incurrir en ninguna clase de subjetivismo conllevaría desconocer la relevancia que poseen algunas actitudes epistémicas en la determinación del disvalor de muchos actos. Desde luego, a pesar del extenso recorrido efectuado en dicha sección, sigue sin resultar del todo clara cuál es la razón por la que Nino querría llegar a estos extremos. Después de todo, su teoría liberal de la responsabilidad penal parece tener como único propósito el de evitar que el Estado se inmiscuya con nuestros propósitos y actitudes subjetivas para reprochárnoslas, mas no necesariamente en procura de otro objetivo. Al inicio de este trabajo llegó a sugerirse que, al menos *a priori*, no parecería haber ningún motivo por el cual una teoría preventiva de la pena no sea capaz de lidiar con nuestras actitudes subjetivas.²⁹ Por lo pronto, ¿por qué ella no podría fijar como requisito de atribución de un resultado lesivo la posesión de ciertas creencias, sin que esto implique de por sí una variación en la severidad de la respuesta penal? De acuerdo con esta posibilidad, a los efectos de que una persona sea correctamente responsabilizada deberían constatarse en su mente ciertas creencias o representaciones. No obstante, la razón por la cual se la sancionaría ya no tendría que ver con esta condición probatoria sino con las acciones que tales creencias contribuirían a explicar.³⁰

29. Véase el Apartado II.

30. Debe aclararse que una cosa es el solo hecho de estar en posesión de ciertas creencias y otra cosa es el hecho de estarlo como fruto de ciertas maniobras moral y/o jurídicamente inaceptables, como la violación de la correspondencia, la intervención telefónica o la ex-

Ciertamente, para tener éxito en su empresa, una teoría preventiva de este calibre no solo debería explicar por qué, en algunas circunstancias, la imputación de responsabilidad ha de realizarse con total independencia de que se constaten ciertas actitudes epistémicas, sino también por qué, en circunstancias diferentes, debería suceder precisamente lo contrario. Al final de este trabajo llegó a sugerirse que, cuando están en juego deberes de cuidado que se derivan del ejercicio de un rol típico asumido voluntariamente, como el rol de médico, productor, aviador o automovilista, las representaciones o creencias que de hecho tenga quien produce un resultado lesivo puede que sean irrelevantes para hacerlo penalmente responsable. En cambio, cuando este no es el caso, el requisito se invierte, pues lo que importa averiguar es si un imputado estaba al tanto de la posibilidad de que sus acciones pudieran generar ciertas consecuencias.

Para encarar ambos desafíos, es posible que una teoría prevenciónista de la responsabilidad penal como la defendida por el propio Nino esté perfectamente capacitada, aunque purgada de los elementos subjetivistas aquí impugnados. En efecto, desde una óptica preventiva, tiene perfecto sentido sancionar con mayor severidad aquellas acciones mediadas por deberes epistémicos de cierta envergadura, como los que se derivan del desempeño de algunos roles profesionales. La razón es simple: si eso no ocurriera, no todo el mundo asumiría las obligaciones ligadas a su rol con el rigor del caso. Pero también se advierte algo similar en relación con el segundo desafío. Esto es, ¿con qué alternativa contamos si deseamos minimizar la posibilidad de que los conocimientos especiales de ciertos individuos se usufructúen en detrimento de intereses ajenos? Si, por el contrario, nos disponemos a poner en pie de igualdad, por un lado, al individuo que actúa desconociendo ciertos hechos, mas sin estar bajo la obligación de conocerlos; y, por otro, al individuo que, sin estar tampoco bajo esa obligación,

torsión. Sin embargo, el hecho de que un agente maneje información a la que ha accedido infringiendo ciertos códigos morales y/o jurídicos no necesariamente implica que el acto delictivo que acomete en virtud de esa información merezca un reproche mayor que el acto delictivo que acometería manejando información a la que simplemente hubiera accedido por accidente o fortuna. Por ejemplo, si la violación de la correspondencia constituye de por sí un delito, entonces el agente que accede a cierta información relevante mediante este delito y la emplea para acometer otro acto delictivo no será penado con mayor severidad en razón de que este último delito sea más grave, sino porque habrá incurrido en lo que habitualmente se conoce como un concurso de delitos.

actúa con perfecto conocimiento de lo que podría llegar a provocar, ¿no se imparte un mensaje tendiente a alentar formas de conducta claramente perjudiciales?

Todo esto, desde luego, puede resultar por el momento materia de especulación. Sin embargo, en principio no sería solo el prevenciónismo el que no estaría tan lejos de ofrecer una respuesta coherente a estas cuestiones, sino también el liberalismo, aunque probablemente no en la acepción que Nino tenía de este. Al respecto, aquí solo se mencionarán dos sentidos puntuales en los que el liberalismo podría mostrar su impronta característica. El primero de ellos es el que se plasma en la aproximación que pondría para lidiar con los delitos imprudentes o de imputación objetiva, lo que permite que solo sean responsabilizados quienes hayan accedido voluntariamente a desempeñar ciertos roles. Por su parte, el segundo sentido es el que se constata en su enfoque sobre los delitos intencionales o dolosos, en los que presuntamente querrá preservar la integridad de toda aquella persona que no esté al tanto de la configuración que presente el mundo en un momento determinado, no ya porque carezca de la voluntad de hacerlo, sino porque tal cosa simplemente escape de sus posibilidades. En ambos sentidos –y no son los únicos– el liberalismo hará valer su impronta imponiendo un límite estricto a las pretensiones punitivas del Estado. Si suscita dudas, en cambio, la idea de que, para expresar ese límite, necesariamente haya de renunciar a toda pretensión reprochadora. En este aspecto en particular, y tal como intentó mostrarse a lo largo de la Sección II, el enfoque liberal de Nino habría pecado por exceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BEADE, Gustavo, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, en *Isonomía*, N° 35, 2011, pp. 143-165.
- DÍAZ ARANA, Andrés F., “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio, N° 11, 2014, pp. 113-165.
- FERRANTE, Marcelo, “¿Castigo por resultados? El argumento de L. Katz”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto & Rosenkrantz, Carlos (coordinadores), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, 2008, Buenos Aires, pp. 153-165.

- FRANKFURT, Harry, “Necesidad y deseo”, en *La importancia de lo que nos preocupa*, Katz Editores, 1996, Buenos Aires, pp. 153-170, traducción de Weinstabl, Verónica I. & De Hagen, Servanda M.
- GUARIGLIA, Osvaldo & Vidiella, Graciela, *Breviario de ética*, Edhasa, 2011, Buenos Aires.
- HERSTEIN, Ori J., “Legal Luck”, en Church, Ian M. & Hartman, Robert J., *The Routledge Handbook of the Philosophy and Psychology of Luck*, Routledge, 2019, Nueva York.
- IMBRISEVIC, Miroslav, “Why is (Claiming) Ignorance of the Law No Excuse?”, en *Review Journal of Political Philosophy*, Vol. 8, N.º 1, 2010, pp. 57-69.
- JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año II, N.º 1-2, 1996, traducción de Cancio Meliá, Manuel & Peñaranda Ramos, Enrique, pp. 71-119.
- MALAMUD GOTI, Jaime, “Comentario bibliográfico al libro de C. S. Nino, ‘Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito’”, en *Doctrina Penal*, N.º 4, 1981, pp. 165-173.
- NINO, Carlos. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, 1980, Buenos Aires.
- , *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, 1987, Buenos Aires.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 2005, Buenos Aires.
- , *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, 2007, Buenos Aires.
- , “Los límites a la aplicación de la moral a través del Derecho Penal”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 47-64.
- , “La derivación de los principios de la responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 25-41.
- , “Una teoría consensual de la pena”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 116-132.
- , “Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal”, en *Fundamentos de Derecho Penal*, de la colección *Los escritos de Carlos. S. Nino* (editada por G. Maurino), Gedisa, 2008, Buenos Aires, pp. 65-98.

- PARMIGIANI, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, en *Isonomía*, N° 39, 2013, pp. 37-81.
- , “Liberalismo, sanción y reproche en *Motivos reprochables*, de J. M. Peralta”, en *Discusiones*, Vol. 15, N° 2, 2014, pp. 207-244.
- , “Elementos para un enfoque pragmatista de la responsabilidad en la obra de G. H. von Wright”, en González Lagier, Daniel & Figueroa Rubio, Sebastián (editores), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G. H. von Wright a cien años de su nacimiento*, Palestra Editores, 2018, Lima, pp. 15-58.
- , “La teoría consensual de la pena en la encrucijada”, en *Ideas y Valores*, Vol. 70, N° 175, 2019, pp. 95-115.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 6, 2011, pp. 11-49.
- SANCINETTI, Marcelo, “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”, en *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2017, pp. 1-22.
- SCANLON, Thomas, “Castigo penal e imperio de la ley”, en Hongju Koh, Harold & Slye, Ronald C. (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, 2004, Barcelona, pp. 303-320, traducción de Bergallo, Paola. & Alegre, Marcelo.
- WILENMANN VON BERNATH, J., “Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal y teoría de las ciencias”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13, 2010, pp. 135-176.
- WILLIAMS, Bernard, “Deciding to Believe”, en *Problems of the Self. Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, 1973, Cambridge, pp. 136-151.
- , “Responsabilidad moral y libertad política”, en *La filosofía como una disciplina humanística*, FCE, 2011, México, pp. 141-147, traducción de García de la Sienna, Adolfo.

**TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS
A LA INVESTIGACIÓN**

LA FAMILIA MULTIESPECIE EN EL DIPR: PROPUESTA DE REGULACIÓN NORMATIVA DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA*

PAULA MINGORANCE**

Resumen: El presente trabajo busca proyectar normas de derecho internacional privado que regulen el cuidado personal de los animales de compañía en los casos de divorcio y separación de uniones convivenciales. Para lo cual, se abordará el tema partiendo de conceptos generales, hasta lograr profundizar en cuestiones específicas, construyendo así los distintos eslabones teóricos que permitirán fundamentar la regulación normativa propuesta. De esta forma, se brindará la definición del concepto de derecho de familia, su evolución histórica y el panorama actual, para luego conceptualizar la noción de familia multiespecie. Asimismo, se expondrá el trato jurídico actual que el Código Civil y Comercial de la Nación brinda a los animales no humanos, a partir del cual los jueces deben resolver los casos concretos que llegan a su conocimiento, a los fines de posteriormente apoyar la postura de que los animales no humanos son titulares de derechos, tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a un hábitat, el derecho a un sistema de salud, el derecho a la dignidad y el derecho que nos ocupa el presente trabajo, el “derecho a la familia”, justificando la posición en doctrina y jurisprudencia. Seguidamente, el trabajo se abocará a describir la base teórica del derecho internacional privado, específicamente con respecto a los sectores del derecho aplicable y jurisdicción competente. A partir de lo anterior, se proyectará la regulación del referido instituto, de forma tal de integrar el conocimiento previamente cimentado. Por último, se finalizará con la reseña y crítica de diversas normas vigentes y proyectos de leyes correspondientes al derecho internacional comparado, a los fines de dejar preparado el escenario para una posterior construcción normativa que regule el derecho de fondo en la materia.

* Recepción del original: 21/05/2022. Aceptación: 21/06/2022.

** Estudiante de abogacía, Facultad de Derecho (UBA).

Palabras clave: derecho internacional privado — derecho de las familias — familia multiespecie — cuidado personal de los animales de compañía — proyección normativa

Abstract: The present work seeks to outline norms of private international law that regulate the personal care of companion animals in cases of divorce and separation of cohabiting unions. For which, the subject will be addressed starting from general basic concepts, to later deepen into specific issues building, in order to build the different theoretical links that will provide the basis for the proposed normative regulation. In this regard, the legal definition of the concept of family, its historical evolution and the current scenario will be provided, to then conceptualize the notion of multispecies family. Likewise, the article will present the current legal treatment that the Civil and Commercial Code of the Nation offers to non-human animals —according to which judges must resolve the concrete cases that come to their knowledge—, in order to subsequently support the position that non-human animals are holders of rights, such as the right to equality, the right to life, the right to freedom, the right to their habitat, the right to health system, the right to dignity and, the right that concerns us in this paper, the "right to family", justifying the position in doctrine and jurisprudence. In addition, the work will describe the theoretical basis of private international law, specifically with respect to the areas of applicable law and competent jurisdiction. From the foregoing, the regulation of the aforementioned institute will be studied, so as to integrate the previously established knowledge. Finally, the article will conclude with a review and critique of various current rules and draft laws on international comparative law, with a view to setting the stage for a subsequent normative construction that regulates the substantive law on the subject.

Keywords: private international law — family law — multi-species family — personal care of companion animals — regulatory projection

I. INTRODUCCIÓN

El núcleo familiar, como era entendido en la antigüedad, ha sufrido modificaciones y debido incorporar jurídicamente distintas experiencias de la realidad. En efecto, ha habido una notoria evolución del concepto de familia, que incluye, entre otros conceptos, el de la familia multiespecie. De esta manera, hoy en día, el concepto familia ha mutado de forma tal que los animales no humanos (en adelante, ANH) han ganado

el estatus de integrantes de nuestras familias, por lo que ocupan un rol en particular.

No obstante, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) clasifica a los ANH como “cosas”, objetos de derecho, que no gozan de ningún tipo de capacidad jurídica, y que, en consecuencia, se encuentran únicamente amparados por el régimen de propiedad privada. De esta manera, los ANH no humanos no se encuentran protegidos en el CCCN.

En virtud de lo precedentemente expuesto, se da el caso de que, ante situaciones de divorcio o separación, cuando las partes solicitan el cuidado personal del animal de compañía, la jurisprudencia, en vistas de la regulación previamente mencionada, suele resolver los casos a partir del derecho patrimonial. Si bien hay honrosas excepciones, lo cierto es que, con la regulación actual, las partes dependen de la suerte del juez que resulte sorteado para resolver el caso.

Asimismo, hasta el momento no ha habido registros de casos judiciales de cuidado personal de ANH en casos de divorcio que contengan elementos que internacionalicen el caso. No obstante, considero que es una cuestión de tiempo que estos ocurran, ya que, claramente, se podría dar, por ejemplo, un caso de divorcio o separación de una pareja o matrimonio residente en el extranjero en el cual uno de los cónyuges o partes mude su domicilio a la República Argentina, y demande ante los jueces argentinos el cuidado personal del animal de compañía. Ante ello, el juez se encontraría ante un vacío normativo, ya que no está regulado el derecho aplicable ni la jurisdicción para estos casos. Esta situación, específicamente, tendría una gran relevancia, teniendo en cuenta que, tratándose de un caso internacional, si el juez realizara una interpretación errónea, podríamos estar sometiendo al animal a un grave padecimiento, en cuanto a lo que implicaría su traslado a un país y hogar que no le resultan familiares, así como también la modificación de su entorno y núcleo familiar, que podría alterar gravemente su psiquis.

Ante este supuesto, resulta pertinente plantear la posible regulación normativa del cuidado personal de las familias multiespecie en los casos de divorcio en el derecho internacional privado (en adelante, DIPr) de Argentina, para lo cual, corresponde preguntarse: ¿cómo debería regularse el instituto dentro del DIPr argentino?

Sostengo en este trabajo la hipótesis de que la regulación del instituto, conforme la tendencia actual, requiere del uso del pluralismo metodológico, de modo que se puedan resolver los diversos problemas que se presenten como consecuencia de la internacionalidad en la familia multiespecie.

Asimismo, sostendré que se debe regular al juez competente a través de una norma de jurisdicción internacional directa de carácter concurrente.

II. CONCEPTO DE FAMILIA

Néstor Solari explica que, en los últimos años, se produjeron transformaciones esenciales en instituciones que integran el derecho de familia, lo que genera la inminente necesidad de que estos nuevos modelos y estructuras familiares que vienen ocurriendo en la realidad, se puedan plasmar de forma adecuada en el plano jurídico. De esta manera, se puede observar que, conceptos y roles históricos —tales como madre, padre, marido, mujer, hijo, etcétera— han mutado sus significados, tanto en el ámbito sociológico como jurídico.¹

En consecuencia, incluso desde una óptica constitucional, resulta claro que el concepto de familia ha mutado y que ya no se reduce al matrimonio, el cual ha sido en distintas culturas y tiempos la esencia de la familia. Por el contrario, el matrimonio, hoy en día, no resulta la única forma de unión que merece protección por parte de la ley. En este sentido, en la actualidad, prevalece en el ámbito jurídico el concepto amplio de familia, que incluye, por ejemplo, las familias monoparentales, las familias ensambladas, las uniones sin convivencia, entre otros tantos, a partir de lo cual, se puede observar un “ensanchamiento” del contenido y alcance de las familias en la actualidad.²

En virtud de lo precedente, Néstor Solari explica: “la diversidad de modelos familiares existentes, nos exige abandonar el denominado ‘derecho de familia’ y dar un paso al ‘derecho de las familias’”.³ El derecho de las familias, según explica Solari, expresa y evidencia el cambio de paradigma de los modelos familiares reconocidos por el derecho positivo en los últimos tiempos, donde quedan comprendidas formas de familias diversas, de una manera en la cual coexisten modelos históricos y clásicos —como el matrimonio— con otros modelos sociofamiliares que han sido desarrollados en los últimos años. Este “ensanchamiento” del concepto de familia permitirá la

1. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 1.

2. SOLARI, *Derecho de las familias*, pp. 2-3.

3. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 6.

inclusión legislativa de diferentes formas de familia existentes en la realidad, que todavía no tienen protección legal en nuestro derecho positivo.⁴

Al respecto, Solari explica:

Es cierto que, en los últimos años, fruto de reformas trascendentes, se ha ido abriendo paso una tendencia consistente en incluir consecuencias jurídicas nacidas de modelos familiares distintos al matrimonio, pero, hay que resaltar, todavía se observan composiciones familiares que no tiene un resguardo legal por parte del Estado.⁵

En este mismo sentido, en una llamada al pie correspondiente al párrafo precedentemente citado, Solari detalla que:

La protección de los derechos humanos de las personas mayores se encuentra ausente en la normativa de las instituciones del derecho de las familias, en el nuevo Código. *Tampoco puede soslayarse el silencio del nuevo Código sobre la situación jurídica de los animales, no exenta de consecuencias derivadas en el ámbito familia, especialmente respecto de las mascotas*⁶ [las itálicas me pertenecen].

Solari finaliza el capítulo diciendo que, si bien el derecho positivo se encuentra bien encarrilado en cuando a reconocer a la diversidad cultural en las familias a través de los cambios legislativos, el verdadero desafío pasa a darse en la aceptación de jueces y operadores jurídicos de, justamente, estos cambios legislativos.⁷

III. LA FAMILIA MULTIESPECIE

Claudia Andrés, en una entrevista para *Diario Norte*, define a la familia multiespecie:

4. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 6.

5. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 6.

6. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 6, nota 4.

7. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 7.

Grupo de personas que conviven y comparten un proyecto común, y en el que una de ellas es un animal. Involucra un fuerte componente emocional, donde cada integrante tiene un lugar propio e importante.⁸

Boulenaz y Tagarelli explican:

Aceptar que formamos una familia multiespecie, que forman parte de nuestra sociedad, de nuestra comunidad nos ayuda a entender el lugar que ocupan en nuestra vida y con ello nuestras responsabilidades y sus derechos.⁹

Jaramillo, citando a Velázquez, expone que:

La nueva dinámica familiar genera una figura de “familia multiespecie” que incluyen a los animales de compañía como integrantes de la familia, en el entendido que dejaron de ser solo nuestros mejores amigos para convertirse en miembros plenos de la organización familiar, todo ello apunta a que la cotidianidad familiar; las salidas y vacaciones se planifican teniendo en cuenta sus necesidades en un amor incondicional que humaniza estas relaciones con muestras animal de compañías, llegando a alcanzar una relación inter especie o interacción humano animal.¹⁰

Finalmente, Domínguez Edreira expuso que la familia ha mutado de forma tal que los ANH han ganado el estatus de integrantes de nuestras familias, y ocupan un rol en particular. Tal es así que les damos un nombre a nuestros animales de compañía, incluso nombres de personas; les damos nuestro alimento; domicilio; nos preocupamos por qué alimento necesita, qué alimento le hace bien, si es necesario cambiarlo; su salud, nos preocupamos constantemente si se sienten bien, si están decaídos, si los vemos bien; con el tema de las vacaciones, con quién se va a quedar; nos ocupamos y damos los cuidados necesarios.¹¹

8. Diario Norte, “Nuevos debates sobre el concepto de familia multiespecie...”, 29/04/2021.

9. BOULENAZ & TAGARELLI, “Protección penal a los animales”, p. 3.

10. SÁNCHEZ JARAMILLO, “El animal no humano (ANH) en...”, p. 7.

11. YouTube, “La interespecie en las relaciones familiares”, min. 42:00-45:00.

IV. TRATO JURÍDICO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS EN EL CCCN

A fines de explicar la calificación jurídica de los ANH en el CCCN, González Silvano¹² analiza los artículos 227,¹³ 1310,¹⁴ 1759,¹⁵ 1757,¹⁶ 1947,¹⁷ 2130,¹⁸ 2141¹⁹ y 2153²⁰.

12. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de Derecho animal*, p. 31.

13. Artículo 227. Cosas muebles. "Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa".

14. Artículo 1310. Responsabilidad por culpa. "Si se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa. Esta convención no puede estar incluida en una cláusula general predispuesta".

15. Artículo 1759. Daño causado por animales. "El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757".

16. Artículo 1757. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización".

17. Artículo 1947. Apropiación. "El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación. a) son susceptibles de apropiación: i. las cosas abandonadas; ii. los animales que son el objeto de la caza y de la pesca; iii. el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos. b) no son susceptibles de apropiación: i. las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario; ii. los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno; iii. los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos; los tesoros".

18. Artículo 2130. Objeto. "El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, solo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario".

19. Artículo 2141. Frutos. Productos. Acrecentamientos naturales. "Pertenecen al usufructuario singular o universal: a) los frutos percibidos. Sin embargo, si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario está obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinción; b) los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. Los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario; c) los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo. El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestación alguna".

20. Artículo 2153. Efectos de la extinción. "[...] Si el usufructo es de un conjunto de animales que perece en su totalidad sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al nudo

En virtud de los artículos precedentemente citados, González Silvano concluye diciendo que el actual CCCN trata a los ANH como "cosas", objetos de derecho. Por ende, estos no gozan de ningún tipo de capacidad jurídica y se encuentran únicamente amparados con el régimen de propiedad privada.²¹

V. SITUACIÓN JUDICIAL ACTUAL DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

En la actualidad, existen casos de divorcio en los cuales las partes entregan un acuerdo de divorcio que regule la división de bienes matrimoniales, el cuidado personal de los niños e incluyen el cuidado personal del animal de compañía y, si no hay conflicto entre las partes, la tendencia jurisprudencial avanza hacia la homologación de dichos acuerdos. Incluso, ha habido destacados y pocos casos en los cuales los jueces sí han resuelto sobre el cuidado personal en un caso contradictorio.

No obstante, lo cierto es que, con la regulación actual, las partes dependen de la suerte del juez que sea sorteado en la causa, ya que, como bien se estableció, los ANH son legalmente considerados "cosas" por el CCCN, por lo que integrarían el patrimonio de la sociedad conyugal o de la unión convivencial, y serían divididos junto con el resto de los bienes entre las partes.

VI. ANIMALES NO HUMANOS Y DERECHO A LA IGUALDAD

Considero que resulta importante destacar la noción de igualdad que trae Gargarella:

[...] tratar a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno.²²

propietario los despojos subsistentes. Si el conjunto de animales perece en parte sin culpa del usufructuario, éste tiene opción de continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o de cesar en él, entregando los que no hayan perecido".

21. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 33.

22. GARGARELLA, "Constitucionalismo vs. Democracia", p. 33.

De esta manera, ejemplifica diciendo que habría una omisión a este compromiso si es que no se tuviera en cuenta el embarazo de una mujer en una relación laboral o si no se tomaran medidas afirmativas para la protección de la comunidad negra. Por lo tanto, continúa diciendo:

[...] tratar a cada individuo como un igual conlleva una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las elecciones que cada individuo realiza, y no de las circunstancias en las que le toca nacer.²³

Ante las citas precedentes de Gargarella, alguien podría objetar que, en realidad, en el caso de los ANH, estamos ante una situación distinta a las previamente mencionadas, ya que estos no poseen raciocinio, conciencia, lenguaje, no tienen la posibilidad de caminar en dos patas, carecen de sociabilidad, no poseen intereses propios, no pueden ser centros de imputación de obligaciones, no tienen capacidad jurídica y carecen de ética, todo lo cual los podría diferenciar de los seres humanos y, por lo tanto, esto aparentemente vendría a justificar que no sean tenidos en cuenta a la hora de tomar decisiones en torno a cuestiones que los atañen. Ante lo cual, González Silvano se ha encargado de derribar absolutamente cada uno de estos presupuestos. Afirma que, de hecho, los ANH sí tienen raciocinio, ya que "también toman decisiones sobre la base de su experiencia lógica, no solo por instinto".²⁴ Agrega que:

La Declaración sobre la conciencia de Cambridge (07/07/2012) deja sin argumento el postulado acerca de que los animales no humanos no tienen conciencia; de manera que ambos, humanos y no humanos, la compartimos.²⁵

Explica que los ANH sí tienen un lenguaje y se comunican tanto con su propia especie como con otras. Si bien no es entendible por los seres humanos, esto no implica que no se trate de un lenguaje, desde la dan-

23. GARGARELLA, "Constitucionalismo vs. Democracia", p. 33.

24. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 36.

25. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 36.

za de las abejas, hasta los gestos de los chimpancés, cada animal tiene su lenguaje. También desmiente el argumento que refiere a que los ANH deberían ser distinguidos de los animales humanos debido a que no son bípedos, diciendo que, en realidad, hay muchos ANH que sí son bípedos, según la especie (por ejemplo, los pingüinos); de la misma manera, durante los primeros diez meses de vida, el humano tampoco adopta la forma de caminar bípeda, sino que gatea, ante lo cual, claramente, a nadie se le ocurre plantear que los bebés humanos deban recibir un trato de inferioridad y opresión. Asimismo, la sociabilidad "no es exclusiva del humano, muchas especies trabajan en comunidades con jerarquías".²⁶ En cuanto al argumento correspondiente a los intereses propios, resulta realmente claro que los ANH también tienen intereses propios, si bien es cierto que estos pueden no coincidir con los intereses de los humanos. Respecto del punto referido a las obligaciones, resulta necesario resaltar que hay muchos casos en los cuales los seres humanos tampoco pueden ser centro de imputación de obligaciones, y no por ello dejan de ser sujetos de derecho; por ejemplo, niños y niñas y personas incapaces así declaradas por sentencia judicial, tal como lo establece el artículo 24 del CCCN.²⁷

Por lo tanto, resumiendo los argumentos esbozados en el párrafo anterior, resulta posible afirmar que los ANH no poseen diferencias con los animales humanos. No obstante, estos tienen capacidades diferentes, ya que su comportamiento, formas de expresarse y pensar, obviamente, son distintas.

Sin embargo, afirmar que debe existir un trato desigual y que este se encuentra justificado en el mero hecho de la presencia de una "deficiencia física, mental, intelectual o sensorial"²⁸ que poseen los ANH con relación a los animales humanos, sería lo mismo que afirmar que no cabría un derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, afirmación que iría absolutamente en contra de la totalidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de los artículos 14, 16 y 75, incs. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional; de los artículos 1 y 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.²⁹

26. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 37.

27. República Argentina, "Código Civil y Comercial de la Nación", art. 24.

28. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13/12/2006, art. 1.

29. PGN, "E.P. c/ Universidad Nacional de La Matanza s/ Amparo Ley N° 16.986", p. 6.

Consecuentemente, que los ANH posean capacidades distintas no implica que deban tener un trato desigual. Se pregunta González Silvano, "[...] ¿por qué no podemos establecer que los ANH tienen limitada su responsabilidad y necesitan un custodio responsable de ellos?".³⁰ Al respecto, no veo obstáculo alguno para que los ANH también gocen del derecho a la igualdad como todos los animales humanos. Retomando lo precedentemente citado de Gargarella, claramente, esta igualdad no va a buscar tratar a los ANH igual que a los seres humanos, sino que implicaría tratarlos como iguales, lo cual, determinaría la necesidad de aplicar "ajustes razonables":

[...] en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los "ajustes razonables" son aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con las demás.³¹

Sin perjuicio de lo precedente, se podría argumentar que los ANH no deben ser beneficiarios del derecho a la igualdad ya que estos no son reconocidos como personas jurídicas y, por tanto, no merecen la protección del derecho. En ese sentido, sería oportuno responder que, en realidad, no existe obstáculo alguno para que los ANH tengan personalidad jurídica, salvo nuestros propios prejuicios.³² Esto es así, ya que la "personalidad jurídica" se trata de una construcción jurídica, una ficción que utiliza el derecho y que puede ser modificada por el legislador de acuerdo con las políticas legislativas, conveniencias y de acuerdo con la realidad que se vuelva relevante en el momento. Tal es así, que podemos advertir que, en la actualidad, el derecho ha reconocido como persona jurídica, con la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, a entes que ni siquiera gozan de sintiencia, y que no podrían estar más alejados a los seres humanos: me estoy refiriendo a las sociedades comerciales. En efecto, tal

30. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 37.

31. PGN, "Naranjano, E.P. c/ Universidad Nacional de la Matanza...", p. 7.

32. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 35.

como indica Faerman, "[...] a partir de qué momento del embarazo puede considerarse que existe una *persona moral* y por tanto un tercero que no puede ser dañado es, sin dudas, una decisión moral"³³ [las cursivas me pertenecen]; y "[...] 'persona' es y será lo que el legislador quiera que sea".³⁴

Por consiguiente, para que los ANH tengan igualdad, estos deben ser reconocidos por el derecho como personas jurídicas. En este mismo sentido, diversos tribunales nacionales de otros países han fallado ante casos concretos, y, particularmente, así también lo ha hecho el emblemático fallo de Casación Penal, "Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ *Habeas Corpus*", de fecha 18 de diciembre de 2014.³⁵

De modo que, concluyo que siendo posible el reconocimiento jurídico de los ANH como personas jurídicas, estos son titulares de derechos, tal como lo es toda persona humana. Por lo tanto, adicionalmente al relato sobre la igualdad que veníamos ya transitando, se añaden otros derechos adicionales bajo el amparo del reconocimiento como sujeto de derecho, que se encuentran en línea con el derecho a la igualdad, tales como el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a su hábitat, a un sistema de salud y a la dignidad,³⁶ así como también, el derecho que nos ocupa el presente trabajo, el "derecho a la familia", el cual se encuentra protegido por el art. 17, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Preámbulo y los arts. 12, 16 incs. 1 y 3, 23 inc. 3 y 25 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

VII. REGULACIÓN DIPr

En virtud de todo lo previamente expuesto, esto es, la evolución del derecho de familia al derecho de las familias, la realidad de las familias multiespecie, el trato que brinda el CCCN a los ANH y la justificación de por qué los ANH deberían de gozar un derecho a la igualdad, así como

33. FAERMAN, "El derecho al aborto temprano a...", p. 26.

34. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 35.

35. Cámara Federal de Casación Penal, "Orangutana Sandra", considerando 2.

36. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de derecho animal*, p. 40.

también la respectiva protección dentro del derecho de familia, es que, teniendo en cuenta la importancia de la temática, pasaré a proyectar una posible norma de DIPr, que regule el cuidado personal de los ANH en casos de divorcio o separación que contengan elementos que internacionalicen el caso.

Ahora bien, a los fines de poder crear una norma de DIPr, primero que nada, debemos comprender cuál es su función, cuál es su objeto, cuál es su contenido y en qué consiste la pluralidad metodológica. Todo lo cual, va a ayudar a crear el marco teórico propicio, para poder dar vida a la pretendida regulación.

En este sentido, Najurieta en su artículo denominado *El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual* explica que la función actual del DIPr resulta regular intereses privados que posean elementos extranjeros.³⁷ De esta manera, explica que el DIPr es un medio para proveer una solución de conjunto al conflicto que se plantee entre las personas en las relaciones jurídicas privadas internacionales.³⁸

En consecuencia, Najurieta afirma que el objeto es abordado en torno a la función previamente mencionada, es decir, a la regulación del caso jusprivatista multinacional en su conjunto mediante una:

[...] “norma completa”, que se puede integrar con “normas fragmentarias”, las cuales responden a distintos métodos, y actúan en forma coordinada a fin de llegar a una solución de fondo del conflicto.³⁹

Sin embargo, explica que el objeto no se reduce únicamente a un conjunto de normas o de métodos normativos, sino que, considerando que la jurisdicción internacional condiciona el sistema de DIPr aplicable al caso concreto, debe estarse a una conexión entre: las normas de jurisdicción internacional, las normas que deciden el fondo de la controversia y el procedimiento de reconocimiento y/o ejecución de sentencias extranjeras.

Siguiendo con el análisis, Najurieta comenta que el contenido “consistirá en todos aquellos procedimientos que nos son útiles para arribar a la

37. NAJURIETA, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”, p. 1.

38. NAJURIETA, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”, p. 2.

39. NAJURIETA, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”, p. 2.

solución justa del caso jusprivatista multinacional”.⁴⁰ Es decir, el contenido comprende todos aquellos procedimientos que resulten aptos para regular los objetos previamente mencionados —competencia jurisdiccional internacional, derecho aplicable y el reconocimiento y/o ejecución de sentencias extranjeras—.

Ahora bien, los procedimientos previamente mencionados consisten en los siguientes métodos: método bilateral, método unilateral —el cual comprende a las normas de policía— y método directo.

VIII. DERECHO APLICABLE

Con respecto al método unilateral, Uzal en su texto “El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica”, explica que este consiste en una estrategia legislativa por medio de la cual la determinación del derecho aplicable al caso jusprivatista internacional siempre va a tener como resultado a la ley del foro (*lex fori*).⁴¹

Asimismo, Najurieta comenta sobre el método unilateralista, explicando que tiene vigencia parcial en la actualidad a través de las normas de policía del DIPr.⁴² Al respecto, Uzal define a las normas de policía como normas materiales, que tipifican casos multinacionales pero que, a diferencia de las normas de conflicto que se describen a continuación, disponen en su consecuencia jurídica una solución de fondo, la cual consiste en la autoselección de la *lex fori* para solucionar el caso jusprivatista internacional. La fundamentación de las normas de policía, principalmente recae sobre problemas de orden público; sin embargo, también regula diversos intereses que el Estado busca proteger especialmente, tales como: control de la economía nacional, protección de recursos monetarios, regulación societaria, de la propiedad inmueble, del medioambiente, entre otros.⁴³

Por otro lado, Uzal describe al método bilateral o también llamado conflictualismo, el cual, citando a Goldschmidt, afirma que se trata de la norma propia del DIPr. El método bilateral contiene una norma de estructura bimembre, es decir, por un lado, tipifica un caso jusprivatista multi-

40. NAJURIETA, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional...”, p. 3.

41. UZAL, “El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad...”.

42. NAJURIETA, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional...”, p. 10.

43. UZAL, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”.

nacional y, por otro lado, mediante el llamado “punto de conexión”, elige el derecho aplicable al tipo legal plasmado, sin favorecer a la *lex fori* por sobre el derecho extranjero —ni viceversa—, encontrándose ambas fuentes en igualdad de condiciones. De esta manera, se puede observar cómo la norma de conflicto se encarga de determinar cuál es el derecho que va a solucionar el caso jusprivatista internacional, sin dar una solución directa de fondo al problema que se plantea.⁴⁴

Tal como expone Scotti, los puntos de conexión pueden clasificarse:

- Por su variabilidad en el tiempo:
 - Mutables*: domicilio, residencia, nacionalidad.
 - Inmutables*: lugar de celebración de un acto, lugar de situación de un bien inmueble, lugar de comisión de un acto ilícito.
- Por su naturaleza o carácter:
 - Personales*: domicilio, residencia, nacionalidad.
 - Reales*: situación o registro del bien.
 - Relativos a los actos*: lugar de celebración o ejecución de contratos, autonomía de la voluntad, lugar donde se origina el acto ilícito, lugar donde se produce el daño.
- Por su funcionamiento:
 - Simples*: indican un solo elemento de conexión.
 - Múltiples*: suponen una agrupación de conexiones que pueden funcionar de modo subsidiario, alternativo o acumulativo.⁴⁵

En este sentido, con respecto a los puntos de conexión múltiples, Scotti comenta que las múltiples conexiones posibles que ofrece la norma pueden presentarse de forma jerarquizada o simplemente alternativa, cuya elección será decisión del juez o de alguna de las partes —conforme la norma lo determine—. En el caso de puntos de conexión jerarquizados, las conexiones operarán una en defecto de la otra, de forma sucesiva, cuando la primera de ellas no pueda ser utilizada por alguna circunstancia razonable. Por otro lado, las conexiones alternativas no jerarquizadas pueden

44. UZAL, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”.

45. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 42.

estar "materialmente orientadas", es decir, la elección entre los múltiples puntos de conexión será resultado de una orientación fijada por el legislador, como puede ser la protección del interés superior del niño, del hijo, del alimentado, del consumidor, del damnificado, etcétera, debiendo ser determinado por el juez en el caso concreto.⁴⁶

Finalmente, Najurieta expone que: "[...]el método de creación aplicado a las situaciones que constituyen el objeto de nuestra materia genera las normas materiales propias del derecho internacional privado".⁴⁷ A diferencia de los métodos anteriores, en el método directo, la norma material posee como consecuencia jurídica la resolución del caso jusprivatista internacional, a través de una disposición directa y sustancial, a partir de la cual se determina la conducta que debe llevarse a cabo. Scotti explica que, al igual que en la norma indirecta, la estructura de la norma directa contiene dos elementos: el supuesto de hecho tipificado y la consecuencia jurídica, la cual va a brindar una solución concreta y específica. Podemos encontrar este tipo de normas en la fuente interna argentina en algunas disposiciones que definen conceptos, también conocidas como "calificaciones autárquicas".⁴⁸

IX. REGULACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

En virtud del marco teórico previamente expuesto, me encuentro en condiciones de proyectar una posible norma que regule el derecho aplicable al cuidado personal de los animales de compañía ante divorcio o separación en el DIPr.

En primer lugar, considerando que nuestro CCCN no lo hace, resulta necesario aportar una definición, a los fines de una clara comprensión de lo que implica la familia multiespecie. En este sentido, utilizando el método material, se debe definir a la familia multiespecie a través de una norma directa que contenga una calificación autárquica.

Tal como se encuentra citado más arriba en el trabajo, Claudia Andrés, en una entrevista para *Diario Norte*, define a la familia multiespecie como un:

46. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 43.

47. NAJURIETA, "El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual", p. 11.

48. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 44.

Grupo de personas que conviven y comparten un proyecto común, y en el que una de ellas es un animal. Involucra un fuerte componente emocional, donde cada integrante tiene un lugar propio e importante.⁴⁹

En consecuencia, utilizando esta definición, propongo que la norma quede redactada de la siguiente manera:

Familia Multiespecie. Se entiende por familia multiespecie a un grupo de personas que conviven y comparten un proyecto común, donde al menos una de ellas es un animal no humano.

Si bien es cierto que se trata de una norma relativamente corta, resulta interesante que condensa un montón de conceptos a los cuales se ha hecho reseña en el presente trabajo. En primer lugar, refleja el concepto de derecho de las familias de Solari, ya que se trata de una definición amplia y flexible, sin limitaciones en cuanto a número de integrantes, género, vínculo sanguíneo o, incluso, vínculo filial, de forma tal de abarcar la mayor cantidad de situaciones que se dan en nuestra realidad social. Asimismo, se abandona la concepción antropocentrista, reemplazándola con una visión sensocentrista a través del término "animal no humano" que, al distinguir entre "animales humanos" y "animales no humanos", revela el carácter animal de los seres humanos, en oposición a diferenciarse de estos, de la otredad, siendo que el ser humano, también es un animal.⁵⁰

En segundo lugar, se procederá a la regulación del derecho aplicable en sí. En uso del método conflictual, el derecho aplicable se va a plasmar a través de una norma indirecta, con un punto de conexión múltiple, rígido y materialmente orientado.

Cuidado personal. Todo lo atinente al cuidado personal de animales de compañía ante casos de divorcio o separación se rige por el derecho del último domicilio de los cónyuges o el domicilio o residencia habitual del actor o demandado al momento en que se suscita

49. Diario Norte, "Nuevos debates sobre el concepto de familia multiespecie...", 29/04/2021.

50. GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de Derecho animal*, p. 20.

el conflicto. En todo caso, se debe adoptar el derecho aplicable que asegure el interés superior del animal no humano.

En la actualidad, a lo largo del mundo, hay realmente muy pocos países que regulan el derecho de fondo sustancial del cuidado personal de los animales de compañía, y la gran mayoría de las legislaciones —incluyendo la nuestra— tratan el asunto dentro del derecho patrimonial. Por ende, se busca con la norma poder abarcar la mayor cantidad de derechos posibles conectados con el caso, a los fines de que se busque cuál de los mismos brinda una mayor protección al interés superior del ANH. Haciendo un paralelismo con el interés superior del niño, se formula, de esta manera, el interés superior del animal no humano, de forma tal de priorizar las necesidades por sobre las decisiones de las partes.

El interés superior del ANH parte de la doctrina acuñada en los Estados Unidos a partir de la sentencia dictada en el caso "Raymond v. Lachman" de la Supreme Court, Appellate Division, First Department, en Nueva York, del 19 de agosto de 1999. Allí las partes del litigio eran dos compañeros de piso que decidieron dejar de convivir y, en consecuencia, iniciaron un litigio en torno a la custodia del gato "Lovey, nee Merlin". La Corte entendió que, teniendo en cuenta la edad del gato —diez años— y su expectativa de vida, lo mejor era que Lovey permaneciera donde había vivido, prosperado, amado y sido amado durante los últimos cuatro años, por lo que otorgó la custodia del animal al compañero de piso que no era su propietario legal.⁵¹

Asimismo, en el caso "Juelfs v. Gough", la Supreme Court of Alaska, en fecha 15 de febrero de 2002, reafirmó esa doctrina. En los hechos del caso se puede observar que, ante un de divorcio, ambas partes habían acordado compartir la propiedad del perro labrador retriever "Coho". No obstante, años más tarde, ante la solicitud de la esposa de disolver el acuerdo ante el incumplimiento de las obligaciones del marido, este último alegó que la actora convivía con otros dos perros que amenazaban la vida de Coho. En consecuencia, la Corte determinó la custodia exclusiva de Coho al marido, ya que, el perro corría el riesgo de sufrir graves lesiones físicas en caso de quedar bajo la custodia de la esposa, junto con sus dos perros.

51. Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, "Raymond vs. Lachman".

En consecuencia, al igual que en el caso anterior, nuevamente prevaleció el interés superior del ANH por sobre el derecho patrimonial de las partes.⁵²

X. NORMAS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La jurisdicción directa:

Es aquella que debe explorar y analizar un juez nacional cuando debe conocer un caso con elementos extranjeros. Es aquella que atribuye y concede a un juez la potestad para entender y decidir un caso de derecho internacional privado. En definitiva, las reglas de jurisdicción directa nos permiten responder ante el primer interrogante que se nos presenta ante un caso multiconectado: ¿quién es el juez competente?⁵³

Asimismo, el artículo 2601 del CCCN dispone, por un lado, las fuentes de jurisdicción y, asimismo, establece su orden jerárquico.

Artículo 2601. Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.⁵⁴

En consecuencia, considerando que el derecho de familia no se trata de una materia disponible, las partes no se encuentran habilitadas a celebrar un acuerdo de elección de foro; justamente, esta es una de las diferencias que vemos en cuanto a la regulación del cuidado personal de los animales de compañía mediante normas patrimoniales o de familia, en caso de ser entendido dentro de la materia patrimonial, las partes podrían confeccionar un acuerdo de elección de foro. Por lo tanto, en su ausencia, debería operar

52. Supreme Court of Alaska, “Juelfs v. Gough”.

53. SCOTT, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 86.

54. República Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación”, art. 2601.

la normativa vigente en los tratados de derecho internacional. No obstante, dado que no existen tratados internacionales que regulen la jurisdicción internacional del cuidado personal de animales de compañía en casos de divorcio o separación, la competencia internacional deberá ser resuelta a partir de la fuente interna, es decir, el CCCN —normativa que por el momento no ha sido regulada—.

En virtud de lo precedentemente expuesto, corresponde también proyectar una norma de jurisdicción internacional aplicable a la temática del presente trabajo, para lo cual, resulta necesario revisar el marco teórico correspondiente a las normas de jurisdicción internacional.

En este sentido, Scotti explica que la estructura de las normas de jurisdicción internacional directa contiene tres partes: (i) un supuesto de hecho; (ii) un contacto jurisdiccional; y (iii) una consecuencia jurídica.⁵⁵

Al respecto, a los fines de un mejor entendimiento del contacto jurisdiccional se puede clasificar doctrinariamente de las siguientes formas:

- Primera clasificación

Foros razonables: se da cuando entre la autoridad judicial y el caso jusprivatista internacional hay una vinculación suficiente y razonable. Ahora bien, se presume que todas las normas que legislan sobre jurisdicción internacional se tratan de foros razonables.

Foros exorbitantes: contrariamente, el foro exorbitante implica la existencia de una conexión mínima o casi inexistente entre el juez y el caso. Las sentencias dictadas por un juez exorbitante no van a ser reconocidas o ejecutadas en otro Estado porque el juez que dictó esa sentencia no se debería haber declarado competente.⁵⁶

- Segunda clasificación

- Jurisdicción única: refiere a normas que contienen un solo contacto jurisdiccional, es decir, que existe un único juez competente. La corriente actual del CCCN fluye hacia el reconocimiento de jurisdicciones únicas, sino hacia receptor jurisdicciones

55. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 87.

56. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 90.

- concurrentes, ya que se busca magnificar la cantidad de foros disponibles para garantizar el acceso a la justicia.
- Jurisdicción exclusiva: se trata de un foro excepcional y de interpretación restrictiva que ocurre cuando, por razones fundadas, el legislador decide que en ese caso concreto solo van a poder entender las autoridades locales y ningún juez de ningún otro Estado va a poder entender de esas materias.
 - Jurisdicción concurrente: se trata de una norma con dos o más contactos jurisdiccionales, que permite que las autoridades judiciales de varios Estados conozcan sobre el caso. En otras palabras, existe más de un posible juez competente y, en consecuencia, se permite iniciar el reclamo ante el foro más conveniente de los plasmados en la norma. No obstante, el hecho de que exista jurisdicción concurrente, no significa la posibilidad de iniciar dos procesos a la vez, ya que generaría litispendencia internacional.⁵⁷
- Tercera clasificación
 - Foros generales: se refiere a aquellos contactos jurisdiccionales que aparecen presentes en todos los supuestos normativos, por ejemplo, el foro del domicilio del demandado.
 - Foros especiales: en cambio, los foros especiales son aquellos en los que aquel contacto jurisdiccional solo atribuye competencias en determinadas cuestiones en razón del objeto de litigio y su vinculación con el foro, por ejemplo, el lugar de cumplimiento o ejecución de los contratos, el domicilio del causante, el domicilio conyugal, el domicilio de la parte actora en supuestos de alimentos, filiación, consumo, etcétera.⁵⁸
 - Cuarta clasificación
 - Foro del patrimonio: implica determinar la jurisdicción competente de las autoridades judiciales por el lugar de situación de los bienes.
 - Foro protectorio: los foros protectorios se dan ante la preocupación del legislador de proteger intereses legítimos de alguna de las partes consideradas jurídicamente "débiles", permitiéndoles acceder a

57. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, pp. 90-91.

58. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, pp. 91-92.

los tribunales de su propio domicilio o residencia habitual, lo que equipara de esta forma la balanza hacia la parte que se encontraba en desventaja respecto de la otra. En efecto, existen foros protectorios en los casos de defensa al consumidor y en el fuero laboral.⁵⁹

Finalmente, restan las siguientes clasificaciones:

- *Forum causae* o paralelismo: se configura cuando la jurisdicción internacional se desprende del derecho aplicable, produciéndose un paralelismo o correlación entre el *forum* y el *ius*. No obstante, en la actualidad ha perdido uso ya que, justamente, se busca separar al juez competente del derecho aplicable.
- Foro de necesidad: busca garantizar la tutela judicial internacional efectiva y evitar una probable denegación internacional de justicia. En la actualidad, se cuenta regulado en el artículo 2602 del CCCN, que dispone que los jueces argentinos que no sean competentes en el caso concreto, excepcionalmente, pueden intervenir declarándose competentes para evitar la denegación de justicia internacional, para lo cual deberán cumplir los siguientes requisitos: no debe ser razonable exigir el inicio de la demanda en el extranjero; el caso debe presentar contacto suficiente con el país; se debe garantizar la defensa en juicio; y la sentencia que el juez argentino dicte debe ser eficaz. Este instituto nace para evitar la denegación de justicia desde la mirada internacional y se da también como consecuencia de las distintas formas que tienen los Estados de determinar la competencia de sus propios jueces.⁶⁰

XI. REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Ahora bien, luego de estudiar los distintos supuestos de foros, me encuentro en condiciones de proyectar la norma que determine la jurisdicción competente para la situación jurídica bajo análisis:

59. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, pp. 92-93.

60. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, pp. 93-94.

Jurisdicción. Las acciones sobre el cuidado personal de animales de compañía deben interponerse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo, último domicilio efectivo común de las personas que constituyen la unión convivencial o del domicilio o residencia habitual del demandado.

De esta manera, a través de una norma de jurisdicción internacional directa, se ofrecen cuatro contactos jurisdiccionales de carácter concurrente. Por un lado, los foros especiales del último domicilio conyugal efectivo y último domicilio efectivo común de las personas que constituyen la unión convivencial, así como también dos foros generales que aluden al domicilio o la residencia habitual del demandado. Tal como se puede observar, se seleccionaron los contactos jurisdiccionales más razonables y conectados al caso jusprivatista internacional, así como también dos foros generales que suelen aparecer presentes en todos los supuestos normativos.

XII. REGULACIÓN DEL DERECHO DE FONDO

Una vez reguladas las normas de DIPr en lo que hacen al cuidado personal de las familias multiespecie, resulta lógico también plantear la posible regulación de un derecho de fondo en nuestra fuente interna. Al respecto, a los fines de dejar asentado el escenario para una posible construcción de una norma que regule el derecho sustancial, pasará a reseñar el derecho comparado, desde algunas legislaciones que ya lo incluyen dentro de su normativa hasta algunos proyectos de ley que fueron surgiendo en el último tiempo.

El Código Civil de Suiza, a partir de su modificación en el año 2003, introdujo el art. 651 inc. A, el cual prevé una regulación específica en torno al cuidado de los ANH de compañía ante casos de “propiedad conjunta”.⁶¹ Dispone:

Los animales que se tienen en ambientes domésticos, y no en carácter de activos o con el propósito de ganar dinero, en el caso de disputa, serán asignados por la Corte como propiedad exclusiva a la

61. MICHEL & SCHNEIDER KAYASSEH, “The Legal Situation of Animals in...”, p. 30.

parte que, en lo que respecta a la protección de los animales, asegure el mejor cuidado del animal.

La Corte puede obligar a la persona a la cual se le ha asignado el animal a pagar a la otra parte una compensación adecuada; la Corte fijará el respectivo monto a su sola discreción.

La Corte tomará las disposiciones cautelares necesarias, particularmente, en lo que respecta a la colocación provisional del animal.⁶²

Tal como se puede observar, la legislación suiza no divide el cuidado personal del animal de compañía entre las partes en forma equitativa, sino que prioriza la situación del animal no humano por sobre el deseo de las partes. De esta manera, se acoge normativamente a la doctrina del interés superior del ANH, reconocida por la jurisprudencia estadounidense ya comentada, la cual refiere a una clara analogía con el interés superior del niño.

Se trata de una regulación de vanguardia a nivel mundial, que es resultado de la democracia directa de Suiza y de la gran preocupación de sus habitantes en torno a los derechos de los ANH.⁶³

No obstante, personalmente considero que aún le restan algunos puntos por mejorar.

En primer lugar, esta norma únicamente resulta de aplicación en los casos en los cuales las partes sean propietarias conjuntas del animal de compañía que, si bien se tratan de casos relevantes, se debe tener en consideración que el cariño, amor y vínculo que se desarrolla entre el animal de compañía y las personas que integran la familia multiespecie no puede ser limitado a aquellos que ostentan el título de propiedad. El interés jurídico de las partes que conforman la familia multiespecie hacia el animal no se determina a partir de su propiedad, sino que se involucran aspectos emocionales que también deben ser tenidos en cuenta a la hora de asignar el cuidado personal de animal de compañía.

En segundo lugar, se refiere a la "propiedad" del animal, cuando debería estar hablando de "cuidado personal". En consecuencia, esta regulación continúa siendo parte del régimen patrimonial, no se incluye dentro del derecho de familia. El lenguaje está en cambio y está en nosotros decidir qué

62. MICHEL & SCHNEIDER KAYASSEH, "The Legal Situation of Animals in...", p. 30.

63. MICHEL & SCHNEIDER KAYASSEH, "The Legal Situation of Animals in...", p. 2.

relación queremos construir con los ANH, si una relación de servidumbre, especista y esclavista, o una relación de compañía, familia, horizontal. En este sentido, la regulación de los animales de compañía como propiedad queda por detrás de los avances.

Con respecto a la normativa de Brasil, Geissler Jardim y Silveira Flain comentan que el ordenamiento jurídico actual clasifica los ANH como bienes a ser compartidos, ya que se encuentran entre los bienes de propiedad conyugal.⁶⁴ En este sentido, expone el Proyecto de Ley N° 1365/2015, que regula la guarda de los animales de compañía ante casos de divorcios litigiosos de la siguiente manera:⁶⁵

[...] establece en el art. 2° que, siendo diluida la unión estable (tanto hetero como la homoafectiva), ocurriendo la separación judicial o el divorcio por el juez, sin que haya entre las partes acuerdo en cuanto a la guarda de las mascotas, será esa atribuida a quien demuestre mayor vínculo afectivo con el animal y mayor capacidad para el ejercicio de la posesión responsable.⁶⁶

Asimismo, Geissler Jardim y Silveira Flain señalan que, a continuación, se define la "posesión responsable como los deberes y obligaciones atinentes al derecho de poseer una mascota".⁶⁷

En adición, se prevé dos tipos de custodia, la custodia unilateral o compartida: "I. Unilateral: cuando concedida a apenas una de las partes"; o "II. Compartida, cuando el ejercicio de la posesión responsable sea concedido a ambas partes".⁶⁸

Adicionalmente, el art. 5 del Proyecto de Ley brasileño, establece que el juez observará, para la asignación de la guarda del animal de compañía:

Las siguientes condiciones, incumbiendo a la parte ofrecer:

I- Ambiente adecuado para la morada del animal; II- disponibili-

64. GEISSLER JARDIM, DISCONZI & SILVEIRA FLAIN, "La mascota bajo la perspectiva...", pp. 1-2.

65. GEISSLER JARDIM, DISCONZI, & SILVEIRA FLAIN, "La mascota bajo la perspectiva...", pp. 1-2.

66. GEISSLER JARDIM, DISCONZI, & SILVEIRA FLAIN, "La mascota bajo la perspectiva...", p. 15.

67. GEISSLER JARDIM, DISCONZI, & SILVEIRA FLAIN, "La mascota bajo la perspectiva...", p. 15.

68. GEISSLER JARDIM, DISCONZI & SILVEIRA FLAIN, "La mascota bajo la perspectiva ...", p. 15.

dad de tiempo, condiciones de trato, de dedicación y de sustento;
III- el grado de afinidad y afectividad entre el animal y la parte;
IV- demás condiciones que el juez considere imprescindibles para la
manutención de la sobrevivencia del animal, de acuerdo con sus
características.⁶⁹

Finalmente, Geissler Jardim, y Silveira Flain exponen que el art. 2º del Proyecto de Ley establece:

[...] en caso de “guarda unilateral, la parte con que no esté la mascota podrá visitarla y tenerla en su compañía”, además de “fiscalizar el ejercicio de la posesión de la otra parte, en atención a las necesidades específicas del animal, y comunicar al juez en caso de incumplimiento”.⁷⁰

Personalmente, considero el Proyecto de Ley brasileño una normativa rica y profunda sobre el tema en cuestión, que se encarga de regular de manera seria y eficaz el instituto, teniendo en consideración el interés superior del animal, desde el ambiente donde habita, ingreso económico de la parte a los fines de solventar el cuidado del animal de compañía, e incluso se pondera la afinidad y afecto. La única crítica para hacerle sería la denominación de los animales de compañía como “mascota”, término que refleja una relación verticalista con el animal no humano. Tal como afirmé en el caso de la legislación suiza, debemos transformar el lenguaje a los fines de modificar la realidad. Espero que se avance en el proceso de sanción del Proyecto de Ley N° 1365/2015 brasileña.

Con respecto a la reforma legislativa más reciente en torno a la familia multiespecie, el 15 de diciembre de 2021 el Congreso de España sancionó la Ley N° 17/2021, la cual reforma el Código Civil sobre el régimen jurídico de los ANH.

Al respecto, en cuanto al convenio regulador pactado en torno a la separación matrimonial, la nueva normativa regula que este deberá contener, siempre que fuere aplicable, el destino de los animales de compañía, para

69. GEISSLER JARDIM, DISCONZI & SILVEIRA FLAIN, “La mascota bajo la perspectiva ...”, p. 15.

70. GEISSLER JARDIM, DISCONZI & SILVEIRA FLAIN, “La mascota bajo la perspectiva ...”, p. 16.

lo cual se deberá tener en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal. En este sentido, si el convenio regulador adoptado fuera gravemente perjudicial para el bienestar del animal de compañía o, en defecto de acuerdo, la autoridad judicial deberá ordenar las medidas a adoptar. Sin embargo, las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán modificarse si se hubieran alterado gravemente las circunstancias que les dieron lugar.⁷¹

Asimismo, se establece que no procederá la guarda conjunta de los hijos cuando, entre otras cuestiones, se aprecie la existencia de malos tratos a ANH, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.⁷²

En caso de que el cuidado haya sido concedido a uno de los cónyuges, el juez determinará la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado su cuidado.⁷³

Lamentablemente, la Ley N° 17/2021 española no regula específicamente normativa referida al cuidado de los ANH ante la separación de uniones convivenciales, sino que, tal como se puede observar de los párrafos precedentes, las disposiciones se encuentran orientadas a las uniones matrimoniales. No obstante, su art. 1, inc. 13, detalla una modificación al art. 404 del Código Civil que, si bien no hace expresa referencia a las uniones convivenciales, entiendo que podría perfectamente aplicarse de forma análoga. Al respecto, el mencionado artículo del Código Civil español queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 404. Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

71. Reino de España, "Ley sobre el régimen jurídico de los animales", art. 1, inc. 1, 2 y 5.

72. Reino de España, "Ley sobre el régimen jurídico de los animales", art. 1, inc. 3.

73. Reino de España, "Ley sobre el régimen jurídico de los animales", art. 1, inc. 4.

En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños. A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado.⁷⁴

En conclusión, la nueva ley de España recoge varios conceptos que son muy importantes, y que han sido destacados en el presente trabajo, entre ellos: la regulación del cuidado del ANH dentro del derecho de familia —y no dentro del derecho patrimonial—, el interés superior del animal, el triunfo del apego y cariño de la familia multiespecie por sobre el título de propiedad del ANH y la introducción del término “animales de compañía” —en vez de mascotas—.

A modo de crítica, me hubiera interesado, en primer lugar, que se adopte una regulación más minuciosa sobre lo que implica el “bienestar del animal”, tal como lo dispone el proyecto de ley de Brasil. Asimismo, hubiera sido pertinente una regulación específica en torno al cuidado personal de los ANH en el caso de separaciones de unión convivencial, así como también que se hubiera omitido la posibilidad de venta del animal ante el acuerdo unánime de los condueños —ya que la posibilidad de comercialización del animal trae nuevamente una clara reminiscencia a considerar al ANH como “cosa”—. No obstante, claramente, se trata de la regulación más avanzada hasta el momento.

En virtud de las normativas y los proyectos de regulación de las normativas previamente mencionadas, espero que sirvan como piso para construir a futuro un derecho argentino de fondo que regule el cuidado personal de los animales de compañía en casos de divorcio o separación dentro de familias multiespecie. Ojalá que, a partir de las distintas disposiciones adoptadas, así como también a raíz de las críticas constructivas planteadas, sea posible regular esta materia que viene rezagada, tanto a nivel local como internacional.

74. Reino de España, “Ley sobre el régimen jurídico de los animales”, art. 1, inc. 13.

XIII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se buscó demostrar la importancia de una normativa que regule el cuidado personal de los animales de compañía en los casos de divorcio o separación de una familia multiespecie, proyectando posibles normas a estos fines.

Para lo cual, se hizo un recorrido por el derecho de familia actual, denominado por Solari “derecho de las familias” y el ensanchamiento que ha tenido en el último tiempo.⁷⁵ A esta definición, se agregó el concepto de familia multiespecie y se justificó por qué este tipo de familia debería de integrar el derecho de las familias. Como consecuencia de lo anterior, se sostuvo que los ANH debían gozar de los derechos a la igualdad, a la vida, a la libertad, al hábitat, a un sistema de salud, a la dignidad y a la familia, ya que —tal como se demostró— no hay impedimento alguno que obste al reconocimiento de los mencionados derechos a los ANH.

Asimismo, todos estos conceptos fueron plasmados, mediante proyección normativa, en normas de DIPr. De este modo, se proveyó una posible regulación normativa a través de una definición mediante una calificación autárquica, una norma que regula el derecho aplicable y otra relativa a la jurisdicción competente. Todo esto se fundamentó con doctrina local que sirvió para describir el marco teórico correspondiente, así como también para establecer el piso necesario para crear una nueva norma. Confirmando la hipótesis inicialmente planteada, considero que fue acertada la utilización del pluralismo metodológico a los fines de regular las normas de DIPr relativas al concepto de la familia multiespecie y al derecho aplicable, ya que brindan la posibilidad de plasmar correctamente en la normativa con el mayor grado de certeza posible la realidad que se vive en nuestra sociedad a partir de la familia multiespecie, en cuanto a la regulación del cuidado personal. Por su parte, se brindó una regulación del juez competente del caso jusprivatista internacional a través de una norma de jurisdicción internacional directa de carácter concurrente.

Finalmente, a los fines de dejar preparado el escenario para una posible regulación del derecho de fondo, se procedió a reseñar diversos ordenamientos jurídicos vigentes, así como también proyectos de legislación sobre la materia, a los fines de que puedan servir como inspiración para

75. SOLARI, *Derecho de las familias*, p. 6.

un proyecto de legislación en la Argentina, teniendo en cuenta también las críticas efectuadas a estos.

Considero que, ya sea en la regulación del cuidado personal de los animales de compañía en el DIPr como también en el derecho privado argentino, se debe prestar especial atención a las palabras utilizadas a la hora de redactar la norma. Esto es así, ya que las palabras crean conceptos, ideas, ideologías, que se traducen a la realidad a través de nuestra actitud y forma de comportarnos. En consecuencia, a los fines de poder lograr un cambio real en nuestra sociedad, resulta necesario construir desde el lenguaje. Más aún, considerando que se trata de normativa que debe perdurar en el tiempo y debe ser lo suficientemente moldeable para poder "envejecer" adecuadamente el paso del tiempo, y evitar modificaciones innecesarias.

Asimismo, otro punto que considero esencial resaltar es la deuda urgente que tenemos hacia los animales de compañía, a los fines de quitarlos del ámbito patrimonial y legislarlos bajo la materia del derecho de familia, donde realmente corresponden. El hecho de que los ANH se encuentren clasificados como "cosas" trae consecuencias jurídicas innumerables dentro del derecho privado, de las cuales, en este trabajo me propuse tratar la temática del cuidado personal, pero que varias otras también se desprenden, tales como, los casos de sucesión, lesiones, homicidio, hurto, robo, restitución internacional, alimentos, entre otras.

Personalmente espero ver un progreso en la materia en los próximos años, que supere al que ya ha venido sucediendo, aún resta muchísimo camino por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

- BOULENAZ, Silvia María & TAGARELLI, Gabriela Luján, "Protección penal a los animales", en *Seminario sobre aportaciones teóricas recientes*, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa, 2020.
- Cámara Federal de Casación Penal, "Orangutana Sandra", "Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus", 18/12/2014.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13/12/2006, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/05/2008, texto aprobado por Ley N° 26.378, 06/06/2008, *UNTS 2515:3*.

- Diario Norte, “Nuevos debates sobre el concepto de familia multiespecie en el derecho”, 21/04/2021, <https://www.diarionorte.com/204578-nuevos-debates-sobre-el-concepto-de-familia-multiespecie-en-el-derecho->, consultado 14/11/2021.
- FAERMAN, Romina, “El derecho al aborto temprano a luz del principio de autonomía personal”, en MONTENEGRO, Lucía & DE LA TORRE, Natalia (comp.), *Red de Profesoras de Derecho*, Editores del Sur, 2019, Buenos Aires.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo vs. Democracia”, en *Teoría y crítica de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2008, Buenos Aires.
- GEISSLER JARDIM, Ana Cristina & DISCONZI, Nina & SILVEIRA FLAIN, Valdirene, “La mascota bajo la perspectiva de la familia multiespecie y su inserción en el ordenamiento jurídico brasileño”, en *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, Vol. 8, Nº 3, 2017, pp. 1-20.
- GONZÁLEZ SILVANO, María de las Victorias, *Manual de derecho animal*, Jusbaire, 2019, Buenos Aires.
- MICHEL, Margot & SCHNEIDER KAYASSEH, Eveline, “The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back. Many Steps to go”, en *Journal of Animal Law*, Vol. VII, 2011, pp. 1-42.
- NAJURIETA, María Susana, “El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual”, en *Blog de Derecho Internacional Privado*, 1995, URL http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-general/318-najurieta-pluralismo-metodologico-en-el-dip-actual, consultado 14/11/2021.
- Procuración General de la Nación, “E.P. c/ Universidad Nacional de La Matanza s/ Amparo Ley Nº 16.986”, “Dictamen de la Procuración General de la Nación, E.P. c/ Universidad Nacional de La Matanza s/ Amparo Ley Nº 16986”, 01/06/2015, Expte. CSJ 000094/2014(50-N).
- Reino de España, “Ley sobre el régimen jurídico de los animales”, Ley Nº 17/2021 de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, 15/12/2021.
- República Argentina, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ley 26994, 01/10/2014.
- SÁNCHEZ JARAMILLO, Johana Fernanda, “El animal no humano (ANH) en el Código Civil colombiano. La necesidad de una nueva categoría en el Código propuesto por la Universidad Nacional de Colombia”, en *Portal Apostillas sobre Control Social y Derechos Humanos*, 2020, URL

- <https://www.adalqui.org.ar/blog/2020/10/22/el-anim-no-humano-anh-en-el-codigo-civilcolombiano/>, consultado 14/11/2021.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2017, Buenos Aires.
- SOLARI, Néstor Eliseo, *Derecho de las familias*, La Ley, 2017, Buenos Aires.
- Supreme Court of Alaska, "Juelfs v. Gough", "Julie A. (Gough) Juelfs v. Stephen J. Gough", 15/02/2002, Case No. S-9931.
- Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, "Raymond vs. Lachman", "Susan Raymond v. Suzanne Lachman", 19/08/1999.
- UZAL, María Elsa, "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", en *Blog de Derecho Internacional Privado*, 2016, URL http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-general/317-uzal-perspectivas-desde-el-pluralismo-metodologico, consultado 14/11/2021.
- YouTube, "La interespecie en las relaciones familiares", DerechoUBA, 30/07/2021, URL https://www.youtube.com/watch?v=TzettbK_AGI, consultado 15/03/2022.

**CONCURSO DE ENSAYOS BREVES “DERECHO
DE EJECUCIÓN PENAL”**

ROMPER EL SILENCIO: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO*

MAIA CZARNY**

*“La estructura de las creencias es tan fuerte
que permite que algunos tipos de violencia se justifiquen
o ni siquiera sean considerados como violencia”.*

Resumen: ¿Qué dice el derecho con sus silencios? ¿Cómo se esconden y/o se reproducen las relaciones de poder a través del lenguaje (hetero)normativo? En el presente trabajo se pretende ensayar algunas respuestas a estas preguntas, a la luz del análisis jurídico-filosófico del supuesto normativo que prevé la posibilidad de que —únicamente— la madre a cargo de su hijo o hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad acceda al beneficio del arresto domiciliario (artículo 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución Penal, ambos en su inciso “F”). A partir del recorrido de antecedentes fácticos y jurisprudenciales, así como de los aportes de algunas y algunos autores insertados en la corriente crítica del derecho —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, se pretende dilucidar la manera en que allí opera la función paradójal del derecho. Pues lo que resulta en principio una acción positiva en favor de colectivos históricamente sobrevulnerados reproduce, en silencio, ciertos mandatos propios de una estructura funcional al patriarcado. Sin perjuicio de la importancia que merece analizar aquel momento en el que se *dice* el derecho, la relectura y, por ende, la posible rescritura de esta técnica legislativa, a través de una reforma, aparece como una herramienta idónea para dar una respuesta más integral a un conflicto de índole estructural.

Palabras clave: prisión domiciliaria — perspectiva de género — transformación social — medidas alternativas a la prisión

* Recepción del original: 14/04/2022. Aceptación: 14/07/2022.

** Maia Czarny es graduada reciente de la Facultad de Derecho, UBA. Agradezco a Lucía Montenegro, Marina Goralí y Diego Dolabjian.

Abstract: What does the law say with its silences? How are power relations hidden and/or reproduced through (hetero)normative language? In this essay it is intended to rehearse some answers to these questions, in the light of the legal-philosophical analysis of the normative assumption that foresees the possibility that —only— the mother in charge of her child under five years of age, or of a person with disabilities, has access to the benefit of house arrest (article 10 of the Criminal Code and 32 of the Penal Enforcement Law, both in subsection “F”). Based on the factual and case-law background, as well as the contributions of some authors inserted in the critical current of law —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, it is intended to elucidate the way in which the paradoxical function of law operates there. What is in principle a positive action in favor of historically over-vulnerated groups reproduces, in silence, certain mandates, typical of a functional structure of patriarchy. Without prejudice to the importance that it deserves to analyze that moment in which the law is said, the re-reading and therefore, the possible re-writing of this legislative technique, through a legal reform, appears as an ideal tool to give a more comprehensive response to structural conflict.

Keywords: house arrest — gender perspective — social transformation — alternative measures to prison

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué dice el derecho con sus silencios? ¿Cómo se esconden y/o se reproducen las relaciones de poder a través del lenguaje (hetero)normativo? En el presente trabajo se pretende ensayar algunas respuestas a estas preguntas, a la luz del análisis jurídico-filosófico del supuesto normativo que prevé la posibilidad de que —únicamente— la madre a cargo de su hijo o hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad, acceda al beneficio del arresto domiciliario (artículo 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución Penal, ambos en su inciso “F”). A su vez, dicha tarea pretende llevarse a cabo tomando como eje la relación entre el derecho y la transformación social, circunscripta a tres categorías de análisis: 1) el poder en el lenguaje jurídico, 2) los estereotipos de género y 3) el rol de los y las agentes del derecho.

A partir del recorrido de antecedentes fácticos y jurisprudenciales, así como de los aportes de algunas y algunos autores insertados en la corriente

crítica del derecho —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, se pretende dilucidar la manera en que allí opera la función paradójica del derecho. Pues lo que resulta en principio una acción positiva en favor de colectivos históricamente sobrevulnerados reproduce, en silencio, ciertos mandatos propios de una estructura funcional al patriarcado.

II. LA LEGISLACIÓN BAJO ANÁLISIS Y SUS ENTRAMADOS

II.A. Breves notas acerca de la legislación del supuesto bajo análisis

El instituto del arresto domiciliario importa una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad —o eventualmente, como medida cautelar en el marco de un proceso— que se cumple fuera del ámbito carcelario, y puede ser en un domicilio o en un centro especializado.¹ Así, lejos de ser un modo de suspender la ejecución de la pena, se trata de una alternativa o modalidad atenuada de la ejecución, que procede para los casos taxativamente previstos en la ley.

Tras una iniciativa de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) se sancionó la Ley N° 26.472 del año 2008, que reformó el texto del artículo 10 del Código Penal Nacional, así como el del artículo 32 de la Ley de Ejecución Penal Nacional para ampliar los supuestos en los cuales, a criterio del/la juez/a, resultaría procedente la concesión del arresto domiciliario. Entre ellos,² en el inciso f) se incorporó a “la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.³ Debido

1. LÓPEZ & MACHADO, *Análisis del régimen de ejecución penal...*, p. 150.

2. Desde entonces y hasta el día de hoy, en el artículo 10 del CP y en el artículo 32 de la LNEP se prevén los supuestos vigentes en los que podrá ser concedido el arresto domiciliario. Ellos son: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

3. La reforma tuvo lugar poco tiempo después de un motín en la Unidad Nro. 33 de Los Hornos, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense. En esa oportunidad, las

a la extensión determinada para este trabajo, se pondrá particular foco en el alcance del primer supuesto.

Hasta entonces, se preveía que podían acceder a la detención domiciliaria las mujeres “honestas” y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias, siempre que la pena de prisión no excediera el plazo de seis meses. A su vez, incluía al condenado que padeciera una enfermedad incurable en período terminal cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asumiera el cuidado.⁴ He aquí una primera observación acerca del poder del lenguaje, así como de su capacidad de portar los valores de determinados contextos sociohistóricos. Aparece presente la palabra ajena, así como la idea del otro y su concepto ético.⁵

En principio, la incorporación de este puesto cumple con una manda constitucional⁶ y parte del reconocimiento del rol fundamental de la madre en la crianza de las y los hijos, más aún de aquellos de corta edad. A su vez, recepta los señalamientos respecto de los efectos nocivos del encierro que recaen sobre los y las menores de cinco años por estar alojados con sus madres en la cárcel.⁷ También atiende a la realidad más común de las mujeres encarceladas: según una investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la mayoría de ellas encabezan familias monoparentales y ejercen la jefatura del hogar.⁸ Son predominantes los casos en el que las

mujeres detenidas efectuaron ciertos reclamos relativos a las condiciones de detención; en particular, respecto de las mujeres alojadas con sus hijos e hijas en el penal.

4. La nueva regulación agregó cuatro supuestos a los existentes con anterioridad, que eran los supuestos b) y c).

5. BUBNOVA, “El principio ético como fundamento del dialogismo en Mijaíl Bajtín”, pp. 259-273.

6. Desde su incorporación en 1994, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional establece el deber genérico del congreso de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato [...], en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. De esta manera y en consonancia con las referidas disposiciones que contiene la Convención de los Derechos del Niño, la cúspide del ordenamiento jurídico interno pretende una mayor intervención estatal, para eliminar desventajas estructurales respecto de los colectivos históricamente sobre vulnerados. Así, parecería ser que, de forma implícita, el legislador buscó promover una acción positiva mediante la incorporación de este supuesto.

7. Previo a la reforma, la Ley 24.660 preveía que los menores de hasta 4 años podían residir con sus madres en el lugar de detención que se encontraban alojadas.

8. CELS, *Los alcances del castigo: mujeres en prisión*, p. 27.

mujeres ocupan un rol central en el cuidado cotidiano de sus hijos e hijas, y hasta de otras personas a su cargo.

Son ellas quienes:

“[...] deben organizar la estrategia que les permita superar los dilemas asociados a la conciliación entre familia y empleo, ya que las mujeres se enfrentan a nuevos roles en el empleo, pero se mantiene estático el modelo de cuidado familista y femenino.”⁹

Por ello, es previsible que su encarcelamiento provoque, por un lado, un fuerte vacío e impacto emocional al interrumpirse el vínculo cotidiano y, por otro, grandes cambios en la forma de subsistencia, la organización y la dinámica de sus familias.

Asimismo, la incorporación de este supuesto normativo importa una herramienta para disminuir la sobrepoblación carcelaria, un fenómeno imperante a nivel local y regional. Al respecto, diferentes organismos de control han denunciado, así como tribunales de distintas instancias han reconocido, que los establecimientos penitenciarios alojan a muchas más personas detenidas de las que están habilitados para hacerlo. De esta forma, abundan las deficiencias edilicias, sanitarias y alimenticias, así como la imposibilidad de gestión razonable de parte de servicios penitenciarios actualmente diezmos.¹⁰

Si bien excede al objeto de este trabajo, la última modificación de la Ley de Ejecución Penal Nacional mediante la sanción de la Ley N° 27.375 en julio de 2017, ha encabezado la lista de una serie de decisiones que responden a un contexto de inflación penal y populismo punitivo. Ello empeora las condiciones generales de detención y no contribuyen en modo alguno para revertir, paliar o cuanto menos morigerar, esta situación tan crítica. El problema es que existe un inconsciente colectivo que percibe a las personas privadas de libertad como un grupo desechable, excluido y negado,¹¹ que en materia de derechos dejan al ideal de igualdad en una mera ilusión. Al respecto, la PPN —entre muchas otras entidades comprometidas con los derechos humanos— ha advertido que la política punitiva

9. BATHYÁNY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 24.

10. PITLEVNIK, *Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas*, p.9.

11. RUIZ, “Violencia y vulnerabilidad”, p. 46.

oficial ha generado el desborde de las prisiones argentinas, agravándose por la emergencia sanitaria a raíz de la pandemia de coronavirus comenzada en marzo de 2020. Así, desde este organismo han manifestado la urgente necesidad de buscar soluciones alternativas al encierro.¹²

De esta manera, la incorporación de nuevos supuestos para que una persona privada de libertad acceda al arresto domiciliario importa una relevante modificación al ordenamiento jurídico. Sin embargo, a continuación, se pretende indagar en cómo la incorporación del supuesto que en particular aquí se analiza también regula, impone y prejuzga a partir de sus silencios, denota relaciones de poder existentes y, en definitiva, da cuenta de la opulenta función del lenguaje para el orden social.

II.B. El pacto de silencio con el patriarcado

La redacción de la norma elegida abre la puerta para el abordaje de múltiples cuestiones. Este es un caso en el que quizás dicha tarea es aún más rica si se explora aquello que no se dice, pues "lo dicho habla de lo ocultado".¹³ En este supuesto, al nombrarse únicamente a la madre detenida que tiene un hijo o una hija menor a su cargo, o a una persona con discapacidad, se excluye a la figura paterna y a cualquier otra persona gestante. Así, en principio, estas otras personas no resultan beneficiarias de esta disposición.

He aquí una primera cuestión a abordar: el mensaje que transmite el silencio. El derecho borronea las formas en que su discurso condensa y distribuye el poder,¹⁴ que en este caso guarda íntima relación con la división histórica de los roles para cada género, encuadrada en una organización social sexista. Pues en ocasiones como estas, el derecho también logra que permanezcan ocultos "los orígenes del poder en la sociedad, los lugares donde los conflictos sociales se generan, las formas en que se establecen las sumisiones".¹⁵ Así, desaparecen las marcas de la ideología en la producción del discurso jurídico, lo que imposibilita el rastreo del entrecruzamiento con la realidad y el derecho.¹⁶

12. PPN, "Informe anual 2020. La situación de...", p. 44.

13. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 114.

14. ENTELMAN, "Discurso normativo y organización del poder...", p. 110.

15. ENTELMAN, "Discurso normativo y organización del poder...", p. 215.

16. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 120.

En este sentido, en la norma analizada “se esboza una pretensión por desterrar ciertos mitos y hacer creer que se desprende de un razonamiento lógico”.¹⁷ Aquí, a través de ese silencio, el derecho define la estructura familiar¹⁸ y transmite a la ciudadanía que es natural y racional que sea la madre —y, por lo contrario, no así el padre— quien prácticamente de manera instintiva deba estar a cargo del hijo o la hija menor de cinco años o de la persona con discapacidad a su cargo. Lejos de ser una cualidad biológica, ello se explica a partir de que la vida cotidiana ya es una realidad interpretada, a la cual ya se le han asignado significados que la vuelven un mundo coherente. Con lo cual, se trata de un discurso de verdad construido, que no está allí para ser descubierto, sino que es el resultado de un complejo proceso de imposición de significados.¹⁹

De este modo, la genealogía de la construcción sociohistórica de la asignación de roles a cada género queda totalmente difuminada y las relaciones de poder se perpetúan de la manera más efectiva: pasando desapercibidas. Es en estos términos que en el discurso jurídico “se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar”.²⁰

La técnica legislativa nunca es neutral, toda vez que el lenguaje “no es una superficie transparente, es por el contrario el lugar de máxima expresión de la relación fuerza-dominio”,²¹ lo que da cuenta que resulta una arena de disputa de sentidos. Ello revela, en este caso, un mandato preestablecido para el ejercicio de la maternidad y las tareas de cuidado en cabeza de las mujeres. Aquí cabe señalar que la exclusión generada por la ley nacional no es una realidad aislada: por ejemplo, ninguno de los ordenamientos de América Latina incorpora al varón como sujeto peticionante del arresto domiciliario con motivo de su paternidad.²²

A su vez, en el plano fáctico, aún son minoría los casos en que únicamente el padre está al cuidado de sus hijos.²³ Ello sin perjuicio de que la

17. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 121.

18. CÁRCOVA, *La opacidad del derecho*, p. 20.

19. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 122.

20. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 214.

21. GORALI, “Enseñanza, crítica y acción en el...”, p. 251.

22. BERBERY GONZÁLEZ, *Mujeres en prisión domiciliaria: de la...*, p. 20.

23. Según la investigación realizada por el CELS, solo dos de cada diez niños menores de 18 años quedan a cargo del padre tras la detención de la madre dado que, en la mayoría de

normativa reciente, en el ámbito civil, ha dado un gran paso en materia de responsabilidad parental, toda vez que el artículo 640 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que rige el ejercicio conjunto de ella, lo que coloca en pie de igualdad a ambas personas progenitoras.²⁴ Sin embargo, no hay duda que estos silencios normativos y datos empíricos responden a un entramado sociocultural que reproduce determinados estereotipos de género. Cada uno de ellos comprende a su vez ciertos prejuicios estetizados bajo la denominación del “contrato sexual” que contiene un fuerte poder simbólico: el varón, como sostén económico y figura de mayor poder en la familia; la mujer, como encargada de las tareas de cuidado. Es que el derecho transmite una determinada ideología, en tanto “oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social”.²⁵

Con lo cual, el derecho no solo se desentiende de las prácticas sociales de poder, sino que las reproduce ejerciendo una fuerza invisible, funcional y cotidiana sobre los cuerpos.²⁶ Incluso, en el afán de sostener y a su vez disimular estos fines, normas como estas terminan avasallando principios de jerarquía constitucional, como resulta el derecho (y la ficción) a la igualdad —previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional— así como el interés superior del niño y la niña —consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional conforme el texto del artículo 75 inciso 22 de la ley suprema. Mientras tanto, amalgama un discurso normalizador y disciplinario.

II.C. Derecho y poder

Desde una lectura que descripta el discurso jurídico²⁷ es posible dar cuenta que la letra de la ley esconde la injerencia de ciertas relaciones de poder. Ello por cuanto lo que el derecho instituye y dota de autoridad está determinado por el juego de las relaciones de dominación en pugna en un

los casos, el cuidado de los niños es asumido por los abuelos y en otro número considerable, por los tíos u otros familiares.

24. MPD, “Boletín de Jurisprudencia. Prisión domiciliaria para progenitores varones”, p. 5.

25. CÁRCOVA, “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, p. 17.

26. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 112.

27. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 113.

tiempo y lugar circunstanciado.²⁸ El desafío, entonces, consiste en rastrear los mecanismos de sometimiento que el derecho pone en acción más que aquellos que buscan establecer su legitimidad.²⁹

Si se indaga en la genealogía —en clave nietzscheana— de la incorporación del caso de la madre a cargo de un hijo o una hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad, es posible dar cuenta de la acreditación del fenómeno complejo con doble vertiente de composición y aplicación del derecho que enuncia Marí: por un lado, se acredita el primer elemento de un discurso del orden que se presenta como “necesario” en provecho del mundo, cuando en realidad esa necesidad es en provecho de los vencedores.³⁰ Pues bien, en este caso lo que a simple vista parece una conquista en términos de derechos de las mujeres privadas de libertad, esconde a su vez una imposición de mandatos a cada género que no es más que la expresión misma del patriarcado. Una vez más, la función paradójica del derecho: legitima las relaciones de poder hegemónicas, pero a su vez puede contribuir a su transformación.

Por su parte, el segundo elemento —tan necesario como el primero— es la inserción en montajes de ficción también en términos del “como si”³¹: como si esa organización fuera natural, esencial, preestablecida; la dimensión estética —en términos de Walter Benjamin— en tanto puesta en escena que hace posible la dimensión del orden.³² La ecuación funciona porque el derecho se disfraza de neutral,³³ como si se tratara de un discurso ordenado y coherente.

Ello se logra a través de ciertos mecanismos sutiles³⁴ y tiene un fuerte correlato con el telón de fondo de la normativa bajo análisis: la división sexual del trabajo que ha imperado históricamente en sociedades misóginas. Como bien se ha evidenciado en la experiencia uruguaya, el mercado resulta un actor clave para determinar e imponer la imposibilidad de que madres y/o padres cuiden directamente de sus hijos o hijas, pues las relaciones

28. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

29. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 35.

30. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, p. 93.

31. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, p. 319.

32. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el...”, p. 107.

33. RUIZ, “Violencia y vulnerabilidad”, p. 49.

34. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

de género actuales reflejan que el ámbito reproductivo está subordinado a la producción.³⁵

Con lo cual, bajo determinadas condiciones solo algunas personas:

“[...] pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer sus hijos, acceder al desempeño de funciones específica (...) Cada vez que [el derecho] consagra y reconoce alguna conducta (...) está revelando cómo y dónde se instalan las relaciones de poder, cómo está distribuido en la sociedad.”³⁶

En palabras de Marí:

“Así como el imaginario social es condición de reproducción del discurso del orden en el dispositivo del poder, el dispositivo del poder, enfocado en su modelo político-jurídico, es condición de reproducción de las formas de producción.”³⁷

El derecho tiene un valor simbólico, pues construye ciertos mitos atravesados por la impronta de la racionalidad occidental³⁸ y, en la práctica, nos obliga a desempeñar ciertas tareas, a vivir de determinada manera y cumplir mandatos en función de ese discurso que se presenta como verdadero y lleva consigo efectos específicos de poder: “Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad”.³⁹ Pues bien, el derecho responde, representa y reproduce no sólo una realidad social sino también una organización económica determinada.

En este caso, la norma expresa una división sexual del trabajo binaria, fija y jerarquizada: el varón proveedor y habitante del espacio público, la mujer relegada al ámbito privado y a cargo de la crianza de hijos e hijas. A partir de esta lógica, es solo ella quien corresponde ser beneficiada con el arresto domiciliario pues siempre será la encargada de la crianza de esa o ese infante. Aquí se evidencia que el derecho opaca las diversidades y

35. BATTYANY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 8.

36. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, pp. 117-118.

37. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, p. 105.

38. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

39. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 34.

uniformiza las historias en un solo discurso para justificar y mantener esa dinámica socioeconómica.

Parafraseando a Foucault, el sector dominante no se interesa en las mujeres, sino en el poder que ejerce sobre ellas.⁴⁰ Una vez más, lo biológico se refleja en lo político⁴¹ en tanto que los cuerpos son adiestrados, disciplinados y normalizados al servicio de determinadas relaciones de poder. Y en este punto, la norma bajo análisis da cuenta del micropoder que opera sobre las mujeres a través de una intervención legal que apunta sobre un grupo social determinado, a la vez que excluye a otros.⁴² Se acredita la trilogía de violencia objetiva, subjetiva y sistémica una vez que el lenguaje es finalmente rescatado de su sumisión al poder.⁴³

III. HERRAMIENTAS ÚTILES PERO INSUFICIENTES

III.A. La posibilidad del análisis crítico en la interpretación judicial

Como ya se ha estipulado, la redacción de la normativa actual viene a expresar la persistencia de una técnica legislativa orientada a mantener la exigencia históricamente impuesta a las mujeres de ser “buenas madres”. Ahora bien, corresponde en este apartado indagar en las posibilidades que ofrece la perspectiva crítica a la hora de su aplicación en cada caso concreto. Se trata entonces de profundizar ciertas cuestiones del segundo nivel de la pirámide de Entelman: la interpretación del discurso jurídico que brindan las y los encargados de darle vida a la letra de la ley.⁴⁴

Si bien el supuesto legal que aquí se analiza es dentro de todo claro y a simple vista no se presenta un tecnicismo que opaca el mensaje de la norma —pues expresamente dice “la madre”—, la tarea del juez o la jueza está en efectuar “una especie de ajuste narrativo, en tanto, revisa, intersecta, discrimina, opta, elige, admite, enlaza, elabora y armoniza hasta

40. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 41.

41. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, p. 172.

42. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, p. 176.

43. ESPOSITO, “Lenguaje y violencia entre Benjamín y Canetti”, p. 69.

44. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 218.

construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos".⁴⁵ La o el magistrado es quien dice el derecho y por tanto ejerce una práctica con un imponente carácter performativo, al conformar representaciones y dotar de legitimada a la palabra, todo lo cual construye realidades sociales.⁴⁶ Lo relevante está en reconocer que las decisiones judiciales tienen "un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes por su origen y función, se entrecruzan [allí]".⁴⁷

Así, se torna esencial repensar por unos instantes el rol del juez o la jueza en la resolución de cada caso concreto. Al respecto, Ost ofrece metáforas míticas para pensar en tres modelos de juez o jueza: 1) Júpiter, aquel o aquella que toma la letra de la ley como un texto sagrado y se representa en la figura de la pirámide; 2) Hércules, el o la cual se ampara en la sombra del código pero adapta sus decisiones a las circunstancias y necesidades del caso, desdoblándose en un ingeniero social e identificándose con la figura del embudo y, por último, 3) Hermes: la figura que representa a la o el mensajero de los dioses y diosas, y que se identifica con la imagen de una red. Hermes "ocupa resueltamente el vacío entre las cosas [...] no conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados".⁴⁸ Con lo cual, ese concepto de red se inserta en lo que Ost denomina una teoría lúdica del derecho: Hermes analiza la circulación infinita de las relaciones de poder y de los significados de las palabras que atraviesan al derecho posmoderno, al cual concibe en un todo como significado en suspenso.⁴⁹

Lejos de que esta categorización resulte ajena a la realidad local, se han registrado precedentes jurisprudenciales relativos a la normativa analizada que se han guiado, en lo que aquí interesa y en cierta manera, por el espíritu de Hermes. Ello se vio plasmado en la interpretación analógica *in bonam partem* del supuesto normativo que aquí se analiza, a fin de ampliar las posibilidades de los sectores más desventajados del tejido social y achicar la brecha con el "deber ser" respecto del derecho a la igualdad de raigambre constitucional.

Debido a la extensión del presente trabajo, se han seleccionado algunos pronunciamientos recientes:

45. RUIZ, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo", p. 11.

46. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 118.

47. MARÍ, "'Moi, Pierre Riviere...' y el mito...", p. 81.

48. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", p. 171.

49. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", p. 187.

En el caso "Rossi" de junio del 2012, la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar a un recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de un varón a quien se le había denegado un pedido de prisión domiciliaria. Los magistrados Cabral, Borinsky y Madueño afirmaron que el tribunal oral había incurrido en arbitrariedad, al no considerar la posibilidad de que una persona de sexo masculino accediera a la modalidad de prisión domiciliaria. A su vez, allí se destacó el principio de interés superior del niño como parámetro rector, al que debe adecuarse la normativa infraconstitucional.⁵⁰

En esa misma línea, el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia ha entendido:

"Que terminológicamente la regla se refiera al carácter femenino del progenitor no quita que se extienda a la otra persona de la especie, dado que la restricción generaría un inaceptable prejuicio inconstitucional (art. 16 CN)."⁵¹

Por su parte, en el caso "Scopa" la Cámara del Crimen revocó la sentencia del tribunal oral, la cual había rechazado la concesión del arresto domiciliario a Marcelo Adrián Scopa. En dicha oportunidad, se había alegado que el detenido padecía adicciones a las drogas y carecía de trabajo, además de que ninguno de los hijos del causante cumplía con el requisito etario exigido por la ley (todos eran mayores a 5 años). Contra tal decisión, los jueces Niño y Garrigós de Rébora hicieron lugar al recurso y conceder a Scopa la prisión domiciliaria. Entre los fundamentos brindados, alegaron que:

"[...] la edad de los hijos y el género de quien está privado de la libertad previstos, no pueden ser interpretados restrictivamente, en detrimento de los principios rectores que subyacen de la Convención de los Derechos del Niño (...)"⁵²

50. CNCP, Sala I, "Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación", voto del juez Luis María Cabral.

51. Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, "RJR", voto del juez Guanziroli.

52. CNCP, Sala IV, "Scopa Marcelo A. s/rechazo...", voto de la jueza Garrigós de Rébora.

A su vez, respecto de la situación de vulnerabilidad puesta en debate, asentaron que:

“[...] cuando de las obligaciones coparentales se trata, no debe analizarse si los niños se encuentran en una situación de desamparo, sino si alguno de los progenitores está conviviendo y cuidando de los menores de edad para asegurar su desarrollo integral y espiritual”.⁵³

De manera más reciente, en el precedente “Cagnone Lavaque” la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución del Tribunal Oral que no hacía lugar a la prisión domiciliaria del imputado y reenvió la causa para un nuevo pronunciamiento. Ello por cuanto entendió que:

“[...] los argumentos del tribunal (...) no consultan adecuadamente las finalidades y ratio de la Ley 24.660 y de la normativa convencional (...) por cuanto se pretende limitar la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria, en los términos del art. 32, inc. F de la citada norma, solo a las progenitoras mujeres (...). Esa aproximación hermenéutica, además del literalismo formalista que supone, entra en crisis con las exigencias sistemáticas, teleológicas y consecuenialistas que disciplinan una interpretación justa y razonable de los enunciados legales”.⁵⁴

Por su parte, la Sala IV del máximo tribunal penal del país tomó la oportunidad en el fallo “Cejas” —en el que también se hizo lugar a una impugnación basada en el rechazo al arresto domiciliario de un varón padre de hijos o hijas menores— para delimitar el alcance de la discrecionalidad otorgada al juez o jueza en el supuesto normativo bajo análisis. Así, ponderó que:

“[...] la existencia de ese verbo —‘podrá’— empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un

53. CNCP, Sala IV, “Scopa Marcelo A. s/rechazo...”, voto de la jueza Garrigós de Rébori.

54. CFCP, Sala II, “Cagnone Lavaque”, apartado III, voto del Dr. Yacobucci.

sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484).⁵⁵

He aquí algunas pinceladas del mensajero de los dioses y las diosas con contundentes consecuencias prácticas, que da cuenta de que la labor judicial "es significativa para la efectivización de los principios y las garantías consagrados en la ley".⁵⁶ Empero, aún quedan dos cuestiones silenciadas: por un lado, el registro de que la letra de la ley en este caso reproduce un problema de desigualdad estructural y sistémica. Por el otro, el abordaje este tipo de decisiones desde el enfoque de la sobrepoblación carcelaria, en miras de ofrecer una herramienta para dar batalla a ese fenómeno. Ello da cuenta de que aún queda un largo camino por recorrer.

III.B. Articulación de conceptos: derecho y transformación social

Como ha quedado de manifiesto, la normativa bajo análisis lleva inserta una cosmovisión determinada acerca de los roles a cumplir por cada género en la sociedad. Ello por cuanto el discurso jurídico "encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral".⁵⁷ Sin embargo, aquí se sostiene que existe la posibilidad de dismantelar esa decisión política y, desde una perspectiva de género y progresiva en términos de derechos humanos, es posible lograr una interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico que no se desentienda de las realidades actuales. Con lo cual, desmitifica la impresión de que el origen y la organización del derecho solo requieren de la razón para ser comprendidos.⁵⁸

55. CFCP, Sala IV, "Cejas", voto del juez Carbajo al que adhirió la jueza Ledesma.

56. RUIZ, "Violencia y vulnerabilidad", p. 8.

57. RUIZ, "Violencia y vulnerabilidad", p. 48.

58. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 122.

Lejos de tratarse meramente de una actividad intelectual, la tarea de la o el crítico es tomar una posición política frente al mundo y, desde esta, saber jugar la estrategia del discurso, registrando en cada decisión lo que se gana, lo que se pierde y lo que está en disputa. De esa forma, es posible identificar las injusticias y desigualdades existentes, para luego hacerse cargo de esos sectores marginales y elegir los mecanismos a través de los cuales prestar ciertas batallas. Ello supone una recuperación ética de la subjetividad, en tanto hacerse en una responsabilidad por el rostro de la o del otro, que presenta una vulnerabilidad que debe interpelar, por más que resulte difícil empatizar con aquellas personas cuyas experiencias vitales resultan diferentes.⁵⁹

En este caso, la adopción de esa posición es un tanto compleja, toda vez que se trata de una conquista de derechos para las personas privadas de libertad, aunque a su vez no puede dejar de tenerse en cuenta el cambio de paradigma respecto de lo que define y caracteriza a cada género. No es el objetivo de este trabajo brindar esa respuesta, aunque sí lo es dar cuenta de cómo el poder opera incluso en estas disposiciones. Y ello demanda, necesariamente, razonar con perspectiva de género.

Desde esta óptica, cobran vida las nuevas ideas respecto de la igualdad de oportunidades y de trato que han sido la gran conquista de los movimientos feministas en sus distintas versiones, a partir del cuestionamiento de más de una estructura, lógica y dinámica que históricamente fueron consideradas “innatas” o “evidentes”. La ley de interrupción legal del embarazo es un reciente ejemplo de conquista que fue precedida de un incesante reclamo por estos sectores. Así como la mujer y otras personas gestantes rompen prejuicios, ganan terreno en áreas que fueron sistemáticamente excluidas y luchan por conquistar sus derechos, el varón encuentra, a través de una deconstrucción de las nociones patriarcales que atravesaron su sentido común, nuevos reclamos en torno al rol masculino y paternal.

A la luz de la transformación cultural que propone la reconfiguración de las bases de estas identidades se suscita el cuestionamiento hacia la actual redacción de los supuestos previstos para el arresto domiciliario. Porque una vez más, el derecho es un terreno de disputa constante, en tanto arena de construcción de sentidos, a partir del cual se puede dar cuenta de

59. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, p. 317.

los cambios de organización social. Aquí cobran importancia los procesos propuestos en la intersección de derecho *con* literatura como son: 1) la relectura, en tanto reinterpretación del sentido del texto para que sea un derecho que le habla a todos y todas; y 2) la reescritura, en este caso del género del autor histórico que escribió el derecho a fin de que sea, parafraseando y actualizando a Calvo González, un “derecho para todas las identidades de género”.⁶⁰

En términos prácticos, ello propone una ampliación del supuesto normativo ya incorporado a la legislación local, a fin de que todas las personas a cargo de niños y niñas menores de cinco años o de una persona con discapacidad puedan cumplir la condena en su domicilio, sin distinción alguna en materia de género. Así, la legislación nacional podrá alinearse con los estándares de igualdad y derechos humanos que fija la cúspide de la pirámide normativa. Al respecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que ciertos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos:

“[...] respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos, en circunstancias en las que han sido utilizados para justificar la violencia contra la mujer o su impunidad, la violación de sus garantías judiciales, o la afectación diferenciada de acciones o decisiones del Estado.”⁶¹

No obstante, resulta de vital importancia que las modificaciones legislativas y/o políticas de esta índole resulten genuinamente acompañadas por la cosmovisión social de la comunidad y así evitar un nuevo desfase: al respecto, el caso uruguayo —con relación a las reformas por licencias de maternidad y paternidad— es una cercana referencia que corresponde tener en cuenta.⁶²

60. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural...”, p. 329.

61. Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, párr. 295.

62. BATTYANY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 6.

IV. CONCLUSIÓN

La lectura entrelíneas del discurso jurídico que propone la filosofía crítica permite dilucidar que este expresa las relaciones de poder existentes en un tiempo y lugar determinados. En lo que aquí interesa, ello pone de manifiesto que el discurso jurídico ha sido históricamente enunciado por y para los varones, en una sociedad que ha disciplinado a los cuerpos en términos de división sexual del trabajo: ellos son los dueños del ámbito público y de los actos de gobierno, mientras que piensan a las mujeres relegadas al ámbito privado y destinadas a encargarse de las tareas de cuidado; entre ellas, la crianza de los hijos e hijas.

En los tiempos que corren muchos de los sectores desventajados han alzado sus voces para tornar conscientes esas exclusiones, limitaciones y desigualdades que ha generado el patriarcado. No solo en términos de asignación de roles y mandatos, sino también en cuanto a una visión binaria de la sociedad: las identidades de género son múltiples. Con esto en cuenta, el supuesto normativo traído bajo análisis respecto de que la madre es la *única* que puede acceder al beneficio del arresto domiciliario si tiene a cargo una o un hijo menor de cinco años o una persona con discapacidad, convoca a las y los agentes encargados de decir el derecho a no hacer oídos sordos a estos reclamos. Los interpela a incurrir a la obra hermenéutica de interpretar el derecho, como un trabajo siempre recomenzado.⁶³

Si bien se ha demostrado que ciertos jueces ya han encarnado parcialmente la figura de Hermes que propone Ost al momento de decidir, aún son necesarios los pronunciamientos judiciales que puedan apuntar de forma explícita las consecuencias de aplicar una perspectiva de género, así como involucrarse en fenómenos problemáticos para la sociedad toda como resulta la sobrepoblación carcelaria. A partir de estos registros es que quizás será posible una transformación social desde el derecho, pues se dimensiona a la justicia como una responsabilidad respecto de la vulnerabilidad de la o del otro, respecto de a quién se juzga y lo que está en juego en la vida de esa persona.

Sin perjuicio de la importancia que merece analizar aquel momento en el que se *dice* el derecho, la relectura y, por ende, la posible rescritura de esta técnica legislativa aparece como una herramienta idónea para dar una respuesta más integral a un conflicto estructural. Pues desde la posición crítica debe ser

63. OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, p. 194.

posible exigir un enunciado responsable.⁶⁴ Ello por cuanto la igualdad nunca viene después como un resultado a alcanzar, sino que debe ubicársela antes.⁶⁵ Se trata, en definitiva, de volver a la concepción del derecho moderno como un mecanismo paradigmático de integración social, en tanto abraza el problema que la propia modernidad hizo suyo, acerca de la igualdad.

Es hora de asumir dos responsabilidades: la primera, intensificar el trabajo de identificación de este tipo de enunciados y abogar por una manipulación del lenguaje jurídico en favor de una transformación social, que dé pábulo a las necesidades de los sectores más desventajados. La segunda, potenciar los mecanismos de concientización respecto de que la lucha por la igualdad de género nunca podrá alcanzar su objetivo si no involucra a todos los géneros y actoras y actores sociales. Solo en esos términos será posible dismantelar el pacto de silencio con el patriarcado y vaticinar un futuro más justo, en tanto se alcance una igualdad entendida como no sometimiento más que como no discriminación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BATTYÁNY, Karina, GENTA, Natalia & PERROTTA, Valentina, "Avanzando hacia la corresponsabilidad en los cuidados: Análisis de las licencias parentales en el Uruguay" en *Repositorio CEPAL*, N°128, 2016, Serie Asuntos de Género, pp. 5-32.
- BERBERY GONZÁLEZ, Florencia, *Mujeres en prisión domiciliaria: De la acción afirmativa al estereotipo de género*, Departamento de Derecho de Universidad de San Andrés, 2015.
- BUBNOVA, Tatiana, "El principio ético como fundamento del dialogismo en Mijaíl Bajtín" en *Escritos. Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*, N° 15-16, 1997, pp. 259-273.
- , "Voz, sentido y diálogo en Bajtín" en *Acta poética*, Vol. 27, N° 1, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 97-114.
- CALVO GONZÁLEZ, José, "Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional" en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 24, 2007, pp. 307-332.

64. BUBNOVA, "Voz, sentido y diálogo en Bajtín", p. 108.

65. GORALI, "Enseñanza, crítica y acción en el...", p. 252.

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Cejas”, 10/3/2021 Reg. 197/2021, Causa N° 5742/2018.
- , Sala II, “Cagnone Lavaque”, 27/08/2020, Reg. N° 1135, Causa N° 71003830.
- , Sala I, “Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación”, 22/6/2012, Reg. N° 15.656.
- , Sala IV “Scopa, Marcelo Alejandro s/rechazo de prisión domiciliaria”, 20/3/2018, Reg. N° 256.
- CÁRCOVA, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Trotta, 1998, Madrid.
- , “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en *Las teorías jurídicas postpositivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *Los alcances del castigo: Mujeres en prisión*, Siglo XXI, 2011, Buenos Aires.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, 9/3/2018.
- ENTELMAN, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra” en *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N° 4, 1986, pp. 109-116.
- ESPOSITO, Roberto, “Lenguaje y violencia entre Benjamín y Canetti” en *Daimon. Revista de Filosofía*, N° 38, 2006, pp. 61-69, traducción de ACCORSI, Ángela.
- FOUCAULT, Michel, “Clase del 14 de enero de 1976”, en *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de Cultura Económica, 2000, Buenos Aires.
- , *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, 25ta. ed. en español, Siglo Veintiuno Editores, 1998, Buenos Aires, traducción de GUIÑAZÚ, Ulises.
- GORALI, Marina. “Enseñanza, crítica y acción en el campo jurídico: pensando junto a Duncan Kennedy” en *Revista Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja*, N° 20, junio-noviembre 2018, pp. 248-259.
- LÓPEZ, Axel & MACHADO, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Fabián J. Di Plácido, 2014, Buenos Aires.
- MARÍ, Enrique, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” en *Revistas Doxa*, N° 03, 1986, pp. 93-111.

- , “‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 59, 1980, pp. 81-110.
- Ministerio Público de la Defensa, “Boletín Jurisprudencia. Prisión domiciliaria para progenitores varones” en *Referencia Jurídica e Investigación*, Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, mayo de 2021.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez” en *Revistas Doxa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 14, 1993, pp. 169-194.
- PITLEVNIK, Leonardo, *Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas*, Didot, 2019, Buenos Aires.
- Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2020. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2021, Buenos Aires.
- RUIZ, Alicia E. C., “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en COURTIS, Christian, *Desde otra mirada*, Eudeba, 2001, Buenos Aires.
- , “La construcción social y jurídica de la verdad”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, 2001, Buenos Aires.
- , “La ilusión de lo jurídico” en *Crítica Jurídica Nueva Época*, N° 4, 1986, pp. 161-168.
- , “Violencia y vulnerabilidad” en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 1, N° 29, 2010, pp. 43-52.

EL CENTRO UNIVERSITARIO DEVOTO (CUD): SU IMPACTO EN LA SUBJETIVIDAD DE LOS DETENIDOS*

JUAN FACUNDO CEBALLOS**

*Allí amarró la Universidad de Buenos Aires en 1985,
fundando el Centro Universitario Devoto (CUD),
cuando la movilización de los presos encontró en el estudio,
una estrategia de resistencia diferente a los motines.¹*

Resumen: La cárcel de Devoto es una prisión emblemática que destaca por su ubicación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su antigüedad, por su historia y por contener en su interior una sede de la Universidad de Buenos Aires: el Centro Universitario Devoto (CUD). Este espacio universitario es autogestionado por los detenidos que estudian allí, lo que le permite alcanzar grandes niveles de autonomía tanto en relación con el Servicio Penitenciario Federal, que administra la prisión, como en relación con la dinámica habitual de los pabellones donde se aloja la población detenida. Entre los numerosos efectos que produce el CUD en la prisión —tanto a nivel institucional como individual—, en este trabajo se estudia su impacto sobre la subjetividad de los detenidos que deciden estudiar allí. Se busca recuperar mediante entrevistas la voz de los presos que estudian en el CUD, así como también la voz de personas externas a la prisión que participan en él desde la universidad. De estas entrevistas se extrae la hipótesis de que el CUD produce una ampliación de la oferta subjetiva de los detenidos que estudian allí, al ofrecerles nuevas formas de autorrepresentación y

*Recepción del original: 14/04/2022. Aceptación: 14/07/2022.

**Abogado por la Universidad de Buenos Aires con orientación en derecho penal y criminología. Ayudante-docente e investigador en la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Ramiro Gual, Bernarda García, Jonathan Gueler y Maia Czarny. También a Karina Bonifatti, Esteban ‘Yuyo’ Ceballos, Guillermina Koch, Juan Abal Medina y a todos/as los/as entrevistados/as.

1. ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*, p. 15.

prácticas simbólicas diferentes a las carcelarias. Finalmente se concluye que el CUD amplía la subjetividad de los detenidos.

Palabras clave: sistema penitenciario federal — régimen de progresividad — educación en contexto de encierro — centro universitario devoto — autorrepresentación — subjetividad

Abstract: The Devoto Prison is an emblematic prison, which stands out for its location in the Autonomous City of Buenos Aires, for its antiquity, for its history, and for containing within it a campus of the University of Buenos Aires: Devoto University Centre (DUC). This university space is self-managed by the detainees who study there, reaching great levels of autonomy both in relation to the Federal Penitentiary Service, which manages the prison, and in relation to the usual dynamics of the pavilions where the detained population is housed. Among the numerous effects that the DUC generates in prison—both at the institutional and individual level— this paper seeks to study its impact on the subjectivity of the detainees. who decide to study there. The aim is to recover through interviews the voice of prisoners who study in this university centre, as well as the voice of people outside the prison who participate in it from the university. From these interviews, the hypothesis is extracted that the DUC generates an expansion of the subjective offer of the detainees who study there, by offering them new forms of self-representation and symbolic practices different from those in prison. Finally, it is concluded that the DUC expands the subjectivity of the detainees.

Keywords: federal penitentiary system — progression regime — prison education programs — devoto university centre — self-representation — subjectivity

I. INTRODUCCIÓN

En la Argentina, la Constitución Nacional (en adelante CN), así como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de idéntica jerarquía (art. 75 inc. 22 CN), consagran el “paradigma correccionalista” como principio rector en la ejecución de la pena privativa de la libertad (arts. 18 CN, 5 inc. 6 CADH y 10 inc. 3 PIDCP). La Constitución Nacional establece:

Artículo 18. [...] Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortifi-

carlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.²

En ese mismo sentido, la Ley de Ejecución de la Pena (Ley 24.660) establece el denominado “Régimen de Progresividad”, orientado a la resocialización del detenido:

Artículo 1º. La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social [...]

Artículo 6º. El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.³

Bajo este esquema normativo, existe un sistema de “recompensas” que busca incentivar la reinserción social de la persona privada de la libertad (art. 105, Ley 24.660). Entre ellas, se encuentra el “estímulo educativo” (art. 140, Ley 24.660).

No obstante, la realidad concreta en el “archipiélago carcelario” dista mucho de las afirmaciones de las normas.⁴ En ese sentido, estudiosas y estudiosos de la criminología han creado distintos conceptos para describir de manera más adecuada y realista el fenómeno social de la ejecución penal en la Argentina.⁵ A lo largo de este trabajo, se tendrán presentes las tensiones existentes entre estas afirmaciones legales y las realidades concretas de la “red carcelaria”.

En la realidad existen al menos dos modelos o diagramas de poder contrapuestos. Por un lado, el diagrama de resocialización (CN, TTDDHH y

2. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 18.

3. República Argentina, Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, cap. I.

4. GUAL, *Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación...*, p. 31.

5. Por ejemplo, la idea de “pantanos punitivos” en CAIMARI, *Apenas un delincuente...*, p. 116.

Ley de Ejecución) que interpreta que la finalidad de la pena en un Estado social de derecho no puede ser otra que la reinserción social del detenido y que busca aportar herramientas en ese sentido. En el otro extremo, se encuentra el diagrama de disciplina, que entiende la finalidad de la pena como el mero castigo al individuo, impartido por el cuerpo social como reacción a su desobediencia a normas morales o sociales preestablecidas. Siguiendo a grandes estudiosos del campo social, y con la finalidad de comprender el funcionamiento concreto de los dispositivos, se estudian dichos dispositivos según sea su cercanía/distancia a uno u otro de estos diagramas de poder.⁶

Partiendo de un paradigma correccionalista —el único legítimo a la luz de la normativa vigente y el único compatible con un Estado de derecho social y democrático— existen ciertos institutos que ofrecen oportunidades a los detenidos, que les permiten ampliar sus opciones existenciales, tanto durante el encierro (tiempo presente), como una vez en libertad (tiempo futuro). Por el contrario, un paradigma disciplinario o punitivista buscará reforzar e internalizar el estereotipo criminal en cada individuo, de manera que opera finalmente su inhabilitación o neutralización como sujeto (tesis de incorregibilidad).⁷ Este último paradigma se corresponde con una noción autoritaria y totalitaria, propia del “modelo corporativo” de sociedad⁸ y del derecho penal de autor.

Uno de los institutos que más aporta para la resocialización de los detenidos es la educación. En este sentido, existen numerosos programas universitarios en contextos de encierro a lo largo y ancho del país, que se articulan con el Régimen de Progresividad de la Pena. En el marco de una investigación en curso en el ámbito de Derecho-UBA (DeCyT DCT2041) dedicada al estudio de las estrategias de gobierno carcelario, hemos realizado numerosas entrevistas con presos estudiantes y con colaboradores externos de uno de los centros universitarios en contexto de encierro más influyentes: el Centro Universitario Devoto (en adelante CUD). Se trata de una sede de la Universidad de Buenos Aires (en adelante UBA) que se encuentra en el interior de la cárcel de Devoto (Complejo Penitenciario Federal CABA).

Durante el desarrollo de estas entrevistas, cada uno de los entrevistados destacó, con sus propias palabras, un aspecto sumamente relevante del

6. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 237 y DELEUZE, *El poder: curso sobre Foucault*, tomo II, p. 163.

7. NEUMAN & IRURZUN, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y...*, p. 16.

8. ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, *Manual de derecho penal: parte general*, p. 19.

CUD: cómo este centro universitario impacta especialmente en la subjetividad de aquellos presos que tienen la posibilidad de estudiar allí una carrera de grado de la UBA. Por lo tanto, la finalidad de este trabajo es justamente describir y analizar el conjunto de efectos que el CUD opera sobre la subjetividad de los detenidos que estudian en este espacio universitario en contexto de encierro. Del conjunto de los testimonios de detenidos, docentes o colaboradores, y de esta noción compartida por todos ellos se extrajo como hipótesis principal que el CUD contribuye a romper las lógicas carcelarias y ampliar las opciones subjetivas de los detenidos, permitiéndoles figurarse nuevos caminos de vida, nuevas formas de autorrepresentación y prácticas simbólicas diferentes a las habituales bajo el encierro. Así les ofrece una diversidad de opciones existenciales alternativas a la “carrera de delincuente”, lo que amplía de esa forma la oferta subjetiva del detenido. Bajo esta hipótesis, el CUD les presenta a los presos-estudiantes nuevas perspectivas y proyectos profesionales, y nuevas formas de autopercepción. Estas constituyen opciones de vida diferentes al delito, hasta ese momento percibido, en muchos casos, como la opción más viable —idea muchas veces reproducida por la cultura de los detenidos, pero también por la propia agencia penitenciaria que, a través de numerosos mecanismos, dificulta la posibilidad real de resocialización del detenido—.⁹

II. MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA

Como se expuso en la Introducción, en el presente trabajo se busca describir y explicar los efectos que el CUD opera sobre la subjetividad o mentalidad de las personas privadas de la libertad que deciden estudiar allí una carrera universitaria de la UBA. Para ello, se tomaron conceptos y lógicas de autores distintos, buscando complementar sus diferentes enfoques: utilizamos las nociones de la “microfísica del poder” de Michel Foucault y Gilles Deleuze¹⁰ para comprender los comportamientos sociales a nivel “micro”, y las combinamos con la corriente del “interaccionismo

9. GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, p. 57.

10. FOUCAULT, *Vigilar y castigar* y DELEUZE, *El poder: curso sobre Foucault*, tomos I y II.

simbólico" de los autores Erving Goffman¹¹ y Gresham Sykes.¹² A su vez, usamos técnicas y métodos aplicados en las investigaciones etnográficas en prisiones realizadas por Elías Neuman y Víctor Irurzun¹³ y Ramiro Gual.¹⁴ Finalmente, complementamos los autores mencionados, de formación mayormente sociológica o jurídica, con conceptos que surgen de la intersección entre la criminología y el psicoanálisis.¹⁵

A nivel metodológico, este trabajo utiliza un diseño de investigación de tipo "descriptivo-exploratorio". Asimismo, se utiliza el método cualitativo, el razonamiento inductivo y el enfoque "micro-sociológico", que hace especial foco en la perspectiva subjetiva de los participantes de los fenómenos sociales, en la interacción entre estos, y en los significados que éstos le atribuyen a dichas interacciones. La metodología en concreto consiste en la elaboración, desgrabación y análisis de entrevistas con personas que participen o hayan participado del CUD, especialmente como estudiantes, pero también con colaboradores externos a la prisión. Se busca, de tal forma, recuperar las voces de las personas que participan, desde sus diferentes lugares, de este espacio de intercambio académico. Finalmente, se busca extraer algunas reflexiones sobre el impacto que este espacio universitario genera en la subjetividad de los detenidos, en su "experiencia del encierro", en las prácticas simbólicas y formas de relacionamiento e interacción social, y en el ejercicio efectivo de sus derechos.

III. RESULTADOS: QUÉ ES EL CUD. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS.

La cárcel de Devoto, oficialmente denominada Complejo Penitenciario Federal CABA, es el único complejo penitenciario del sistema federal que se encuentra en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, y aloja una población de 1.800 presos. Además, se trata de una prisión argentina que destaca por su antigüedad,¹⁶ por su historia, y por contener en su interior una sede de la Universidad de Buenos Aires: el Centro Univer-

11. GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*.

12. SYKES, *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*.

13. NEUMAN & IRURZUN, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y...*

14. GUAL, *Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación...*

15. ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*

16. Inaugurada en 1927.

sitario Devoto (CUD). Este espacio universitario fue creado en conjunto entre los presos y la universidad en el año 1985, y se caracteriza por ser un espacio autogestionado por los detenidos que estudian allí, que alcanza grandes niveles de autogestión y autonomía, tanto respecto del Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF) que administra la prisión, como respecto de las lógicas y dinámicas habituales de los pabellones donde se encuentra alojada la población privada de su libertad. Se trata, en suma, de un espacio autogestionado por los detenidos, pero fuertemente articulado con docentes, colaboradores y autoridades de la Universidad de Buenos Aires, a través del Programa UBA XXII (dictado de carreras de grado en establecimientos del SPF).

Este espacio educativo y universitario se caracteriza por generar diversos y numerosos efectos, tanto a nivel de la experiencia del encierro de cada “preso-estudiante”¹⁷ —efectos subjetivos— como a nivel del gobierno de la prisión y la gestión de los conflictos —efectos políticos—.

Además, el espacio del CUD también genera efectos sobre la Universidad de Buenos Aires como institución, por cuanto representa una “embajada” o “puerta de entrada”, que conecta dicha institución educativa de masas con el “submundo carcelario” o red carcelaria. Dos registros y realidades que no suelen dialogar en el “medio libre”, por encontrarse distanciados social y culturalmente, se encuentran en esta sede universitaria dentro de la prisión, lo que genera una nueva forma de vínculo académico y una forma novedosa de producción de saber, caracterizada por un diálogo dinámico entre el saber teórico de la universidad y el saber empírico de los detenidos. De esta forma, el CUD representa un espacio de producción de saber académico con características novedosas y particulares, a la vez que genera numerosos efectos, tanto sobre los individuos que participan en él (presos-estudiantes, docentes, colaboradores, activistas, funcionarios de la universidad) como sobre el funcionamiento de las dos grandes instituciones públicas involucradas: la universidad (UBA) y la prisión (SPF).

Dentro del universo de efectos que genera el CUD, este trabajo busca estudiar el impacto que tiene sobre la subjetividad de los detenidos: sobre la forma en que los presos se autoperceben. En ese sentido, y tal como se dijo, se considera especialmente la voz de los presos o ex-presos que estudian o estudiaron una carrera en este Centro Universitario, así como

17. Categoría propuesta en ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*, p. 69.

también la voz de aquellas personas externas a la prisión, que colaboran o participan en el CUD desde la universidad.

A partir de sus dichos, emerge la noción compartida de que el CUD genera una importante ampliación o apertura a nivel subjetivo, ya que le permite al detenido la posibilidad de representarse a sí mismo de maneras novedosas y diversas, diferentes a la “carrera delincencial” —noción habitualmente reforzada por el dispositivo prisión mediante sus mecanismos de asignación e internalización de estereotipos criminales—. La posibilidad de elegir libremente una de las carreras universitarias ofertadas por la UBA representa una de las instancias más claras en que se manifiesta esta apertura simbólica: se dictan las carreras de Abogacía, Administración de Empresas, Contador Público, Filosofía, Letras, Psicología, Sociología y Trabajo Social, además de diversos programas, talleres y actividades educativas. En el CUD se encuentran, además, la sede del Sindicato Único de Trabajadores Privados de su Libertad Ambulatoria (SUTPLA), y una oficina de asesoramiento jurídico integrada principalmente por abogados de la UBA recibidos en el CUD. Este entramado representa una estructura alternativa y dinámica, que contrasta con el funcionamiento habitual de la cárcel, a la vez que constituye una sólida red institucional, de características mayormente autogestivas, autónomas y horizontales, que influye tanto en la subjetividad de cada uno de los detenidos, como en la dinámica más general de la prisión y las estrategias de gobierno de la institución.

En el libro *El mal-estar en el sistema carcelario. Universidad, psicoanálisis, justicia y otros síntomas*¹⁸ de 1996 se estudia el acontecimiento de la universidad en la cárcel a través de un abordaje interdisciplinario, del que participan docentes, abogados, psicólogos y psicólogas, sociólogos, un historiador, un periodista y una médica psiquiatra y legista exintegrante del cuerpo profesional del Servicio Penitenciario:

Todo nace en 1985 a partir de una demanda de estudio por parte de un grupo de internos de la Unidad 2 de Devoto. Debido a esta, docentes de la Universidad de Buenos Aires realizan un proyecto, que es aprobado por la UBA, y a su vez extendido al Servicio Penitenciario para su conformidad, implementándose de esta forma, y por primera vez, que la Universidad llegue a las cárceles.

18. ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*

[...] Todo este movimiento intelectual tiene sus raíces en la lucha por romper con la monotonía y el encierro que produce una institución total como es una cárcel, creando con esto una fractura en el sistema, y dando luz a un cambio instituyente.

[...] Este emprendimiento, es una muestra clara de una actitud autogestiva, incipientemente pequeña y muy poco estructurada, pero con un poder instituyente muy intenso. La rotatividad de las tareas y roles, la socialización del trabajo desagradable, la potenciación de la autoestima y las capacidades de decisión de los integrantes del grupo [...] fueron algunas de las prácticas simbólicas que atravesaron esta forma organizacional. Se trató básicamente de una organización abierta, autónoma y autárquica, con una prevalencia de la coordinación (horizontalidad) frente a la subordinación...¹⁹

Este trabajo describe el acontecimiento de formación del CUD como “un modo de mutación cultural”. En ese sentido analizaremos las lógicas, dinámicas y prácticas simbólicas que se generan en su interior.

III.A. La representación del CUD entre los detenidos: Un espacio de libertad. Una luz en medio de la oscuridad

Uno de los presos-estudiantes entrevistados se hallaba detenido en Devoto por una infracción a la Ley de Drogas (Ley 23.737). Como parte de sus estudios de Abogacía, cursó la materia Sociología de la Prisión, lo que le permite combinar su experiencia concreta de encierro con conceptos teóricos elaborados por los estudiosos de la sociología del encarcelamiento. Se trata de una persona que poco conocía, antes de su ingreso a la prisión, del “mundo de la delincuencia” o el “mundo carcelario”, por encontrarse social y culturalmente lejano a él:

—Vos te das cuenta, no soy una persona que la tiene clara con la cárcel. [...] Yo no tengo veinte años de carrera de delincuente.

19. ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*, pp. 25-27.

Erving Goffman explica en su obra *Internados*²⁰ que, tras el ingreso a la institución total, se produce en la mentalidad del interno una fuerte ruptura respecto de su realidad e identidad previas (proceso de desculturación). La llegada a la institución de encierro resulta una experiencia traumática, caracterizada por los ataques sistemáticos por parte de la institución contra el yo del individuo (“mutilación del yo” o la pérdida sucesiva de las referencias identitarias que —antes del encierro— estructuraban la subjetividad del individuo) y por cambios progresivos en su autopercepción. Cuanto mayor sea la distancia social y cultural entre la realidad previa del individuo y el nuevo “mundo institucional” del encierro, mayor será la ruptura psicológica y el trauma producto del ingreso a la institución. Luego del proceso inicial de “mutilación del yo”, la institución de encierro sostiene y capitaliza, a través de diversos mecanismos, la tensión entre el “mundo habitual” del interno (“afuera”, “en la calle”) y el nuevo “mundo institucional” (“acá adentro”). Según Goffman, esta tensión es utilizada por la institución (es decir, por el personal que la administra) como “una palanca estratégica para el manejo de los hombres”, en el marco del gobierno y la administración de la institución total por parte del personal.

En cambio, el ingreso al CUD, lejos de “mortificar el yo”, o —en palabras de Neuman e Irurzun— “aniquilar la personalidad del recluso”, contribuye a la “acción reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del detenido”.²¹ Se le preguntó al entrevistado:

—La primera vez que entraste al CUD, ¿cuál fue la sensación que tuviste, qué sensación te transmitió el lugar, ¿qué sentiste en ese momento?

Ante esta pregunta, la expresión del entrevistado cambió notablemente: se le dibujó una sonrisa y se le iluminó la cara. Comenzó a responder con clara emoción. Para expresar lo que sintió, repitió algunas palabras como “mágico” y “oasis”. De esa forma, dio cuenta de lo que representa, en un contexto de encierro, poder acceder al espacio del Centro Universitario:

20. GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, p. 31.

21. NEUMAN & IRURZUN, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y...*, p. 14.

—[se toma un momento para responder, se lo ve sonriente y emocionado] ¡Es mágico! Es un oasis. ¡Es un oasis! La mayoría de los presos o expresos te lo vamos a definir igual: que es un oasis. Entrás y decís: “Loco, ¿esto está adentro de una cárcel? Detrás de tanta mierda, y tanta oscuridad, ¡tenemos esto!”

A la vez, me transmitió libertad. Era muy parecido —era un ambiente que lo respirabas, lo veías, y de estructura— a ambientes universitarios donde me ha tocado estar en la calle. Entonces, me sentía libre. No sentí que estaba preso. Yo, como conocí el CBC de Montes de Oca, y conocí Ciudad Universitaria, me hizo acordar al CBC de Montes de Oca. [se ilumina su expresión] Y al hacerte acordar a algo libre, me transmitió muchas cosas así. Es un pedazo de libertad ahí adentro. Me transmitió eso.

Y dije: “Yo tengo que conseguir la forma de poder cumplir un rol acá adentro de la facultad, y quedarme acá adentro”. Porque sentía que era lo más parecido, pero por lejos, a mi identidad, a cómo yo concibo las cosas. ¿Por qué? Porque es el ambiente menos tumbero que hay, y el más similar a un ambiente de la calle. Por las aulas, la limpieza, la luz, ¡todo! Dije: “Bueno, es como que, en vez de estar preso, ¡estoy preso en el CBC!”

El CUD, además de ser representado como un “espacio de libertad”, es concebido también como un “espacio de encuentro” entre los detenidos, en el contexto de una institución como la prisión, fuertemente regimentada y sobrerregulada por el servicio penitenciario y sus normativas administrativas:

—Es un lugar de encuentro también. Porque vos te encontrás con otros detenidos que están en otros pabellones, en otros edificios —dentro de lo que es Devoto—, que no te los cruzarías nunca si no fuera por el CUD. Entonces te enterás acciones o macanas que se mandó el Servicio en el Módulo 1, otro te cuenta algo que pasó en el Módulo 3, otro que cuenta algo del Módulo 5, otro te cuenta lo que es Módulo 6. Te enterás historias de cosas que suceden en el día a día, como de gente nueva que entró al penal, como historias de las causas... Vas conociendo cada vez más gente. Te vas enterando.

El CUD permite que los detenidos de distintos pabellones y de distintos módulos (plantas) se encuentren y se comuniquen entre sí, lo que genera circulación de experiencias e información a las que de otra forma no accederían. El CUD es representado como un espacio de encuentro, de coordinación, de cooperación. Además, constituye un espacio de producción de saber y reproducción de una cultura particular, que superpone lo carcelario a lo universitario: una síntesis poco frecuente en el afuera (“el medio libre”):

—Había otro pibe, que está en Filosofía, que decía que el CUD era como una radio. O sea que genera tu forma de comunicarte. Yo leí el libro este de Mandela, que se llama *Un largo camino hacia la libertad*. Y Mandela, si hubiera tenido el CUD, ¡hubiera salido en libertad a los 15 años, no se hubiera comido casi 30! El tipo mandaba mensajitos a través de los cocineros. En cambio acá vos podés unirte, podés llamar a asamblea —nos juntábamos todos en el Centro— y hablar. Y toda esa gente, lo que se decide en esa asamblea, lo transmite: cada uno va a sus respectivos pabellones, en sus respectivos edificios. Entonces, vos tirás un mensaje a las 3 de la tarde, y a las 6 de la tarde se está enterando todo el penal ya... [*piensa*] Digamos que el CUD es una “asamblea constituyente”: se determina algo, y después va cada uno a su provincia a hablar con su gente y a transmitir. Se construye una idea.

El CUD emerge como un nuevo circuito de comunicación, muy particular, que permite el diálogo entre sectores comunicados entre sí y, por lo tanto, desprotegidos ante posibles abusos o vulneraciones por parte del Servicio. Es un espacio donde los detenidos se encuentran, se comunican entre sí y se alejan de la violencia que es moneda corriente en el resto de la prisión —de ahí la idea de “oasis”—. Además, los detenidos logran construir nuevas formas de relacionarse, ya no a través de lazos de fuerza, violencia, o sumisión —respecto del Servicio o de otros presos—, sino a través de gestos de solidaridad, sensibilidad y fraternidad. Esto es potenciado a través de instancias de diálogo y participación política —la asamblea—, que se entrelazan con medidas procesales —típicamente el *habeas corpus*—, y generan la canalización de los conflictos surgidos en la prisión a través de vías pacíficas (interposición de institutos procesales, reclamos

gremiales, etc.). Este cambio en la lógica de relacionamiento, sumado a las diferentes estrategias judiciales y gremiales, acercan al dispositivo CUD —y a través suyo al dispositivo Devoto en que se inserta— al “diagrama resocializador” y lo alejan del diagrama disciplinario/neutralizador. Además, estas estrategias les permiten a los detenidos que acceden al CUD —y a través de ellos a buena parte de la población de Devoto— un mayor nivel en el ejercicio de sus derechos, a la vez que contribuyen a atenuar los *dolores del encarcelamiento*:²²

—En el CUD puede bajar un chico a decir que la policía le pegó, o lo abandonaron, o que incurrió en algún tipo de abandono de persona; y bajar y reclamar. Puede bajar una persona que diga que en su pabellón están metiendo más presos, hacinando el pabellón, duplicando su espacio, o poniendo más camas. En el CUD también puede bajar una persona a contar que hace 8 meses está pidiendo trabajo y no le dan. Y en el CUD puede bajar una persona que dice que hace dos días se están bañando con agua fría. En el CUD puede bajar un chico que quiere estudiar, y que quiere arrancar el CBC o la carrera de Abogacía. [...] En el CUD puede bajar un chico que simplemente quiere aprender a leer; o quiere leer algún libro y pide un libro en biblioteca —que eso me pasó mucho a mí—. Y en el CUD puede bajar un chico que simplemente quiere pasar el día y salir del pabellón y distenderse, o alejarse de la violencia, aprender algo nuevo... Y ahí más o menos metés todo: tenés política, trabajo, lo que es gremial; políticas en salud. Puede bajar un pibe que cuenta que tiene una hernia y que se está re contra inflando, y que nadie le da bola. O que tiene migrañas todo el tiempo y que no puede más. O que quiere irse al hospital, y no le dan el pase al hospital, al Vélez Sarsfield. ¡Es para todo!, para cualquier área. Te digo, el CUD nuclea todos los ministerios —por así decirlo— vinculados a las necesidades del preso.

Además de un espacio académico y de construcción de saber, se trata de un espacio de encuentro, de comunicación y de toma de decisiones po-

22. SYKES, *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*, p. 117.

líticas y gremiales. Este espacio polivalente permite canalizar demandas de todo tipo: sobre violencia institucional, malos tratos o torturas por parte del SPF; problemas de superpoblación; reclamos de trabajo; cuestiones de higiene, salud y necesidades básicas; reclamos de acceso efectivo a educación universitaria, la posibilidad de acceder a determinados libros y lecturas; o simplemente la necesidad de alejarse de la violencia y el desgaste psicológico que se sufre cotidianamente dentro de un pabellón, buscando nuevos vínculos que modifiquen y resignifiquen su experiencia de encierro penal. De esta forma, el CUD genera —a nivel institucional— la canalización de los conflictos que puedan surgir en la cárcel mediante la vía de reclamos pacíficos y no por la vía de la violencia; a la vez que genera —a nivel individual— la posibilidad para el detenido de conocer e interiorizarse en formas diferentes de comunicación, lenguaje, cooperación, y acción (diferentes prácticas simbólicas). El preso que decide estudiar en el CUD puede participar en un espacio de cooperación, discusión y producción de saber, en el cual “se construye una idea”. Esto contribuye a ampliar la subjetividad del detenido que elige estudiar una carrera universitaria dentro de la cárcel, en tanto descubre nuevos circuitos, lógicas y prácticas sumamente diferentes a las dinámicas habituales en los pabellones de población.

III.B. El circuito comunicacional del Centro Universitario Devoto.

En otra de las entrevistas realizadas, se escuchó a un preso-estudiante, egresado de la carrera de Abogacía y estudiante de Sociología. Este intercambio fue realizado bajo modalidad presencial, al interior del Centro Universitario Devoto. Específicamente, fue realizada en un patio que se encuentra al aire libre, un espacio luminoso en el cual se puede ver una gran parte del cielo. Incluso, resulta contraintuitivo que dentro de una prisión —espacio figurado y representado socialmente como un lugar cerrado, oscuro, hermético— exista un patio luminoso, al aire libre, y con vista al cielo despejado. En otras palabras, se trata de un espacio que no parece una prisión.

Las características de este espacio, aparentemente abierto y al aire libre, se entrelazan con el contenido de la investigación, la cual oscila en todo momento entre dos ideas ordenadoras opuestas entre sí: la libertad, por un lado, y el encierro, por el otro. Además, la luminosidad del espacio físico en que se desarrolló la entrevista permite ubicar al espacio del Centro

Universitario Devoto dentro de un posible “régimen de visibilidad”²³ que atraviesa a la cárcel y a quienes habitan o transitan sus diferentes espacios físicos o institucionales. En ese sentido, el CUD puede ser visto como una “grieta” de luz que modifica el régimen de luz-oscuridad en Devoto: el CUD lo ilumina, ya que trae luz sobre el espacio físico, y modifica la experiencia cotidiana del encierro; pero sobre todo lo ilumina ya que permite la circulación de personas y, con ello, la producción y circulación de conocimiento. El entrevistado dijo:

—El CUD también tiene —y es eso lo que lo hace activar mucho— la comunicación con el afuera, el hecho del ingreso de la gente constantemente de afuera. En un momento yo me acuerdo que vos una o dos veces al mes tenías un juzgado acá. Venía el personal de tal cámara, el personal de tal juzgado, una vocalía entera... Han venido gente de intercambio de Alemania... Yo acá conocí a Maier, a Feinmann —el filósofo—... ¡A Maier lo conocí acá! Y yo no sé si en la calle tenés las mismas posibilidades de hacer eso.

Otro entrevistado, también detenido estudiante del CUD, coincide en esta noción dinámica del CUD:

—El flujo de gente que hay acá no es el mismo: la gente que viene a cursar no es la misma que está todos los días con vos adentro de un pabellón, sino que va rotando, siempre vas viendo gente nueva, vas interactuando con gente nueva, con mucha gente que no ves a diario. Entonces, eso te saca, el conocer gente.

El Centro Universitario Devoto representa un dinamismo que contrasta con la vida rutinaria y monótona propia de una institución total²⁴ como es la prisión. Representa, para el detenido que estudia allí, la posibilidad de conocer gente nueva, de introducirse en un circuito comunicacional y social variable, dinámico y novedoso, donde además se produce saber académico. En este sentido, aumenta la interacción social del detenido que

23. DELEUZE, *El saber: curso sobre Foucault*, tomo I, p. 144

24. GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de...*, p. 20.

ingresa en él, y le permite insertarse en una institución educativa, con lógicas y prácticas propias de un ambiente universitario.

III.C. El “elemento revolucionario” del CUD

Otro de los entrevistados, que conoce en profundidad la dinámica de la prisión de Devoto, busca explicar la operación que produce el CUD a nivel subjetivo. Para ello, expone la existencia de dos lógicas opuestas dentro del encierro: por un lado, la lógica de la cárcel o “mambo de la cárcel”; y por el otro, la lógica del CUD. En este sentido, la operación consiste en “romper el esquema”, en “cambiar la óptica”, ya que “te permite modificar tu cabeza”:

—Cuando yo empecé a venir, había pibes que le llevaban muchos años detenidos, que habían transitado un largo período; pero también que iban ahí como arrancando también en la carrera. Pero también habían hecho un quiebre en relación cárcel y en “lo que quiero seguir haciendo”. Y lo que es el CUD, a fin de cuentas: yo creo que la idea es verlo al CUD como herramienta para darme cuenta de lo que mañana yo quiero hacer.

—[...] Siempre es contradictorio estar cómodo en algún lugar de la cárcel, o sentirte bien en algún lugar de la cárcel. Porque, obviamente... la primera sensación con la cárcel es el rechazo, o sea: “yo no quiero ser parte de esto, yo no quiero que esto me absorba”. Pero para mí ese es el elemento revolucionario del CUD: que te permite ver las cosas desde otra óptica, que te permite modificar tu cabeza, y obviamente poder estar en algo ajeno a la cárcel.

—Yo venía de Menores. Y en Menores vos estabas todo el día en el pabellón, y estabas todo el día pensando en la tumbeada. Estabas todo el tiempo en el mambito de la cárcel: en qué era lo que hacía el otro, que si el otro tenía una faca, que si el otro lo tumbeó a éste, que si éste le durmió una tarjeta a este, que este le iba a robar las zapatillas al otro... Estabas todo el tiempo en el mambito de la cárcel: todo el tiempo la cárcel, la cárcel... Y vos venís acá al CUD, ¡y tenés un chabón que de golpe te habla de Foucault! Y es como algo extraño. O sea, cambia, ¡te rompe la lógica!

—Muchos te dicen: “Yo soy chorro. Yo no vine a la cárcel a estudiar”. Pero hoy tenés esta oportunidad. Y es una oportunidad que un montón

de gente no tiene. ¡Ni en la calle la tienen esa oportunidad! Es una oportunidad única, si uno lo piensa. ¡Y vos no la estás aprovechando!

El CUD no solo es representado como “una oportunidad única” sino que también es visto como un espacio que te “salva” de las dinámicas violentas y perjudiciales de la cárcel:

—Yo, para mí, el CUD me salvó, de una u otra forma. Yo no creo que yo sería el mismo si no hubiese estado el CUD. Yo, para mí, me salvó de la cárcel, en sí. ¡Porque me rescató la cabeza! O sea, no sé qué sería de mí sin el CUD. Después de tanto tiempo preso, ¡hay gente que me ve y todavía pregunta si recién vine, o si soy preso!

—No quiero ingresar en esa lógica [de la cárcel]. Y agradezco no haber ingresado en esa lógica. Pero también sé que fue el Centro el que me permitió no ingresar en esa lógica. Insisto, no sé qué hubiera sido... Por eso yo digo siempre: a mí el CUD me salvó, de la lógica de la cárcel, o no sé, ¡de perder la cabeza! O sea, yo me siento centrado. Obviamente, hay un golpe, ¿no?, la cárcel, el encierro... Hay cosas que chocan. Pero yo no me veo tan perdido en ese sentido. Y creo que eso fue el CUD. Yo cien por ciento se lo acredito al CUD. Y la posibilidad de haber generado vínculos también: docentes que han ayudado... Entonces, ¡esas cosas tiene el CUD!

—Esas son las cosas de las que te nutris en el Centro. Y que entendés que son distintas, y hablás de otras cosas. Los pibes hablan de su materia: Capaz tres, cuatro, que están en una materia, onda: “¿Vos entendiste esto? ¿Y esto no lo entendiste?”

—[...] Porque de una u otra forma el preso escapa a la noción de la cárcel. No estar en el pabellón es escapar a la noción de la cárcel, por más que estés en un lugar cómodo, un lugar donde no es violento, o lo que sea. O sea, es romper el esquema.

—Está bien, estoy en la misma institución, eso lo entiendo. Pero... ¡no estoy en el mismo lugar! Y eso por lo menos genera una diferencia. Por lo menos para mí, en mi cabeza.

El CUD también es representado por el entrevistado como un lugar que disminuye la posibilidad de reincidencia, y permite al detenido representarse su propio presente y futuro por caminos diferentes al delito:

—Yo lo que veo también es que pibes capaz que han tropezado dos, tres veces, y han vuelto acá y dicen: “No, loco. Voy a venir y le voy a poner onda. No quiero saber nada con tener que volver a robar. ¡No quiero saber nada con volver a estar preso!” Entonces, también pasa por eso: el CUD te lo permite.

—Para mí el CUD es el lugar que me vino a salvar. Entonces, yo trato de devolverle de alguna u otra forma al espacio lo que el espacio me dio: el espacio me dio un título, y me dio vínculos, ¡y me dio un montón de cosas más! Entonces, yo trato de devolverle al espacio.

—Yo creo que para eso sirve el CUD: el CUD, de alguna u otra forma, te salva. Ya sea la cabeza, ya sea para un futuro. Pero, de una u otra forma, te salva.

III.D. La ampliación de la oferta subjetiva

En otra de las entrevistas realizadas, se dialogó con una persona que participa activamente en el CUD, pero desde el lugar de la Universidad de Buenos Aires. Si bien se trata de un rol comprometido con el espacio, a diferencia de los estudiantes entrevistados aquí la colaboración se realiza desde una posición externa a la prisión: la academia. Se le preguntó su percepción sobre:

—¿Hasta qué punto el CUD, como espacio, genera relaciones entre los estudiantes distintas a las lógicas de relacionamiento en un pabellón? —pese a seguir estando dentro de una cárcel—. ¿Hasta qué punto te parece que esa afirmación es correcta? ¿En qué lo notás?

Su respuesta fue:

—Sí, yo creo que sí. Lo noto en muchas cosas. Más allá de la discusión teórica que uno pueda dar sobre eso, te lo digo en términos de lo que uno percibe en el espacio: El modo de transformación de los vínculos, de formas de interactuar con los otros, con sus compañeros y también con los docentes. El otro día, por ejemplo, que estuve en el CUD, escuché casualmente una conversación entre dos pibes que están hace mucho tiempo —y que incluso tuvieron salidas

y entradas—, y hablaban con otro que está hace muy poquito. Y lo que intercambiaban en esa conversación, era que el CUD les había cambiado a ellos el modo de relacionarse con sus compañeros, incluso en el pabellón. Decían: "Yo antes arrancaba por cualquier cosa. Y me iba a las manos al toque. Ahora lo pienso un poco más. Puedo hablar con la persona con la que estoy teniendo un conflicto. Y puedo resolver de otra manera ese conflicto". Eso es tal cual: El CUD transforma las formas de relación.

—Hablábamos antes también de los procesos de subjetivación. Yo creo que las relaciones también están marcadas por esos procesos de subjetivación. Y el CUD también transforma subjetividades. O amplía la oferta subjetiva, por decirlo de alguna manera. Te da oportunidades de pensarte..., —sin desconocer tu historia previa—, de poder incluir esa historia previa en un proceso de transformación, en un modo de relacionarte distinto, en un proyecto personal distinto: pensarte como artista, como docente, como estudiante, como músico... como sujeto político. Me parece que eso se ve en las formas en que se vinculan ellos, y en que proponen cambios ahí adentro.

—Esta idea de construirse como un sujeto político... que a veces es más consciente y más orgánico, por decirlo de alguna manera, incluso con identificaciones muy claras; y otras veces es más dinámico, y vinculado al territorio. Ser un sujeto político ahí adentro implica estar atento a lo que necesitan tus compañeros, pensar cómo lograr que baje más gente [al CUD], armar proyectos que impacten en ese espacio. Eso también es ser un sujeto político.

—[...] En esa conversación había pibes que tienen experiencias de diez, quince años de encierro; con pibes que por ahí recién están conociendo el CUD. Y se dan cuenta de esto: ven que ahí se respira otro aire, que ahí hay otra cosa. Y entran rápidamente —eso también tiene mucho que ver con una cultura del espacio—, la gente sintoniza rápido con esa cultura, y se engancha. Como que hay algo ahí de una cultura, y de reconocerse parte de un espacio y de un proyecto, que persiste.

Tanto los presos-estudiantes entrevistados como las personas que participan en el espacio del CUD desde afuera de la cárcel coinciden en la transformación subjetiva que se produce en el CUD, que repercute también

en un cambio en las formas de relacionamiento. A su vez, la existencia de una identidad colectiva y de una “cultura” propia permite a los detenidos que ingresan a ese espacio representarse una identidad colectiva alternativa a las identidades particulares en que se divide idiosincráticamente la población detenida.²⁵ Por ejemplo, ante la fuerte y consolidada identidad carcelaria del “yo soy chorro”; emerge una nueva identidad que puede resumirse en “yo soy estudiante universitario” o en un futuro “soy abogado”, “soy sociólogo”, “soy graduado de la Universidad de Buenos Aires”.

—Si bien hay diferencias obviamente en el modo de relación en los pabellones, yo creo que hay algo que circula del CUD hacia los pabellones, que también vuelve en forma de textos, de dibujos, de cosas que nos llevan para publicar, por ejemplo; pero también de cierta cultura. Como te decía recién, lo que decían: “en el pabellón también me sirvió”.

—[...] Hay un conocimiento que se va construyendo, y distintos saberes que se van poniendo en diálogo en ese espacio, que después repercuten en la construcción de proyectos y en un sentido de futuro. El conocimiento, y las redes que están por detrás de ese conocimiento. Porque siempre el conocimiento en el CUD llega vinculado a otros proyectos: a un proyecto institucional de la universidad, a un proyecto político de alguna agrupación, organización social o cooperativa. Y por lo tanto ese conocimiento tiene por detrás también procesos de organización que terminan teniendo presencia afuera, o en un futuro más o menos cercano, si pensamos el mañana como un “afuera”.

El entrevistado enfatiza otro aspecto en el cual el CUD contribuye a la revinculación social del liberado: el CUD permite la circulación de conocimiento, el diálogo entre saberes diferentes, y la consecuente aparición de redes y proyectos que conectan el adentro y el afuera, tales como proyectos universitarios, políticos, sociales, laborales.

25. NEUMAN & IRURZUN, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y...*, pp. 113-115.

III.E. Llegar a ser universitario

El estudio, y en especial el nivel universitario, pueden resultar, en la subjetividad del detenido, un camino de vida alternativo al conocido (en muchos casos, el delito). Puede resultar una opción novedosa, que modifique de forma positiva la autopercepción del detenido. Uno de los entrevistados es un preso-estudiante del CUD, quien ha participado activamente en el espacio. Preguntado sobre cómo conoció al Centro Universitario, respondió:

—Yo caí detenido en el 2005. Y se escuchaba que había un centro universitario. Pero bueno, para mí en ese momento era algo imposible, algo alejado. No estaba en los parámetros míos decir: "Bueno, voy a llegar a ser universitario". Después, cuando me fui interiorizando más en el estudio, cuando terminé mi secundario dentro de contexto de encierro, adquirí otros conocimientos, tuve otra visión hacia el estudio, y dije: "Bueno, voy a encarar por este lado. Voy a ver, voy a meterme a ver... quiero experimentar a ver qué es la universidad".

—[...] Yo me considero una persona que viene sin estudios de la calle, del contexto social. [...] Me encuentro, dentro de la Unidad, con que, bueno, los pasos a seguir para poder recuperar rápidamente mi libertad eran el estudio. Al meterme en el estudio —que fue el nivel secundario—, ya despertó en mí esa necesidad del conocimiento. Y eso fue, de a poco, el disparador de que me pueda meter a la universidad y pueda ampliar el conocimiento.

Un instituto jurídico de gran importancia en el CUD es el Estímulo Educativo. Se trata de uno de los puntos de la reforma de la Ley de Ejecución (Ley 26.695 del 2011, modificatoria de la Ley 24.660). La reforma reconoce el derecho a la educación de las personas privadas de su libertad en su artículo 133. Además, regula el estímulo educativo:

Artículo 140. — Estímulo educativo. Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y

aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la Ley 26.206 [Ley de Educación Nacional] en su Capítulo XII [Educación en Contextos de Privación de Libertad]:

- a) un (1) mes por ciclo lectivo anual;
- b) dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente;
- c) dos (2) meses por estudios primarios;
- d) tres (3) meses por estudios secundarios;
- e) tres (3) meses por estudios de nivel terciario;
- f) cuatro (4) meses por estudios universitarios;
- g) dos (2) meses por cursos de posgrado.

Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses.²⁶

Respecto del Estímulo Educativo, los detenidos consideran que:

[...] actúa como un gran motivador para que las personas privadas de libertad soliciten participar en el sistema educativo resultando, en muchos casos, un proceso positivo en varios niveles de la persona.²⁷

Consideramos que la reforma legal que consolidó el Estímulo Educativo representa en realidad la cristalización de un estado de situación previo. Esta norma es la expresión a nivel normativo de una dinámica social²⁸ propia de espacio como el CUD, en el cual los detenidos ven en el estudio un camino alternativo, una opción de progreso personal, de adquisición de conocimiento y de construcción de una nueva identidad. La cultura del CUD es revolucionaria en el sentido de que permite al detenido afirmarse como estudiante y como futuro profesional, en un proceso de ampliación a nuevas opciones existenciales, posibilitando reformular su propia historia, a través de un proceso de apertura subjetiva y superación.

26. República Argentina, Ley 26.695 modificatoria de la Ley 24.660, art. 1°.

27. LAMAS & PEDOCCHI WEISSER, *Ejecución de la pena comentada...*, pp. 222-223.

28. DELEUZE, *El poder: curso sobre Foucault*, tomo II, p. 142.

IV. CONCLUSIONES

Como advierte Diego Zerba —psicólogo, psicoanalista y profesor del programa UBA XXII—:

[...] el programa de la Universidad en la cárcel (más tarde denominado UBA XXII), no nace de la filantropía interesada de los despachos oficiales, sino de la decisión de aquellos presos que concluyen en adoptar una estrategia de resistencia diferente. De esta manera, la Universidad en la cárcel se constituye en el síntoma que anuda un nuevo lazo social entre los presos. Parte de los residuos de la economía de mercado se convierten en estudiantes. [...] nace una categoría inadmisible para el saber penitenciario: el preso-estudiante. [...] La República carcelaria, como un depósito esférico donde se acumulan los cuerpos excluidos por el mercado, se transforma en un lugar de circulación de profesores, estudiantes, personalidades invitadas, etc. [...] Por lo tanto nuestra propuesta es crear dos, tres, muchos centros de estudios en las instituciones totales.²⁹

A la luz de los resultados expuestos, observamos la fundamental importancia que reviste el CUD en la reconstrucción de los factores positivos de la personalidad de los detenidos. Teniendo en cuenta que esta sede de la UBA se ubica dentro de un dispositivo carcelario que de forma estructural y sistemática lesiona la personalidad de los internos alojados, vemos en el espacio físico e institucional del CUD una suerte de “oasis” o de “luz en medio de la oscuridad” del encierro: a través de sus prácticas simbólicas disruptivas, y de la reproducción de una cultura alternativa, el CUD se opone a la lógica disciplinaria de la cárcel y permite una notable ampliación de la oferta subjetiva del preso-estudiante, a través de un proceso de reafirmación de la autoestima y resignificación de la propia experiencia vital.

Efectivamente, y en palabras de uno de los entrevistados, el CUD viene a romper la lógica autoritaria, violenta y lesiva de la cárcel; propone en cambio una nueva dinámica autogestiva, no-violenta y reconstructiva de los factores de la personalidad. Se trata de una lógica que consagra

29. ZAFFARONI, *El mal-estar en el sistema carcelario...*, pp. 65-85.

el estudio universitario como un derecho, pero también como una opción existencial viable y una elección personal de superación. Además, el CUD genera lógicas de acción diferentes a las habituales en la prisión, y permite nuevos circuitos de comunicación y transmisión del conocimiento que, en su conjunto, acercan el dispositivo prisión al diagrama de la resocialización, paradigma consagrado no solo por la normativa vigente (constitucional-convencional y legal), sino también y ante todo por el sentimiento humanista de defensa de la dignidad de la persona.

En este sentido, consideramos que, si todavía es posible la resocialización tras el ingreso al sistema carcelario, esta solo puede lograrse realmente a través del acceso de los detenidos a una educación de calidad. En este sentido, el CUD, como sede de la UBA en contexto de encierro, representa un espacio sumamente interesante y rico, que puede aportar gran cantidad de saberes teóricos y empíricos a la noble tarea reconstructiva de los factores positivos de la personalidad³⁰ dentro de las cárceles.

Creemos que, en nuestro rol de abogados, estudiantes, docentes, investigadores o académicos, debemos prestar más atención a la operación que un espacio como el CUD realiza a nivel de la subjetividad de los detenidos. Como bien lo sabemos quienes habitamos la universidad, la educación es una herramienta fundamental e imprescindible, tanto para la afirmación de la propia identidad y el ejercicio de los derechos, como para el libre desarrollo de los proyectos personales o colectivos que hacen a nuestra personalidad. Si esto es así para la academia, mucho más lo será para aquellas personas que ingresan a una institución de encierro. Por lo tanto, consideramos que la academia no debe aislarse de esta realidad sino, por el contrario, comprometerse cada vez más, y articular con este espacio de producción de saber y reproducción de cultura, con el fin de alcanzar nuevos horizontes de conocimiento y respeto a la condición humana.

V. BIBLIOGRAFÍA

CAIMARI, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, 2ª ed., Siglo Veintiuno Editores, 2012, Buenos Aires.

30. NEUMAN & IRURZUN, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y...*, p. 14.

- DELEUZE, Gilles, *El poder: curso sobre Foucault*, Cactus, 2014, Buenos Aires, traducción y notas de IRES, Pablo Ariel & PUENTE, Sebastián, Tomos I y II.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, 2ª ed., Siglo Veintiuno Editores, 2018, Buenos Aires, traducción de GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio.
- GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 2ª ed., Amorrortu, 2004, Buenos Aires.
- GUAL, Ramiro, *Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación y trabajo en el régimen penitenciario federal*, Tesis para acceder al Título de Magíster en Criminología. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, 2015.
- LAMAS, Felipe A. & PEDOCCHI WEISSER, Martina (Dir.), *Ejecución de la pena comentada por personas privadas de la libertad: análisis de la Ley 24660 y sus modificaciones*, Editores del Sur, 2021, Buenos Aires.
- NEUMAN, Elías & IRURZUN, Víctor J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, 4ª ed., Ediciones De Palma, 1994, Buenos Aires.
- República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, 22/08/1994.
- , “Ley de Ejecución”, Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 08/07/1996.
- , Ley 26.695 modificatoria Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 24/08/2011.
- SYKES, Gresham, *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*, Siglo Veintiuno Editores, 2017, Buenos Aires, traducción de GUAL, Ramiro y PACILIO, Sebastián.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El mal-estar en el sistema carcelario. Universidad, psicoanálisis, justicia y otros síntomas*, Ediciones El Otro, 1996, compilado por ZERBA, Diego & MASSA, María.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro J. & SLOKAR, Alejandro W., *Manual de derecho penal: parte general*, 2ª ed., Ediar, 2017, Buenos Aires.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DRA. SILVINA RAMÍREZ*

Lecciones y Ensayos: —¿Cómo fue su paso por la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba?

Silvina Ramírez: —Era una época interesante, tal vez porque era la vuelta a la democracia. Había mucha efervescencia, mucha militancia, muchos centros de estudiantes y mucha ebullición. Yo la recuerdo, no tanto por los profesores buenos, debo reconocer, porque tanto en la Universidad de Córdoba como en la Universidad de Buenos Aires, es una lotería; tocan buenos profesores o no tocan buenos profesores. Esto es parte de lo que es cursar una carrera universitaria. Pero sí, era, fue, un tiempo de mucha ebullición y efervescencia. Esto es pasarse mucho tiempo en los bares, mucho tiempo discutiendo de política. Son épocas que siempre asocio a esto: a la militancia y a los bares. Me parece increíble, porque uno entraba a los bares, que estaban ahí en las inmediaciones de la Facultad, y era una nube pesada de humo; fumábamos todos y todas. En aquel momento no existía el lenguaje inclusivo, pero había mucho debate.

Yo militaba en el Partido Intransigente. Este era un partido que ya no existe, conducido por Alende. Recuerdo eso, sobre todo. Pero yo no era una militante de los que dilataban el tiempo de cursada, sino que era muy *nerd*, muy estudiosa. Lo primero era estudiar y después militar. Se podía hacer porque la abogacía nunca fue una carrera, ni lo es ahora, que demande mucho tiempo. Uno puede ser muy buen alumno o alumna estudiando y dedicándose, pero no tiene que estar las 24 horas haciéndolo. Siempre fue compatible con hacer otras cosas.

Fueron unos años muy lindos, sobre todo por el momento histórico. Yo cursé entre el 83 y el 87, y esta era una época en la que un estudiante disfrutaba de esto que la pandemia sustrajo: de la interacción con los pares y de una vida universitaria sin *Zoom*. Era encontrarse y cursar, pero también discutir y aprender en otros espacios. Eso en mi caso, sí lo pude hacer cuando cursaba.

*Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos el 24 de mayo de 2022.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hubo algún profesor o profesora referente que te haya marcado en esta trayectoria profesional?*

Silvina Ramírez: —Tuve un profesor de derecho penal que no era el más reconocido, pero a mí me encantaba porque se plantaba. Era desaforado, irreverente y antisistema. Es el único profesor que recuerdo así, no solo con cariño, sino que también lo recuerdo por sus cualidades, que no las tienen la generalidad de las personas y te generan una atracción por la interpelación. Es decir, por esto de no solo enseñar, sino también interpelar a quien está al otro lado. Después, cuando me recibí y empecé mi vida académica, que después tomó otros derroteros, sí me crucé con gente súper interesante. Sin embargo, cuando yo era estudiante no tuve personas que me hubieran dado vuelta la cabeza, que dijera ¡guau!, o que yo recuerde después de tantos años. Claro que también tuve otros profesores, que por ahí fueron buenos, pero que no se quedaron en mi cabeza.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué opina de la forma en la que actualmente se está enseñando derecho?*

Silvina Ramírez: —Yo siempre he sido muy crítica de la enseñanza del derecho, crítica de las escuelas de leyes y muy crítica en general de cómo bajan una línea. A mí me parece que la enseñanza del derecho está pensada para sacar profesionales que son cuadraditos. ¿Y qué quiero decir con esto? Profesionales que no son innovadores, que no apuestan a la creatividad, que son extremadamente formales sin ningún tipo de razón, que son memoristas, que a veces son enciclopédicos, que aprenden todo de memoria y no saben que están diciendo, y que tienen que pasar años para que puedan decir “ah, esto es lo que querían decir”. En el momento de la cursada, hay relaciones que uno no hace porque está todo bajo el paraguas de la forma.

Además, en mi experiencia en general, hay una cuestión de distancia con el profesor. Esto de usar el “usted” con una persona grande, por una cuestión de respeto, puede ser. Sin embargo, en general, hay profesores de derecho que vienen muy atravesados por la cuestión judicial, porque son judiciales o funcionarios de la justicia, y generan esta cosa jerárquica que a mí me parece súper contraproducente. Después cuando yo era profesora de grado, tengo anécdotas que no puedo creer. Una vez que tomábamos el parcial, levantan la mano y me preguntan si pueden sacar una hoja. Y yo me preguntaba ¿Y a dónde va a escribir si no? ¿Va a tallar el banco? En otra ocasión me preguntaron “Profesora, ¿puedo escribir con lapicera?” o “¿Puedo escribir con lapicera negra?”. Me quedaba sin saber qué respon-

derles. “La lapicera puede ser de color negra, amarilla o roja, mientras yo pueda leer”, les decía yo. Pero esto me daba la pauta de que había profesores que les exigían que pidieran permiso para sacar una hoja, que les exigían que escribieran con un determinado color o que les exigían no sé qué más; todas cuestiones absolutamente ridículas sin sentido, que admiten este mensaje de una autoridad mal entendida y siempre en un cúmulo de restricciones. Por esto, creo que es un gran problema la enseñanza del derecho, por más que en los últimos años, seguramente en la última década, se problematizara mucho la enseñanza del derecho. Lo cierto es que tendría que haber un cambio generacional.

El punto está en cómo las nuevas generaciones también están educadas en este molde cuadradito, salvo algunas excepciones. Reproducimos este tipo de profesionales, después docentes, académicos y demás; y es un círculo vicioso de nunca acabar. Yo creo que se apuesta a lo que justamente no quiero como profesional: un tipo o una mujer que sean estructurados y que tengan esta idea de la autoridad, en donde tiene, a lo mejor, un puesto más jerárquico. En este cuadradito en el que hay que someterse, estudiar y aprender de memoria las cosas, porque luego no se puede optar por una idea superadora que se le pueda haber ocurrido que puede ser más valiosa que lo que está escrito en los textos y pensar que los textos son una verdad revelada, cuando en realidad es un señor o una señora que tuvo una buena idea y la desarrolló. Siempre puede haber cosas activas más interesantes. Les abogados, en realidad, somos una comunidad que tiene serias deficiencias y no solamente de formación. Seguramente va a venir la pregunta acerca del área a la que yo me dedico, que es un agujero negro en la formación, es decir, que hay un déficit de formación enorme.

Yo siempre digo que uno no pasa por las escuelas de derecho y sale indemne. Si uno va a una facultad de derecho, ya está impactado. Está atravesado y no es de la mejor manera. Al salir hay que deconstruirse, hay que desarmarse y desaprender. Uno no puede creer la cantidad de cosas que mete en el disco duro de la mente cuando este tiene un espacio limitado y después no queda espacio para cuestiones que serían más útiles en la vida.

Lecciones y Ensayos: —*Efectivamente, la próxima pregunta era sobre el tema que trabaja. ¿Cómo surgió su interés por trabajar por los derechos de los pueblos indígenas?*

Silvina Ramírez: —La verdad que esto de las líneas o los caminos profesionales que uno sigue tiene tanto que ver con el azar. Más allá de la dedicación, del estudio y de la vocación, que son todos ingredientes del

guiso; yo creo profundamente en esto del azar, de estar en el lugar y en el momento. En mi caso, yo tenía la pretensión de seguir una vida profesional en la academia. Entonces, me salió una beca y me fui a hacer un doctorado a Barcelona. Pero me di cuenta de que, con la academia, en filosofía del derecho, estaba insatisfecha. Sí, cursaba el doctorado, estaba contenta y feliz de vivir en Barcelona, una ciudad preciosa, tenía amigos, pero había algo que no me terminaba de cerrar. Antes de haber viajado, había trabajado en una ONG, y estábamos trabajando en toda América Latina. Ellos me contactaron para irme a vivir a Bolivia, para trabajar sobre el Código de Procedimiento Penal, en el marco de las reformas judiciales en América Latina. Esto era saltar del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. Yo fui contratada por la Cooperación Alemana para trabajar en el Ministerio de Justicia en La Paz, Bolivia. Ahí decido aceptar este trabajo, en lugar de dedicarme a la academia.

La decisión original era quedarme en Barcelona, obtener un puesto, tratar de extender mi beca y quedarme allá para terminar el doctorado. Yo había cursado, pero no había terminado la tesis, y decido que no quería dedicarme a la academia. Entonces me voy de Barcelona a La Paz, y empiezo trabajando en el Ministerio de Justicia, en estas cosas que no tenía, de ser penalista, pero ahí estaba, explorando. Me convocan a un equipo interdisciplinario que se armó en el Ministerio con antropólogos, abogados (yo era la única abogada) y trabajadores sociales para elaborar un proyecto de ley de coordinación de la justicia indígena con la justicia ordinaria. Para mí era un mundo nuevo, yo no sabía nada del tema. No sabía nada de pueblos indígenas y no sabía que los pueblos indígenas podían tener su propia forma de administrar justicia. Me metí de cabeza y empecé, de forma autodidacta, a leer del tema.

En Bolivia, hay mucha producción de textos y mucha literatura especial sobre el tema. Fue un viaje de ida, porque el mundo indígena fue muy impactante. Esto fue en el año 1996. Fue tal el descubrimiento, porque así lo viví, como un descubrimiento de mundos que no sabía que existían, de miradas del mundo, de cosmovisiones, que ahora llamamos la cosmovisión indígena, que no sabía que existían. Luego de esto, no pude dedicarme a otra cosa más. Agradezco tanto a Bolivia y agradezco tanto al azar que me puso ahí, porque podrían no haberme convocado, haberme quedado trabajando en la reforma de la justicia penal y después haber sucedido tantas cosas, porque la vida está llena de contra fácticos.

Finalmente, se me abrió un universo y nunca más abandoné el tema. Además, porque es un tema que tiene tantas aristas y dimensiones como

la jurídica, planteos filosóficos, sociológicos, antropológicos y únicos de teoría política. Hay tantas cosas para pensar y trabajar que hace más de 25 años que estoy en esto. Sigo repensando, replanteando y siguen apareciendo cosas. Digamos que ese fue el porqué de esta especialidad. Que en Argentina sigue siendo, aún después de más de dos décadas, como si aterrizara de Marte; y en vez de verde fuera amarillo con pintitas. Sigue siendo absolutamente un tema ajeno, sobre todo para la Universidad de Buenos Aires. De repente, en otras provincias tienen otras realidades y otra presencia indígena, donde los conflictos están más visibilizados.

En la Universidad de Buenos Aires, yo di clases en el Ciclo Profesional Orientado (CPO) de la carrera de abogacía, en una materia optativa de derecho indígena; y tenía alumnos que iban, no porque les interesara el tema, sino porque les coincidía justo la clase con la hora de la siesta. Me acuerdo que más de uno se dormía y roncaba, seguro cansado por el laburo. No existía el querer ir porque quiero conocer de los derechos indígenas, sino que eran los cuatro puntos que les hacía falta para terminar de cursar. Muchos alumnos me decían que esto ya es cosa del pasado y que ya no había indígenas ni indios. Esto es porque se habían quedado con el estereotipo. Obviamente que había otros que sabían del tema, que eran más curiosos o que, como convicción, querían profundizar lo que sabían. Pero había muchos que no tenían ni idea y que pensaban este imaginario. No sé, ustedes son chicos y no sé cuál será ahora el material de estudios; pero uno estudiaba con los indios de taparrabo y pluma. Hay veces que leo que todavía hay debates acerca del material pedagógico que se brinda en la formación inicial, donde siguen estando estos estereotipos. Entonces, piensan “uh, esto fue allá lejos”, y que ahora la Argentina es monocultural, hegemónica, cero diversidad, además de patriarcal; y todos los adjetivos que le damos al Estado. De ahí esa idea de que ya los indios fueron, es decir, que son cosa del pasado.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuáles son los principales obstáculos que tiene la Argentina para el efectivo goce de los derechos por parte de las distintas comunidades y pueblos indígenas?*

Silvina Ramírez: —Como obstáculos que son muy fuertes, medulares y profundamente enraizados, yo diría que son el racismo y la discriminación. La imposibilidad de lidiar con lo que es diferente. Hay una cuestión interesante para pensar, que es que hay una incapacidad de gestionar el hecho de la diferencia y que hay una tendencia a que todo sea con el parámetro de corrección de la sociedad mayoritaria. Sobre todo, en la Argentina,

donde está este mito fundacional de que los argentinos descendemos de los barcos, de que todos tenemos ascendientes españoles e italianos, pero acá hay cero indígenas.

No sé si ustedes vieron que salió mucho en estos últimos días, en *TikTok*, un video que decía que "la Argentina no es blanca, es marrón", que fue hecho por el Colectivo "Identidad Marrón". Es tal cual, porque está lleno de estereotipos. Hay tanto racismo y tanta discriminación que uno diría "bueno, ya bien entrado el siglo XXI, ¿Cómo puede ser?". Pero es impresionante, y sigue habiendo estos miedos atávicos como el miedo al malón, por ejemplo. "Van a venir con esto de los conflictos territoriales y se van a quedar con el patio de mi casa, hay que tener cuidado". Esto es una cuestión muy importante. Yo siempre digo esto en clase: uno no puede entender o abordar el tema de los pueblos indígenas si no hay un *backstage*; una trastienda donde se debe entender dónde están la discriminación y el racismo alrededor de cualquier tipo de análisis que uno pueda hacer.

Luego, ya en las últimas décadas, son un elemento clave también los intereses económicos. Hoy los principales derechos reivindicados son los derechos territoriales. Pero esto tiene una razón de ser porque los indígenas construyen su identidad a través del territorio. Los mismos hermanos y hermanas indígenas dicen "sin territorio, no hay identidad, no podemos sobrevivir como pueblos indígenas". Estos territorios se han vuelto extremadamente valiosos; piensen en el petróleo, la explotación hidrocarburífera, la megaminería a cielo abierto, la ampliación de la frontera agraria, agropecuaria y ganadera, negocios inmobiliarios. Piensen acá en la Patagonia, yo estoy en Esquel. Bueno, todos están al salto del bizcocho en cuestiones del territorio, todos quieren quedarse con ese territorio y ese territorio es reivindicado por los pueblos indígenas.

Yo creo se ha hecho como un cóctel explosivo entre el racismo y la discriminación, que sobreviven y que están ahí, omnipresentes, pese a que han pasado siglos, décadas. A esto, se le suma este elemento tan decisivo que son los intereses sobre lo que más reclaman hoy los pueblos indígenas, y a cuyo alrededor se traman los conflictos por los territorios.

Esto es el colofón, que es otra frase remanida si la hay, que es la falta de voluntad política, es decir, nadie quiere reconocer en serio los derechos. Tenemos herramientas jurídicas internacionales, un convenio y dos declaraciones, además de la Constitución y la legislación secundaria. Tenemos normas para hacer dulce, si se quiere.

Tenemos derechos que son efectivos, que tienen fuerza normativa, que están vigentes; pero no hay voluntad política. Nadie quiere que esos dere-

chos sean en serio reconocidos y que puedan ser gozados. Cada vez más, los pueblos indígenas, las comunidades y sus organizaciones son conscientes de estos derechos y los demandan. Por esta razón, la proyección es que los conflictos se van a agudizar cada vez más. Esto es un tema de mucha preocupación porque, después lo que viene es la persecución, el hostigamiento y la criminalización por parte del Estado. Entonces, tengo un Estado que es el Dr. Jekyll y Mr. Hyde: por un lado, reconoce y, por el otro, te pega un libro en la cabeza y te sienta en el banquillo de los acusados como usurpadores, que es lo que está pasando hoy en la Argentina.

Lecciones y Ensayos: —*Siguiendo el argumento respecto de la voluntad política, ¿Qué rol considera que deberían ocupar los pueblos indígenas en un Estado de derecho?*

Silvina Ramírez: —Nosotros tenemos que pensar un Estado de derecho diferente al que estamos acostumbrados a pensar y a estudiar. Yo creo que hay que construir una teoría política nueva, que me encantaría escribirla, pero me parece que no me va a dar el talento. Yo creo que uno tendría que pensar en el Estado de derecho, en un principio de igualdad que sea otro, que sea resignificado, porque lo que pasa con los pueblos indígenas es que ellos se incorporan dentro del Estado. Un Estado que se construyó sin que ellos quisieran, arriba de sus cabezas y que tiene, como un hecho empírico, el genocidio.

No hay que olvidarse que los Estados están contruidos sobre el genocidio indígena. Este Estado tiene que transformarse, porque los pueblos indígenas incorporan una dimensión colectiva que, a nuestra matriz estatal, que está muy arraigada alrededor del orden de los derechos individuales con una tradición liberal de pensamiento muy potente, le cuesta mucho asumir. Es por esto que decodifican la dimensión colectiva de las comunidades indígenas de modo equivocado desde mi perspectiva. Entonces, pueden hablar, por ejemplo, de desigualdades estructurales, que está muy bien, pero yo creo que sigue siendo insuficiente. Creo que no solo tenemos que pensar en igualdad entre individuos, sino en igualdad entre pueblos.

Los pueblos indígenas son un sujeto colectivo y político. Es un sujeto a quien el Estado debe cobijar porque se construyó arriba de ellos, y por el otro lado, tiene que reconocer y construir esta igualdad, no solamente como igualdad entre individuos, también están las autonomías indígenas. En nuestra Constitución, solo pensamos en autonomía personal con el artículo 19, que es la capacidad de cada quien de formular sus planes de vida. Yo no reniego de esa tradición ni de ese análisis, pero también los pueblos

indígenas tienen el derecho de poder formular sus planes de vida colectivamente y, por ejemplo, elegir su modelo de desarrollo que no necesariamente coincide con el modelo de desarrollo que puede tener la explotación de los bienes comunes naturales, por ejemplo, sus territorios. Yo creo que, estos Estados modernos, tal como hoy los conocemos, son profundamente incompatibles con el respeto de los derechos indígenas; es decir, por más que uno agregue derechos a la Constitución, por más que ratifique convenios, que suscriba declaraciones, no hay forma de respetar en serio los derechos indígenas si no transformamos la matriz estatal y resignificamos principios de igualdad y libertad.

Nadie va a discutir que los principios de libertad e igualdad son sustantivamente relevantes, pero hay que redefinirlos porque después uno se encuentra en la sentencia, y esto no es metafísica, cuántos jueces desconocen los derechos indígenas invocando el principio de igualdad ante la ley. Uno les tendría que decir que están equivocados porque el principio de igualdad va de la mano con el principio de la diferencia: para tratar de igual manera al que es diferente, hay que tratarlo de modo diferente. Pero bueno, ahí están cuadraditos, así tenemos a nuestros jueces. Con excepciones, claro está. Entonces, creo que sí, que este es el gran desafío. Por eso, esto no se debate en serio. Pero imagínense un contexto en donde el Congreso prácticamente ni se reúne, que no hay debates instalados, que en Argentina no se discute nada en el último tiempo y no hay debate político. Mal podríamos debatir cuestiones tan importantes como es cómo vamos a construir Estados igualitarios si estamos dejando afuera a los pueblos indígenas, que son un ejemplo porque después habrá otros colectivos. A los pueblos indígenas a quienes les reconocemos preexistencia en la Constitución, a ellos que estaban aquí antes de que llegaran los conquistadores para colonizar, que tienen derechos específicos, precisamente por una justificación histórica, porque, en realidad, eran los que estaban acá antes de que llegáramos nosotros. Mal podríamos construir un Estado que ahora abre las puertas a los pueblos indígenas si no debatimos desde el vamos, los cimientos del Estado.

Lecciones y Ensayos: —*En relación con lo que viene diciendo, ¿Qué opina sobre los procesos de la verdad en las masacres indígenas?*

Silvina Ramírez: —A mí me parece que es importante. Yo creo que la sentencia de la Masacre de Napalpí que se dictó hace poquitos días, marca un buen rumbo. Que un juez del Estado diga en una sentencia que el Estado fue responsable de la masacre y que ordene medidas que, en lo

simbólico son súper importantes. Yo creo que la sentencia de la Masacre de Napalpí tiene dos cosas que me parecen claves que es responsabilizar el Estado precisamente por la masacre y, luego, reconocer también lo que ha significado, en este caso, para el pueblo Qom y el pueblo Moqoit esta matanza, para las generaciones futuras.

¿Por qué hoy tanto el pueblo Qom como el pueblo Moqoit están tan debilitados? Porque han pasado generaciones de miedo, de terror, de no poder usar su lengua, de tener que esconder su identidad.

Luego de la autonomía, libertad e igualdad resignificadas, hay un tercer principio que es una pata importante sobre la cual construir este nuevo Estado que es el derecho a la identidad cultural. Este principio ya ha sido reconocido como derecho fundamental por la Corte Interamericana. Entonces, la sentencia reconoce que se afectó enormemente a estos pueblos en función del terror que generó la masacre. Más allá de que pasó hace un siglo, que se reconozca esto, que se difunda, que se publicite en el boletín oficial, que se pase por la Televisión Pública, que se incorpore, por ejemplo, en los programas de estudio me parece, realmente, muy importante. También por esto que hablábamos al principio, de que hay agujeros negros en la formación, que hay gente que termina, es profesional y no saben que existen los pueblos indígenas.

Lecciones y Ensayos: —*En relación con lo último que había dicho, ¿Observa avances en la materia los últimos años?*

Silvina Ramírez: —Como todo, hay mitad del vaso lleno y mitad vacío. Yo no me quiero definir como pesimista, digo que soy una escéptica esperanzada. Si me dedico a estos temas, es pensar que algo va a poder transformarse, y yo creo que estamos mejor que antes. Que a ustedes en una revista que tiene una historia larga en la UBA, les haya interesado entrevistarme, no porque sea una jurista de nota, sino porque me dedico al tema de derechos indígenas, para mí, es súper importante porque es visibilizar el tema.

Estas son muestras de que se van dando pasitos pequeños. También que yo dé muchas clases de posgrado en diferentes universidades del país sobre Derechos Humanos de los pueblos indígenas, es auspicioso. Ahora, por supuesto, hace falta tanto que es un pasito adelante y, digamos, unos retrocesos enormes.

Hace poco menos de un mes, hubo una reunión en Neuquén convocada por gente de Juntos por el Cambio y gente del espacio de Javier Milei, en donde la convocatoria era “La Amenaza Mapuche”. Eso decía el *flyer* de

la convocatoria. Habían invitado también a un legislador de Chile, porque ustedes saben que "la amenaza mapuche" se comparte, de uno y otro lado de la Cordillera. Después Infobae levantó la nota.

Si ustedes se fijan, todas las notas que salen de los medios periodísticos más leídos, La Nación, Clarín, Perfil; todas son cuestiones, no solamente negativas de los pueblos indígenas: "que se quieren quedar con esto". El otro día fue "que se quieren quedar con tierras del Ejército". Esto es una cosa que, ¡ay, qué rabia que me da! No solamente están hiper sesgados ideológicamente, sino que son ignorantes. Si uno discute con una derecha ilustrada, bueno, son las reglas del juego en un Estado de derecho en el que cada quien puede tener determinadas miradas, pero discutamos sobre las cuestiones como son. Desconocen la normativa, desconocen la realidad, y se manejan solo por intereses económicos. Entonces hablaban de que ahora las comunidades indígenas en la Patagonia, que son los Mapuches, son narcoterroristas.

Estas son las cuestiones que me hacen pensar otra vez en David contra Goliat. ¿Cómo uno pelea contra eso? Yo podría mandar una carta para que me publiquen en el diario, pero he mandado varias veces y no me publica nadie. Es imposible pensar que estos diarios van a publicar una opinión distinta. Yo creo que hay algunas cuestiones en las que uno puede ver el vaso medio lleno. Por ejemplo, hoy hay ya más visibilidad de la problemática y derechos reconocidos, se debaten estas cuestiones en las facultades y se enseñan estos temas, que antes estaban totalmente vedados. Pero también podemos reconocer que en 2022 se reúne hoy en Argentina gente, con peso político, a decir que los mapuches son narcoterroristas. Creo que hay que estar siempre muy alerta, porque se están disputando cuestiones que son muy relevantes para quienes tienen decisión política hoy en Argentina, que son los territorios indígenas.

Yo diría que a lo largo y ancho del país hay enormes conflictos y muchísima represión. Luego, una cuestión que me gustaría decir, es que hay una línea de continuidad histórica dentro del Estado. Uno podría decir que dependiendo de la gestión de gobierno; hay algunos que son más empáticos y otros que no lo son tanto.

Podríamos decir que, dependiendo de su ideología política, van a haber gobiernos que sean más proindígenas, pero no, a los intereses económicos y al capitalismo les da lo mismo cual sea la gestión. Todos los días hay algún evento, algún desalojo, algún enfrentamiento y en general son causados por los avances de las actividades extractivistas.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cree que existen tensiones en Argentina a causa del multiculturalismo?*

Silvina Ramírez: —Yo creo que en realidad existen, en parte, porque hay un desconocimiento de otras culturas o un ninguneo frente a otras culturas. No solamente de la cultura indígena, uno podría pensar en la afro también, creo que hay esta cuestión racista. Después uno podría hablar de algunas sociedades más multiculturales o no.

En Argentina, el multiculturalismo es acotado. Uno podría decir que hay mucha migración de países vecinos, pero en realidad nosotros siempre distinguimos entre el multiculturalismo y el interculturalismo o el ser multicultural o intercultural.

El multiculturalismo permite la coexistencia de culturas pero que sean como *ghettos*, que no dialoguen entre sí, que no interactúen, que no se enriquezcan. Piensen en Estados Unidos, pueden estar los indígenas, por un lado, los afros por el otro, los hispanos. En fin, uno puede encontrar que, si es multicultural, pero no es la clase de sociedad multicultural que queremos.

Nosotros queremos construir Estados que sean interculturales, es decir que las culturas dialoguen. El diálogo intercultural me parece que, aunque parezca un mantra, porque todas y todos los que nos dedicamos a esto siempre conversamos del diálogo intercultural, es el mecanismo más adecuado. Sin embargo, creo que Argentina está lejos de esto, y que a lo sumo tolera otras culturas, pero sigue siendo profundamente hegemónica y monocultural. Esto es, pretende ser una Argentina blanca.

Lecciones y Ensayos: —*En ese sentido, ¿Cree que el derecho argentino actual integra los valores de los pueblos indígenas?*

Silvina Ramírez: —Es insuficiente, pero yo creo que hay un esfuerzo. La reforma de la Constitución de 1994 aunque incorporó los derechos indígenas en un inciso del artículo 75, el inciso 17, superó a la Constitución histórica con la conversión de los indios al catolicismo, trato pacífico en las fronteras, etc. Tiene, desde mi perspectiva y mirada, una técnica legislativa deficiente, porque en un inciso no se puede dar cuenta de los pueblos indígenas, de sus derechos y de sus demandas; pero fue un avance.

Tenemos el Convenio 169 de la OIT que, aunque no está dentro del bloque de constitucionalidad, está en el artículo 75 inciso 22, tiene una jerarquía suprallegal y con esa jerarquía basta y sobra. Después tenemos las declaraciones. Por lo tanto, tenemos un material normativo que siempre es perfectible.

Yo creo que hacen falta cambios en la Constitución, que hay que hacer una transformación que le dé un espacio más relevante a los pueblos indígenas, no solo en un inciso. Sin embargo, también creo que, si hoy quisiéramos reconocer los derechos de los pueblos indígenas, existen ya derechos robustos, porque el material normativo del derecho internacional es operativo, y no hace falta una legislación secundaria. Por ejemplo, el Convenio 169 lo tipifican en Argentina en el 2000, y es una herramienta por demás potente para hacer efectivos y construir Estados más igualitarios sin ninguna duda. El problema es la implementación. En toda América Latina, los que trabajamos en estos temas, hacemos hincapié en este problema. Un ex-relator de Naciones Unidas acuñó la frase ‘la brecha de implementación’ porque hay una distancia enorme entre los derechos reconocidos y su efectivo cumplimiento. Nosotros pensábamos que era un problema de conocimiento, que a medida que uno se capacitara, la brecha se iba a ir achicando, pero, para nuestra decepción, nos dimos cuenta de que la brecha se va ampliando.

Nadie puede hoy después de veinte o veintiún años de vigencia del Convenio 169 en Argentina alegar ignorancia. A mí me toca a veces hacer capacitaciones a jueces o fiscales y muchas veces se me hace muy difícil dialogar con ellos. Yo trato de ser muy clara, remarcando lo que dice la Constitución, el convenio o las declaraciones, pero ellos tienen la obligación de aplicarlos. Esta es la teoría. Sin embargo, cada dos por tres se dicta una sentencia, con unas interpretaciones que son perversas y ahí se ve la bajada política.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo fue su experiencia como asesora en distintos ambientes legislativos en Latinoamérica? ¿Y cómo cree que puede incorporarse la perspectiva de género en estos procesos?*

Silvina Ramírez: —No solo he sido asesora o consultora en temas legislativos, sino también en el Poder Ejecutivo y en organizaciones de la sociedad civil para ver cómo desarrollar derechos, garantizar más derechos o cómo profundizar el debate sobre estos derechos. Es un trabajo muy variopinto, porque los contextos nacionales son muy diferentes. No es lo mismo trabajar en Centroamérica que en Guatemala, porque los actores son diferentes, las organizaciones indígenas o el movimiento indígena es más potente; que trabajar en Ecuador, Bolivia o Colombia. Uno tiene actores muy distintos que provocan o arman un juego muy diferente. Acá hay otras interlocuciones. En Argentina no significa que no existan organizaciones indígenas, pero no hay un movimiento indígena tan consolidado como en

otros países latinoamericanos. La historia, los contextos en dónde van surgiendo las organizaciones indígenas y donde van demandando derechos hace que sea muy diferente.

En cuanto a la perspectiva de género, una cosa muy pequeñita. Yo no soy especialista en género. Siempre lo digo porque no quiero hablar de temas que no son de mi especialidad. Es un tema que ha tomado una vigencia enorme, que existen muchísimos debates alrededor; y que, se ha cruzado con el tema indígena. Las mujeres indígenas se han incorporado y están incorporando sin lugar a dudas la perspectiva de género. Yo creo también que hay que hacer distinciones dentro del feminismo. Si bien yo no me ocupo del tema dentro de los pueblos indígenas, podría ocuparme como en muchas disciplinas como un antropólogo o antropóloga de género.

Hay colegas de diferentes especialidades y politólogas que se ocupan de las mujeres. Yo no me ocupo estrictamente del tema, pero sí hay una discusión muy interesante acerca de los diferentes feminismos que se dan en la teoría, y que también tiene mucha implicancia cuando uno pretende bajar tierra e impactar o hacer incidencia. Nosotros también estamos en contra de los feminismos occidentales o hegemónicos y estamos bregando por feminismos comunitarios, en donde no sea la mujer no-indígena la que les impone categorías a las mujeres indígenas; sino que sean las propias mujeres indígenas las que puedan hacer, desde sus propias voces, su propio proceso de reconocimiento de sus derechos indígenas. Tenemos lideresas que son mujeres tan potentes. La verdad es que se posicionan de una manera impresionante en Argentina y en toda América Latina.

A mí, por ejemplo, me tocó participar en la Asamblea Constituyente en Bolivia, donde había unas mujeres que me sentaban y me bajaban una línea, pero realmente me daban vueltas. Hay un prejuicio de pensar a las comunidades indígenas como machistas; que es cierto, también que lo son. Pero son como nuestras sociedades y nuestras familias. Es cuestión de debatir estos temas, y en las comunidades ya se debate muchísimo. Se debate muchísimo también la cuestión de género. Lo que pasa es que, y yo insisto mucho en esto, hay que dejar que haya una línea en toda la región de feminismos comunitarios que se está consolidando cada vez más, para dejar el lugar, el espacio y las voces a las propias mujeres indígenas que son las protagonistas. He conocido mujeres muy potentes, la verdad. Pero bueno, es todo un proceso de largo aliento.

Lecciones y Ensayos: —*Pasando a preguntas más personales, ¿Tienes alguna experiencia o anécdota que te gustaría contar con relación a*

tu trabajo de campo?

Silvina Ramírez: —Tantas anécdotas. Cuando empecé a trabajar en Bolivia no sabía nada de pueblos indígenas. Un país como Bolivia tiene una fuerte presencia indígena, hay lugares que mayoritariamente son indígenas; y donde tuvimos el primer presidente indio en América Latina: Evo Morales. Llegué allí y tenía que alquilar un departamento e iba a vivir sola. Me encuentro con una señora que era como una abuelita de Heidi, era una persona muy querible. En La Paz puede hacer mucho frío, entonces le digo que en la cocina no hay agua caliente y si había algún desperfecto. Y me dice “si vas a tener una empleada india, ellos no necesitan agua caliente”. Ahí advertí las dimensiones del racismo y de la discriminación. Todo el mundo tenía personal empleado doméstico o empleada. Yo era de esa pequeña élite que tenía empleada y las empleadas domésticas eran miembros de pueblos indígenas. Como diciendo que ellos podían usar agua fría ¿Para qué molestarse en que tengan algún tipo de mejora en su trabajo? Esto era absolutamente extendido.

Después uno entiende los procesos en Bolivia, por ejemplo, en donde está naturalizada la discriminación. Ni siquiera tienen que disfrazarla. De la mano de eso, yo vi millones de cosas. Después me vine a vivir a Buenos Aires y viajaba mucho porque tenía mitad de trabajo acá y mitad en La Paz. Ya siendo Evo presidente, me contrató el Fondo Indígena, una organización indígena que estaba formando sus cuadros y haciéndose cargo de la gestión de gobierno. Es muy impactante el proceso. Pues yo, en la época en que vivía en Bolivia, Evo Morales era el cocalero perseguido por la Embajada de Estados Unidos, era criminalizado. Y finalizado esto, era el nuevo presidente, pero había pasado poco tiempo entre estas dos cosas. Ha sido una transformación muy importante.

Entonces, me contrató el Fondo Indígena y yo tenía que dar talleres internos, pero el presidente del Fondo, que era indígena, me dice que no voy a poder hablar en público porque no era indígena, debiendo mantenerme al margen en todos los eventos públicos. Fue la primera vez que conocí la discriminación en primera persona, ya que nunca la había sentido. Todos los años que los indígenas no podían hablar y yo hablaba por ellos. Pero claro, fue muy impresionante para mí. Me acuerdo de que salía a la vereda y me largué a llorar, porque decía “¿Cómo puede ser que no me dejen hablar?”. Pero no era indígena, yo era una mujer mestiza, criolla y blanca. Era un proceso en donde tenían que dar vuelta la tortilla; y yo lo entendí de esa manera.

Pero sentir discriminación en carne propia, que debe haber sido la única vez, fue impactante. Eso también me hizo dar cuenta de lo que debe ser sentir la discriminación todos los días de su vida, que es lo que sucede en general con los miembros de los pueblos indígenas: todos los días de su vida son ninguneados. Mucho de esto, de las campañas en el centro para que se reconozcan como indígenas, tienen que ver con que no se reconocía porque no querían ponerse en un lugar de exposición, de que los maltraten, de que no les den trabajo. Es decir, mis anécdotas alrededor de la discriminación, que también me interpeló fuertemente, y que hizo también que trabajara en estos temas, se vuelven para mí profesionalmente tan importantes.

Lecciones y Ensayos: —*Relacionado a esto que comentó, ¿Cómo fue el proceso de articulación entre el activismo y el ejercicio de la profesión?*

Silvina Ramírez: —Yo nunca litigué, ni tuve matrícula de abogada. Lo que hago es dar letra a quienes litigan. El proceso fue ser heterodoxa y me cuesta mucho porque soy conservadora. Ahora una se conoce, pero no es que salga fácil la heterodoxia. Sabía que quería ser docente y que quería escribir, pero a la vez quería impactar. No pongo el cuerpo en esto de impactar, pude haber ido a mil marchas, pero yo no soy quién va a cortar la ruta, no me expongo de esa manera. Una tiene que ver en qué lugar es más útil y cómo puede ir gestando estos pequeños cambios son enormes. Tengo una mirada micro de las cosas, creo que tiene que ver con esto de que transformar lo macro se vuelve tan lejos en el horizonte. Si no celebrase los pequeños cambios viviría deprimida, me dedicaría a otra cosa en la vida. Sí había cosas que sabía que no quería ser.

Soy abogada, aunque muchas veces me confunden con antropóloga, porque una abogada que se dedique al Derecho Indígena sigue siendo bastante inusual. No quería ser abogada litigante y no quería ser judicial, tenía claridad sobre esto. Esto fue una construcción. Y hay que vivir porque, a todo esto, una tiene que trabajar y trabajar de lo que es. La abogacía tiene esta particularidad y esta virtud. Una puede hacer muchas cosas, tiene un universo amplio de cosas para hacer siendo abogada.

Al especializarme en este tema, tengo un campo docente en el cual no hay mucha gente que se dedique a dar clases de esto. Tengo la posibilidad de ser docente y, por otro lado, ir haciendo asesorías o trabajo en acceso a la justicia, que no es solamente derechos de los pueblos indígenas. Son ámbitos para también ir armando un equilibrio entre generar ingresos, hacer lo que a uno le gusta, trabajar con la gente para la cual se quiere trabajar.

Para mí siempre ha sido muy clave decir para quién trabajo yo. Al trabajar con Pueblos Indígenas es muy difícil no convertirse en anarquista. Es difícil porque sé, racionalmente o teóricamente, que el Estado es el único instrumento de redistribución de la riqueza, aunque no lo haga. Por otro lado, el Estado siempre es el enemigo de los Pueblos Indígenas. Porque los ha perseguido, los ha masacrado, los hostiga, no les reconoce derechos. Aunque no sea anarquista, si me dan a elegir tengo una inclinación importante hacia decir “el Estado siempre está en el campo equivocado”.

Entonces siempre tengo esta claridad de que a veces trabajo para el Estado, pero me crea muchas contradicciones. Lo que me despeja la cabeza y el espíritu es saber que yo trabajo para los Pueblos Indígenas. Es lo que fundamentalmente hago escribiendo libros, dando clases, asesorando. Pero siempre tengo la claridad en la cabeza de que trabajo para ellos.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué libro le recomendarías a una persona que está estudiando Derecho? ¿Hay alguno que deba leer sí o sí? Puede ser sobre Derecho o no serlo.*

Silvina Ramírez: —Qué pregunta difícil. Para mí, Manuel Scorza. Es literatura, un autor peruano. Siempre escribe sobre un juez que es muy malvado y que siempre falla en contra de los campesinos y los indígenas. Este autor tiene un conjunto de libros hermosos, con personajes entrañables. El malvado es el juez Montenegro. Les recomendaría la producción de Scorza porque van a encontrar muchas interpelaciones. Una siempre recomienda Kelsen, porque hay que saber Kelsen, aunque una no esté de acuerdo con Kelsen. En derecho, hay cosas que una debería saber. Pero puesta a elegir, si estuviera en una isla, me llevo a Scorza.

Lecciones y Ensayos: —*Última pregunta para el cierre, ¿Qué consejo le hubiese gustado recibir durante su formación y cuál les daría a los estudiantes de Derecho hoy?*

Silvina Ramírez: —Me hubiera gustado que me digan desde el día uno que una tenía que mirar la película completa. Muchas veces el árbol tapa el bosque. Una se aprende el derecho civil y cuando llegó al civil cuatro se olvidó del uno. Es esta incapacidad de conectar cosas. Es como los médicos: en vez de que un clínico te revise todo, te mande a hacer un montón de estudios con especialistas. No se ve el todo. Me parece que es importante tener una visión completa de las cosas. ¿Cómo se engancha esto? ¿Qué es esto del Derecho?

Cuando me recibí estudiaba criminología, después me fui a la Teoría del Derecho, a la Filosofía del Derecho, y luego aterricé en medio de la

justicia penal. Hay que tener una mirada holística y abarcativa, como si fuera una película completa y no solamente quedarse en una cosita. Muchas veces una mira lo que está estudiando hoy, que se aprende de memoria o no, y no lo vincula con otras cosas u otras materias. ¿Qué es esto del derecho? ¿Qué es esto del fenómeno normativo? ¿Por qué estudiamos así de esta manera? ¿Para qué me va a servir? ¿Para quién voy a trabajar? Hay cosas que las dan los años transcurridos. No es magia ni nada misterioso; así como hay tesis de juventud, hay tesis de madurez. Por ejemplo, yo me doctoré ya de grande y me dió otra mirada, diferente a si una recién se recibe y hace una tesis doctoral.

Me parece importante dar un paso atrás y ver todo el escenario completo: todo lo que tienen todas las materias y ver qué es lo que una quiere hacer. Debemos poder relacionar conocimientos y no quedarnos con conocimientos estancos. A veces me parece que una estaba tan preocupada en mirar en detalle, que se olvida de las relaciones, de otros aprendizajes y otros saberes.

Si algo me enseñó el mundo indígena es a abrir la cabeza y a pensar qué otros mundos son posibles. No solamente mundos materiales sino también mundos espirituales, desde el lugar en que una quiera mirar. Hay tanto para conocer y aprender. Creo que muchas veces, si volvemos al principio de la enseñanza del derecho, es tan reduccionista que restringe, que encorseta. Creo que hay que abrirse al mundo y a los mundos. Hay que abrir la cabeza. Ese es el consejo que me hubiera gustado que me den antes de terminar la carrera y el consejo que yo les doy a ustedes.

TRADUCCIONES

ENTREVISTA A FRANK IACOBUCCI, EXJUEZ DE LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ*

Florencia Ratti: —*En su opinión, ¿cuáles son los puntos fuertes y débiles de la doctrina del precedente en Canadá?*

Exjuez Iacobucci: —Canadá ha heredado el sistema jurídico inglés (con excepción de Quebec, que ha adoptado un sistema de civil law). Aquel sistema —el inglés— viene con la doctrina del precedente y del *stare decisis*.¹ Originalmente se aplicaba al derecho no legislado, al common law.² Pero se fue extendiendo a todo: si bien cuando uno interpreta una ley no está interpretando el common law, de igual modo existen precedentes que se aplican a esa interpretación.

Para mí, la doctrina del precedente tiene ventajas. Uno desea, a través del derecho, buscar justicia; en nuestro sistema no se acude a la justicia sin ningún tipo de disciplina en la aplicación del derecho. Al aplicar el derecho, uno mira las decisiones anteriores, ello es importante para lograr coherencia en la jurisprudencia.

Ahora bien, esa coherencia no debe ser inflexible, porque el derecho es orgánico. Como señaló Roscoe Pound en una ocasión: “El derecho debe

* Esta entrevista fue realizada por Florencia Ratti en el mes de marzo de 2020 y tuvo lugar durante una beca de investigación sobre el precedente en Canadá que la entrevistadora desarrolló en la Facultad de Derecho Osgoode Hall, financiada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en marzo de 2020.

1. Nota de la entrevistadora (NE): *Stare decisis et quia non movere* es una locución latina, un aforismo, que indica que las cosas deben mantenerse tal como están. En lo que nos interesa, que los jueces deben estar a lo ya resuelto, seguir las decisiones judiciales anteriores cuando las mismas cuestiones sean objeto de litigio. *Cfr.* GARNER, et al, *Black 's Law Dictionary*.

2. NE: Nótese que aquí la expresión “common law” no alude a su acepción como tradición jurídica o familia de sistemas —en contraposición a la tradición del *civil law*—, sino al “derecho de origen judicial” o “derecho no-escrito”, por oposición al “statute law”. Sobre esta distinción, véase BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 63; CUETO RÚA, *El common law. Su estructura normativa, su enseñanza*, pp. 20-23.

ser estable y, sin embargo, no puede quedarse quieto”.³ Por lo tanto, el precedente promueve la estabilidad del derecho, pero aun así debe haber cierta flexibilidad para su desarrollo y crecimiento. Si solo se dice: “Esa decisión no debe cambiarse nunca”, estaríamos ante una rigidez que alejaría el sistema de la evolución del derecho.

Las cosas cambian, aprendemos más sobre la controversia o notamos que lo resuelto por el tribunal llevó a malas consecuencias. Los jueces no tienen una bola de cristal, no pueden predecir lo que va a suceder, y esa es una buena razón para permitir cambios en los precedentes –para favorecer su reversión– cuando sea necesario.

Florencia Ratti: —*De modo que cree que derogar los precedentes resulta, a veces, necesario. ¿Cuándo esa derogación debería proceder y quién debería encargarse de ella?*

Exjuez Iacobucci: —Ante todo, cuando dije que hay que seguir el precedente, me refería al supuesto de que el caso actual presentara la misma cuestión planteada, las mismas pruebas, y no hubiera hechos diferentes. En esos casos, hay que seguir a la suprema corte o al tribunal de superior jerarquía. La derogación del precedente debe dejarse, entonces, para la suprema corte o el tribunal superior. No se debe dar licencia a los tribunales inferiores para derogar decisiones de la suprema corte o todo se convertiría en un caos.⁴

Hay reglas de interpretación que se han desarrollado para derogar cada uno de los diferentes tipos de precedentes: constitucionales, legales, de *common law*. El *common law* es el caso más fácil, porque al estar hecho por los jueces, ellos pueden modificarlo. Al ser un derecho creado por el juez, no necesita la aprobación de la legislatura para su modificación. Pero aún así sigue habiendo *stare decisis*. Si estoy en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación ha resuelto un caso, tengo que seguirlo, a menos que pueda efectuar una distinción (*distinguishing*).

Permítame pasar ahora a la desventaja de derogar un precedente. Cuando esto sucede con demasiada facilidad, se envía un mensaje a la sociedad de que lo que ha cambiado son los miembros del tribunal, no los principios

3. Cfr. POUND, *Interpretations of Legal History*.

4. NE: No se trata de una derogación “propriadamente dicha”, sino a la “derogación anticipada” que a veces se produce en Canadá por los tribunales inferiores. Sobre esto, puede verse PARKES, “Precedent Revisited: Carter v. Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”.

o las consideraciones subyacentes. Lo decisivo para el caso son otras personas; no otras pruebas ni otros principios ni otras consideraciones. Con el tiempo, eso perjudica la integridad de la administración de justicia.

En Canadá, existen ejemplos de derogación de precedentes incluso cuando el precedente había sido dictado solo cinco años antes. Recuerdo un caso que tenía que ver con la pena capital.⁵ Cuando un estadounidense acusado de asesinato en Estados Unidos llegaba a Canadá, se solicitaba su extradición a Estados Unidos. Como saben, muchos estados de los Estados Unidos permiten la pena de muerte. En un primer caso, el Gobierno canadiense consintió la extradición del individuo, a pesar de que se lo exponía a la pena de muerte. En mi caso, no pude intervenir en esa oportunidad, porque había sido viceministro de Justicia y estaba involucrado en el asunto.

Pero en un caso posterior, cinco años después, la Suprema Corte derogó ese precedente. Sostuvo que solo extraditaríamos a condición de que el individuo no recibiera la pena de muerte. Tomamos esta decisión porque, de lo contrario, nuestra ley sería decisiva para que recibiera la pena capital. En consecuencia, afirmamos que nuestra ley de extradición debía ser interpretada de manera que impidiera la aplicación de dicha pena. Aunque no fuera ciudadano canadiense, nuestra ley era aplicable.

Florencia Ratti: —*¿Y cuáles fueron los fundamentos para derogar el precedente en dicha oportunidad?*

Exjuez Iacobucci: —El fundamento de la derogación fue una reconsideración de la ley y de cómo debía aplicarse. Por lo tanto, se puede decir que la primera decisión era “errónea en derecho”. Pero, como dije, no conviene derogar un precedente con demasiada frecuencia. Porque si uno empieza a hacerlo se expone a la acusación de que los jueces han cambiado. Afortunadamente, aquella vez fueron los mismos jueces los que resolvieron ambos casos. Ellos cambiaron de opinión, no cambió la integración. En otras palabras, una derogación con la misma integración parece más genuina, pero hay que tener mucho cuidado de proporcionar suficientes razones, capaces de resistir las críticas.

Florencia Ratti: —*¿Cree que anular un precedente constitucional debería ser diferente de anular un precedente en otras áreas del derecho?*

5. NE: El entrevistado se refiere a SCC, “United States v. Burns”, que derogó SCC, “Kindler v. Canada”.

Exjuez Iacobucci: —Hay que recordar que es muy difícil modificar la Constitución en nuestro país. Como usted sabe, cuando se interpreta la Constitución, aunque no se trate de una reforma propiamente dicha, se lleva adelante una suerte de reforma. Porque se le otorga un significado a una sección y al hacer esto, se lee la Constitución—se leen las palabras del texto de la Constitución—, de acuerdo con el significado decidido por la Corte. Así que, en adelante, es como si formara parte de la Constitución.

Algo similar sucede con la ley. Cuando frente a una ley un tribunal dice: “Esta disputa plantea la cuestión de lo que significa esa sección”, una vez que resuelve el caso y la decisión queda firme, es como añadir otra sección a ese estatuto, ¿verdad? La decisión del tribunal ha indicado que así es como se debe interpretar la sección.

Sin embargo, la razón por la que doy estos dos ejemplos es que es muy fácil modificar la ley. Si el gobierno considera que la interpretación del tribunal es errónea y tiene buenas razones, puede pedir a la legislatura que modifique la ley, a fin de dejar sin efecto la interpretación del tribunal. Este accionar sería correcto si es hecho genuinamente. Si dicen: “Tenemos pruebas que sugieren que la interpretación del tribunal conducirá a malos resultados”. Pero no pueden hacer lo mismo con la interpretación constitucional, a menos que logren modificar la Constitución; lo cual, como dije, es muy difícil de hacer. La única otra forma de deshacerse de una interpretación constitucional que lleva a malos resultados es que la Corte derogue tal interpretación en algún momento posterior.⁶

Florencia Ratti: —¿Cree que la colegialidad es importante en la Corte Suprema?

Exjuez Iacobucci: —Las juezas y jueces, al tomar posesión de sus cargos, juran hacerlo lo mejor posible. Eso es fundamental: hacer lo mejor que puedan. Pero como tribunal colegiado, como tribunal de apelación y como Corte Suprema, lo que hay que tener es un intercambio colegiado de opiniones, una discusión.

Cuando teníamos un caso (en la Suprema Corte), me preguntaba: “¿Soy capaz de adherir a la posición mayoritaria?”; “¿Estoy de acuerdo con la mayoría?”. Luego, durante la deliberación, expresaba mi opinión sobre lo que creía que debe ser la decisión y mis razones para ello. Si, luego de escuchar a mis colegas, seguía creyendo que no podía estar de acuerdo con la mayoría,

6. NE: Esta idea está fuertemente relacionada con el disenso del juez Brandeis en: SCOTUS “Burnet v. Coronado Oil”.

entonces diría: “Escribiré una disidencia”. O podría decir: “Si pueden adoptar dos puntos de mi argumento, entonces firmaré con la mayoría”. O: “Estoy de acuerdo con el resultado, pero no creo que pueda aceptar el razonamiento del tribunal para llegar a él”. Entonces, escribiría un voto concurrente, coincidiendo con el resultado, pero discrepando en el razonamiento. Esas son las opciones. La colegialidad se ve reforzada por las tres, pero la primera pregunta siempre debe ser: “¿Se puede estar de acuerdo con la opinión de la mayoría?”. Sería desafortunado que un juez no se hiciera esa pregunta.

Florencia Ratti: —*Parece que la dinámica de la Suprema Corte que integró presupone una deliberación, algún tipo de conferencia, donde los jueces se reúnen a debatir. Creo que, en algún punto, se trata de algo que no siempre existe dentro de los tribunales. Quiero decir, no en todos los tribunales se lleva adelante una verdadera deliberación...*

Exjuez Iacobucci: —Sí, claro, en la Suprema Corte de Canadá nos reunimos. Ni siquiera lo he mencionado porque lo doy por hecho. Nos reunimos inmediatamente después de escuchar los argumentos. Y, a veces, tenemos más de una reunión. En el caso de la secesión de Quebec,⁷ debemos haber tenido unas diez reuniones. En mi época había mucha deliberación. Por supuesto, normalmente uno no se pasa el día deliberando, tal vez ello insume una hora más o menos para cada caso.

Debatimos cada caso. No sé si un tribunal de apelación podría actuar eficazmente sin eso. El producto del Tribunal debe ser colaborativo, aunque no sea unánime. La perspectiva importante es que somos miembros de un tribunal. El tribunal es la institución permanente, los jueces son ocupantes temporales de los lugares en el estrado. Lo importante es la institución, y no quienes ocupan el cargo. Ellos están allí por un período de tiempo y sirven a los intereses de la institución en cuyo nombre imparten justicia para el pueblo de Canadá. Eso es lo que significa la colegialidad para mí. Si un solo juez o jueza no comparte ese concepto, puede haber problemas. Porque si un juez o una jueza priorizan demasiado su papel o su legado, la colegialidad, en mi opinión, se debilita. El juez Powell, en referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos, dijo: “Es la última ciudadela del individualismo. En gran medida funcionamos como nueve bufetes de abogados independientes”.⁸ Eso no me parece un modelo de colegialidad.

7. Referencia a: SCC, “secesión de Quebec”.

8. NE: La referencia completa es que el Tribunal Supremo “es quizás una de las últimas

Florencia Ratti: —*Así que, como decía antes, por su experiencia puede ocurrir que en la deliberación los jueces finalmente se pongan de acuerdo...*

Exjuez Iacobucci: —¡Sí! Y luego haces circular las razones donde puedes obtener aún más comentarios. Porque nunca se obtiene la versión final hasta que se esboza un borrador escrito. La escritura es la disciplina para aclarar tu pensamiento y para finalizarlo. Ese es el trabajo colegiado. He recibido comentarios sobre algunos de mis trabajos que eran muy importantes, y también escribí comentarios que eran adiciones relevantes a la opinión del tribunal.

Yo era uno de los que buscaban las reacciones de mis colegas, conocido por ir de una oficina a otra preguntando: “¿Podemos hacer esto?, ¿Podemos hacer aquello?”. No para convertir el vino en agua, sino para ver si podíamos tener más unidad en beneficio del sistema de jurisprudencia, lo que significa una orientación más clara para los tribunales inferiores que tienen que seguirnos. Pero lo más importante es que se trata de un mejor servicio al pueblo de nuestro país.

Florencia Ratti: —*Mencionó que, en la Suprema Corte de Canadá, siempre hay audiencias orales inmediatamente antes de la deliberación. ¿Cómo es esa dinámica?*

Exjuez Iacobucci: —Todos los casos que llegan a la Corte Suprema tienen una audiencia, y, por mi parte, nunca abandonaría los argumentos orales. Permítame darle algunas razones:

1. La audiencia oral puede hacerte cambiar de opinión. Uno va preparado al caso y dice: “Este caso va a ser desestimado”. Pero los argumentos del abogado pueden hacerte cambiar de opinión. No hay forma de lograr eso en la argumentación escrita; en cambio, quizás el abogado presenta argumentos orales muy buenos. No es muy frecuente, pero puede ocurrir.
2. La audiencia oral puede confirmar tu opinión. El caso en cuestión es importante, no estaríamos resolviéndolo si no creyéramos que es importante. Y las decisiones jurídicas necesitan confirmación.

ciudadelas del individualismo celosamente preservado [...] Para la mayor parte [...] funcionamos como nueve pequeños bufetes independientes”. Lo afirmó en un discurso ante la American Bar Association en 1976 y fue citado en Richard L. Williams, “Supreme Court of the United States”, *Smithsonian*, 1977, p. 89.

Nadie es un genio ni tampoco un bastión del conocimiento. Es muy útil, al tomar una decisión, recibir una confirmación de tus argumentos. La audiencia y el debate pueden proporcionar esa confirmación.

3. Por una cuestión de legitimidad. Los clientes, tanto los que ganan como los que pierden, al menos pueden decir “Bueno, se realizó una audiencia. Mi abogado tuvo la oportunidad de presentar nuestro argumento; no lo aceptaron, pero el proceso fue legítimo”.

Florencia Ratti: —¿Y cuándo dictan sentencia? ¿Inmediatamente después del argumento oral?

Exjuez Iacobucci: —A veces dictamos una sentencia “desde el estrado”. Cuando todos estamos de acuerdo en que la decisión del tribunal inferior es correcta, decimos: “Se desestima el recurso, sustancialmente por las razones del tribunal inferior”. La Corte también puede admitir el recurso desde el estrado, pero creo que esto es menos frecuente. Después de la deliberación volvemos –los abogados siguen allí– y dictamos esa sentencia oral desde el estrado. O podemos decir: “El recurso se desestima. Se expondrán los motivos”. O decimos: “Se reserva el fallo”, que es lo que habitualmente sucede. Entonces se vuelve, se discute, y los motivos salen en un promedio de tres meses.

Florencia Ratti: —Volviendo al precedente, ¿qué valor cree que debe tener el *obiter dictum*?⁹

Exjuez Iacobucci: —Hay quien dice que *el obiter dictum* es vinculante. Yo no iría tan lejos, no estoy tan convencido de ello. En mi opinión, un *dictum* de la Corte Suprema es realmente importante de considerar. Pero si un juez o una jueza de un tribunal inferior lo examina muy seriamente y da razones por las que decide apartarse de él –porque tal vez está examinando hechos que exigen desviarse del *dictum*– para mí estaría cumpliendo de forma adecuada con su rol.

Recuerdo un caso, cuando estaba en la Corte Federal de Apelación y antes de ir a la Corte Suprema, en el que sostuve: “Creo que estoy obligado por una decisión de la Corte Suprema”. Ese caso llegó a la Corte Suprema.

9. NE: El *obiter dictum* se define, habitualmente, de manera residual, para hacer referencia a todo aquello que no forma parte del *holding*, es decir, que no fue necesario o indispensable para resolver el caso. Sobre los distintos tipos de *obiter dictum* y su diverso valor, sugiero revisar KOZEL, “Scope of applicability”, pp. 70-71.

El juez que redactó la sentencia de la Corte Suprema sostuvo que yo no estaba obligado a seguir el precedente para ese supuesto y, por tanto, revocó mi decisión. Creo que fue una decisión justa: él puede mantener esa posición con más autoridad que yo.

Hice un gran esfuerzo para estudiar ese caso, mis colegas del tribunal inferior estuvieron de acuerdo conmigo. Es casi como tener una conversación con el tribunal superior y, en esa conversación, se llega a una exposición de opiniones en la que obviamente la Corte Suprema toma la decisión final.¹⁰

A menudo lo que la Corte Suprema puede decir es: “Este caso trata de X, Y y Z, no trata de A, B y C”. Hay entonces una guía en las razones del tribunal para alejarse del *obiter dictum*. A veces la mayoría puede decir: “No queremos añadir eso, queremos dejarlo como una cuestión abierta”. Y el voto concurrente puede decir: “Quiero también dejar bien claro A, B y C”. O al revés. Todas estas son formas de expresar diferentes resultados.

En definitiva, para mí el *obiter dictum* tiene una luz amarilla alrededor. No una luz verde, ni una luz roja; una luz amarilla.

BIBLIOGRAFÍA

- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol 1, Oxford: Clarendon Press, 1765, facsimile version Legal Classics Library, 1983.
- CUETO RÚA, Julio C., *El common law. Su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, 1997, Buenos Aires.
- GARNER, Bryan A., *Black 's Law Dictionary*, 7a ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.
- KOZEL, Randy, “Scope of applicability”, en *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, Cambridge, pp. 70-71
- MAGALONI KERPEL, Ana L., “Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas”, en *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, 2da ed., Suprema

10. NE: La conversación a la que el exjuez alude hace referencia a la difícil técnica de determinar el ámbito de aplicación de un precedente, con cuánta amplitud o concreción se formula su *holding* y, en consecuencia, a qué casos resulta aplicable un precedente. Sobre esto se destacan dos posturas: el minimalismo y el maximalismo. Cfr: MAGALONI, “Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas”, pp. 162-194

Corte de Justicia de la Nación, 2021, México, pp. 162-194.

PARKES, Debra, “Precedent Revisited: Carter v. Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”, en *McGill Journal of Law and Health*, ed. 10:1, 2016, Vancouver, pp. 123-158.

POUND, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Vol. 1, The Macmillan Company, 1923, Nueva York.

Corte Suprema de Canadá, “United States v. Burns”, 15/02/2001, 1 S.C.R. 283.

— “Kindler v. Canada”, 26/09/1991, 2 S.C.R. 779.

— “Reference re Secession of Quebec”, 20/08/1998, 2 S.C.R. 217.

Corte Suprema de los Estados Unidos, “Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.”, 1932, 285 U.S. 393.

INTERVIEW TO FRANK IACOBUCCI, FORMER JUSTICE OF THE SUPREME COURT OF CANADA*

Florencia Ratti: —*In your opinion, which are the strengths and weaknesses of the doctrine of precedent in Canada?*

Former Justice Iacobucci: —We have inherited the English legal system (except for Quebec, it has a civilian system). That system —the English one— comes with the doctrine of precedent and *stare decisis*.¹ Originally it was for the cases, the *common law*.² But it spread to everything: when you interpretate a statute you are not interpreting the *common law*, but there is still precedent that applies to that interpretation.

To me, the doctrine of precedent has advantages. One wishes to seek justice through the law; in our system you don't go to justice without any kind of discipline of applying the law. And in applying the law you look to previous decisions, which is important to have a coherence to the jurisprudence.

Now, that coherence should not be inflexible, because law is organic. As Roscoe Pound said once, “The law must be stable, and yet it cannot stand still”.³ So, it is stability to law that precedent helps, but there has to be a flexibility for the development and growth of the law. If you just say: “That decision should never be changed”, then it would be rigidity, and it would take away from the evolution of law.

*This interview was carried out by Florencia Ratti in March 2020 and took place during a research fellowship on precedent in Canada that the interviewer developed at Osgoode Hall Law School, funded by the Justice Studies Center of the Americas (JSCA) in March 2020.

1. Note from the Interviewer (NI): *Stare decisis et quia non movere* is a Latin aphorism, which means things should stand still. As far as precedent is concerned, it demands judges to respect what has already been resolved, to follow previous judicial decisions whenever the same issues are litigated. *Cfr.* Garner, Bryan A., et al, *Black's Law Dictionary*.

2. NI: Note that here the expression “common law” does not refer to the legal tradition or family of systems —as opposed to the *civil law* tradition—, but to the “case law” or “unwritten law”, as opposed to the “statute law”. On this distinction, see Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, p. 63; Cueto Rúa, Julio C., *The common law. Its normative structure, its teaching*, pp. 20-23.

3. *Cfr.* Pound, R. *Interpretations of Legal History*.

Things change, we learn more about the issue or we see that what was decided by the court lead to bad consequences. Judges do not have a crystal ball, they cannot predict. And that is a good reason to allow changes to precedent, reversal to precedent, when that is called for.

Florencia Ratti: —*So you think overruling is necessary sometimes. When might it proceed and who should be in charge of it?*

Former Justice Iacobucci: —When I said precedent has to be followed, I meant if the case involved has the same issue, the same evidence, with no different facts. Then you have to follow the Supreme Court or higher court. But overruling should be left for the Supreme Court or higher court. It should not give license to the lower courts to overrule Supreme Court decisions. That would make it chaotic.⁴

There are interpretive rules that have been developed for overruling each of the different kinds of questions: constitutional, statutory, common law. Common law is the easiest, because it is judge-made law, so judges can change it without legislation approval. But there is still *stare decisis*. If I am on the trial court and the court of appeals has decided a case, I have to follow it, unless I can distinguish it.

Let me go now to the disadvantage of overruling a precedent. When you overrule precedent too easily, you give a message to the people that the personalities of the bench have changed, not the principles or the underlying considerations. Such an overrule means that different people are deciding the case, not different evidence, not different principles, or different considerations. And over time that does harm to the integrity of the judicial administration of the law.

In Canada, we have examples of overruling precedents even when the precedent was decided five years early. I remember a case that had to do with capital punishment.⁵ When an American charged with murder in the United States came up to Canada, there was a request for his extradition to the United States. As you know, many States in the US allow capital punishment. In the first case, the Government consented to the extradition of the individual to the United States even though that individual was exposed to

4. NI: He is not referring to a “proper” overrule, but to the “anticipatory overruling” that sometimes takes place in Canada by inferior courts. See Parkes, “Precedent Revisited: Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”.

5. NI: He is referring to: SCC “United States v. Burns”, that overruled SCC “Kindler v. Canada”.

capital punishment. I couldn't sit on that case, because I had been Deputy Minister of Justice and was involved in the matter.

But in a subsequent case, five years later, the Court overruled that precedent. The Court said we will only extradite on condition that the individual would not receive capital punishment. We decided that because our law would otherwise be instrumental in his receiving capital punishment and consequently our extradition law should be interpreted in a way to prevent capital punishment. Even if he was not a Canadian citizen, our law was applicable.

Florencia Ratti: —*And which were the grounds for overruling there?*

Former Justice Iacobucci: —The ground for overruling was a reconsideration of the law and how it should apply. So, you could say the first decision was “wrong in law”. But, as I said, you don't want to overrule too often. Because if you start doing that you are basically laying yourself open to: “Aha, the judges have changed”. Fortunately, in both cases it was mostly the same judges. The judges changed their minds, they did not change their personalities. In other words, an overruling with the same judges is sort of more genuine, but you have to be very careful to provide the reasons that can stand up to criticism.

Florencia Ratti: —*Do you think overruling a constitutional precedent should be different from overruling a precedent in other areas?*

Former Justice Iacobucci: —One has to remember that it is very difficult to amend the Constitution in our country. As you know, when you give an interpretation of the Constitution, it is not a legislative amendment, but it is a form of an amendment of the Constitution. Because you give meaning to a section and when you give meaning to a section, you read the Constitution—you read the words of the provision of the Constitution—, according to the meaning decided by the Court. So henceforth, it is like being part of the Constitution.

Similarly, with a statute. When you have a statute and a court says “Oh, this dispute raises the question of what that sections means”, once the court gives its ruling and it is not appealed is like adding another section to that statute, right? The Court's decision has said this is how the section is to be interpreted.

However, the reason I give these two examples is that it's very easy to amend the statute. If the government feels that the court's interpretation is wrong and it has good reasons, it can call on the legislature to amend the statute to overturn the interpretation by the Court. And that is proper if they

are doing it genuinely. It is proper if they say “Look, we have evidence to suggest the court’s interpretation will lead to bad results”. But they can’t do that with constitutional interpretation, unless they can amend the Constitution, which is very difficult to do. The only other way that can be done is if the Court overturns sometime later of that constitutional interpretation.⁶

In constitutional cases, one has to be very careful when one interprets the Constitution. With the constitutional interpretation you will invariably get academics who will criticize, and that is good; that is why we need academic commentary.

Florencia Ratti: —*Do you think collegiality is important in a Supreme Court?*

Former Justice Iacobucci: —Judges to be officially appointed take oath at office to do their best. That’s their paramount: to do the best they can. But as a collegiate court, as an appellate court and as the Supreme Court, what one must have is a collegiate exchange of views and discussion. When we had a case, I felt, “Am I able to go on with the majority position?”. I must ask myself: “Do I agree with the majority?”. I express my opinion as to what I think the decision should be and my reasons for that, in conference. If I still believe that, after listening to my colleagues, I can’t agree with the majority, then I’ll say: “I will write a dissent”. Or I might say, “If you can adopt two points of my argument, then I would go along with it”. Or I might say “I agree with the result, but I don’t believe I can accept the reasoning of the Court to get to that result”. So, there I would write a concurrent judgment, concurring in the result, but disagreeing in the reasoning. Those are the options. Collegiality is enhanced by all three, but the first question must be: “Can one agree with the majority view?”. If you don’t ask that question, that’s unfortunate.

Florencia Ratti: —*It seems that your dynamic always includes deliberation, some kind of conference where judges discuss the point. I think, at some point, that it could be a presumption about something that not always exists within courts. Not every court has a real deliberation, at least as far as I am concerned...*

Former Justice Iacobucci: —Oh, yes, at the Canadian Supreme Court we conference. I didn’t even mention it because it’s a given. We

6. NI: This idea is strongly related to Justice Brandeis’ dissent in: SCOTUS “Burnet v. Coronado Oil”.

conference immediately after we hear the arguments. And sometimes, we have more than one conference. On the secession of Quebec case,⁷ we must have had about ten conferences. In my time there was a lot of discussion. Of course, usually you don't spend the rest of the day discussing, maybe an hour or so for the case.

We discuss every case. I don't know if an appellate Court could effectively act without that. The product of the Court should be collaborative even if it is not unanimous. The important perspective is that we are members of a court. It is the court that is the permanent institution, judges are temporary occupants of seats on the bench. What is important is the institution, and not the occupants of the bench. They are there for a period of time and they serve the interest of the institution for which they are rendering justice to the people of Canada. That to me is what collegiality is about. If only one judge doesn't share that, you may have problems. Because if one judge thinks too much only of his or her role, his or her legacy, in my view collegiality is weakened. Justice Powell, referring to the US Supreme Court, said "It is the last citadel of individualism. To a great extent we operate like nine independent law firms".⁸ That is not to me a model of collegiality.

Florencia Ratti: —*So, as you were saying before, from your experience it could happen that in the conference judges finally agree...*

Former Justice Iacobucci: —Yes! And you then circulate reasons where you can get even more comments. Because you never get the full final version until you complete a written draft. Writing is the discipline to clarify your thinking and to finalize your thinking. That's the collegiate work. I received comments on some of my work that were very important, and I also wrote comments that were relevant additions to the opinion.

I was one who sought reactions from my colleagues, known for going from one office to another asking "Can we do this? Can we do that?". Not to make the wine water but to see if we can have more unity for the benefit of the system of jurisprudence, which means more guidance that is clear to

7. SCC, "Reference re Secession of Quebec".

8. NI: The complete reference is that the Supreme Court "is perhaps one of the last citadels of jealously preserved individualism (...) (F)or the most part (...) we function as nine small, independent law firms". He said it on a speech to the American Bar Association in 1976 and was quoted in Richard L. Williams, "Supreme Court of the United States", *Smithsonian*, 1977, p. 89.

the lower courts who have to follow us. But more important than that it is more of a service to the people of our country.

Florencia Ratti: —*I found it interesting that you mentioned you always have oral argument before judgment. How is that dynamic?*

Former Justice Iacobucci: —Every case that goes to the Supreme Court has a hearing, and I would never abandon oral arguments. Let me give you some reasons:

1. Oral hearing can change your mind. You go into that case prepared and say, “This case is going to be dismissed”. But the arguments of the lawyer may change your mind. You couldn’t find that in the written argument, but the lawyer comes up with very good oral arguments. Not very often, but that can happen.
2. It confirms your opinion. This is an important case. We wouldn’t be hearing if it we didn’t think it is important. And legal decisions need confirmation. No one is a paragon of knowledge or a genius. It is helpful for a legal determination to have confirmation of your views. And that hearing and discussion provide that confirmation.
3. There is a legitimacy optic. The clients, both who win and lose, at least can say “Well, they had a hearing. My lawyer had the chance to make the argument, they didn’t accept it, but the process was legitimate”.

Florencia Ratti: —*And when do you deliver the judgment? Right after the oral argument?*

Former Justice Iacobucci: —Sometimes we give a judgment “from the bench”. When we all agree it’s clear that the decision was properly made in the court below, we say “Appeal is dismissed, substantially for the reasons of the court below”. The Court also can allow the appeal from the bench, but this I think is less frequently the case. After we conference, we come back, lawyers are still there, and we give that oral judgment from the bench. Or we can say “The appeal is dismissed. Reasons to follow”. Or we would say “Judgment is reserved”, which is the normal result. Then you go back, discuss it, and reasons come out in an average of three months.

Florencia Ratti: —*Returning to precedent, what value do you think obiter dictum should have?*

Former Justice Iacobucci: —There are some who say that *obiter dictum*⁹ is binding. I wouldn't go that far; I am not as convinced of that. In my mind an *obiter* judgment from the Supreme Court is really important to consider. But if a lower court judge looks at that very seriously and gives reason why he or she departs from that, because maybe the case the lower court is looking at facts that illuminate a departure from the *obiter* statement, that to me is the proper role of the lower court.

I did this in a case when I was on the Federal Court of Appeal, before I went to the Supreme Court. In that case I said, "I believe I am bound by a decision of the Supreme Court". That case went to the Supreme Court. The judge writing the judgment of the Supreme Court said I wasn't bound by that and therefore reversed my decision. I think that is a fair disposition, he can say that with more authority than myself.

I made a conscientious effort to study that case, my colleagues on the court below agreed with me. It is almost having a conversation with the higher court and in that conversation, you come to an expression of views in which obviously the Supreme Court makes the final decision.¹⁰

Quite often what the Supreme Court can say is "This case deals with X, Y and Z, it doesn't deal with A, B and C". There is guidance in the reasons of the court to get away from an *obiter* statement. Sometimes the majority judgment might say "We don't want to add that, we want to leave it as an open question". And the concurrent judgment can say "I want also to make A, B and C quite clear". Or the other way around. All these are ways of expressing different outcomes. *Obiter* to me has a yellow light around it. Not a green light, not a red light, but a yellow one.

9. NI: *Obiter dictum* is usually defined as everything that is not part of the *holding*, not necessary or indispensable to solve the case. On the different types of *obiter dictum* and their value, I suggest seeing KOZEL, "Scope of applicability", pp.70-71.

10. NI: The conversation to which the former judge speaks refers to the difficult technique of determining the scope of a precedent, how broadly or concrete its *holding* is identified and, consequently, to which cases a precedent is applicable. Two positions stand out on this: minimalism and maximalism. Cf: Magaloni, "Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas", pp.162-194

BIBLIOGRAPHY

- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol 1, Oxford: Clarendon Press, 1765, facsimile version Legal Classics Library, 1983.
- CUETO RÚA, Julio C., *El common law. Su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, 1997, Buenos Aires.
- GARNER, Bryan A., *Black 's Law Dictionary*, 7a ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.
- KOZEL, Randy, “Scope of applicability”, in *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, Cambridge, pp. 70-71.
- MAGALONI KERPEL, Ana L., “Las dos caras de la doctrina del precedente: maximalistas vs. Minimalistas”, in *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, 2da ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, México, pp. 162-194.
- PARKES, Debra, “Precedent Revisited: Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent”, en *McGill Journal of Law and Health*, ed. 10:1, 2016, Vancouver, pp. 123-158.
- POUND, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Vol. 1, The Macmillan Company, 1923, Nueva York.
- Supreme Court of Canada, “United States v Burns”, 15/02/2001, 1 S.C.R. 283.
- “Kindler v Canada”, 26/09/1991, 2 S.C.R. 779.
- “Reference re Secession of Quebec”, 20/08/1998, 2 S.C.R. 217.
- United States Supreme Court, “Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.”, 1932, 285 U.S. 393.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estas y estos miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estas y estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y sus fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de quienes dictaminen a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad se expide en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor o la autora reciben los votos fundamentados de los y las dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de las y los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el autor o la autora una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al mo-

mento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación en papel y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluido– se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseara.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión impresa como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español).
 - b. Seudónimo escogido por el o la autora (no debe permitir su identificación).
 - c. Resumen en español (250-500 palabras).
 - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
 - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
 - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
 - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
 - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior–. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como "ibíd.", "*op. cit.*", "ver cita" o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

a. Libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

b. Capítulos de libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, "Título", en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., "Una visión histórica de la buena fe", en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, "Título", página.

Ejemplo: BALMACEDA, "Una visión histórica de la buena fe", p. 54.

c. Artículos de publicaciones periódicas

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, "Título", en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, "La denuncia de

daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefa

cientes”, 29/08/1986, Fallos 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

i. Material disponible online

En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos:

PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1494?rsk=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

j. Material audiovisual

En la bibliografía: Fuente web, “título del video”, nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), otros datos.

Ejemplos:

YouTube, “Las restricciones que nos impone la Constitución”, Derecho UBA, 00:11:08, URL https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA, consultado el 07/11/2020.

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo 17-07-18”, Senado Argentina, 00:16:20, URL https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina, consultado 07/11/2020, 18/07/2018

En el cuerpo del trabajo: Fuente web, “título del video”, momento exacto del video (hh:mm:ss)

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo...”, 00:16:20.

YouTube, “Las restricciones que nos impone la...” 00:11:08.

k. Otros portales

En la bibliografía: Nombre de la página web, “título”, nombre del autor/a (APELLIDO, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aaaa), otros datos.

La Nación, “Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados”, GARGARELLA, Roberto, 03/11/2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887>, consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo”, ARBALLO, Gustavo, 05/12/2018, <http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html>, consultado 10/11/2020.

En el cuerpo del trabajo: Nombre de la página web, “título”, fecha de publicación (dd/mm/aaaa)

La Nación, “un fallo preocupante de la Corte...”, 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y...”, 05/12/18.

¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y, desde entonces, ha cumplido el papel de foro editorial de profesores, profesoras, alumnos y alumnas, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todas y todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores e investigadoras y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a los y las estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte enviándonos un correo electrónico a: tutorialye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno o alumna regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

EDITORIAL

LECCIONES

- **Parmigiani, Matías**, *El papel de las actitudes subjetivas en la teoría de la responsabilidad penal de C. S. Nino: ¿un enfoque auténticamente objetivo?*

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

- **Mingorance, Paula**, *La familia multiespecie en el DIPr: propuesta de regulación normativa del cuidado personal de los animales de compañía*

CONCURSO DE ENSAYOS BREVES “DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL”

- **Czarny, Maia**, *Romper el silencio: una aproximación crítica a la regulación del arresto domiciliario*
- **Ceballos, Juan Facundo**, *El Centro Universitario Devoto (CUD): su impacto en la subjetividad de los detenidos*

ENTREVISTAS

- Entrevista a la Dra. **Silvina Ramírez**

TRADUCCIONES

- Entrevista a **Frank Iacobucci**
- *Interview to Frank Iacobucci*

¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN LECCIONES Y ENSAYOS?
