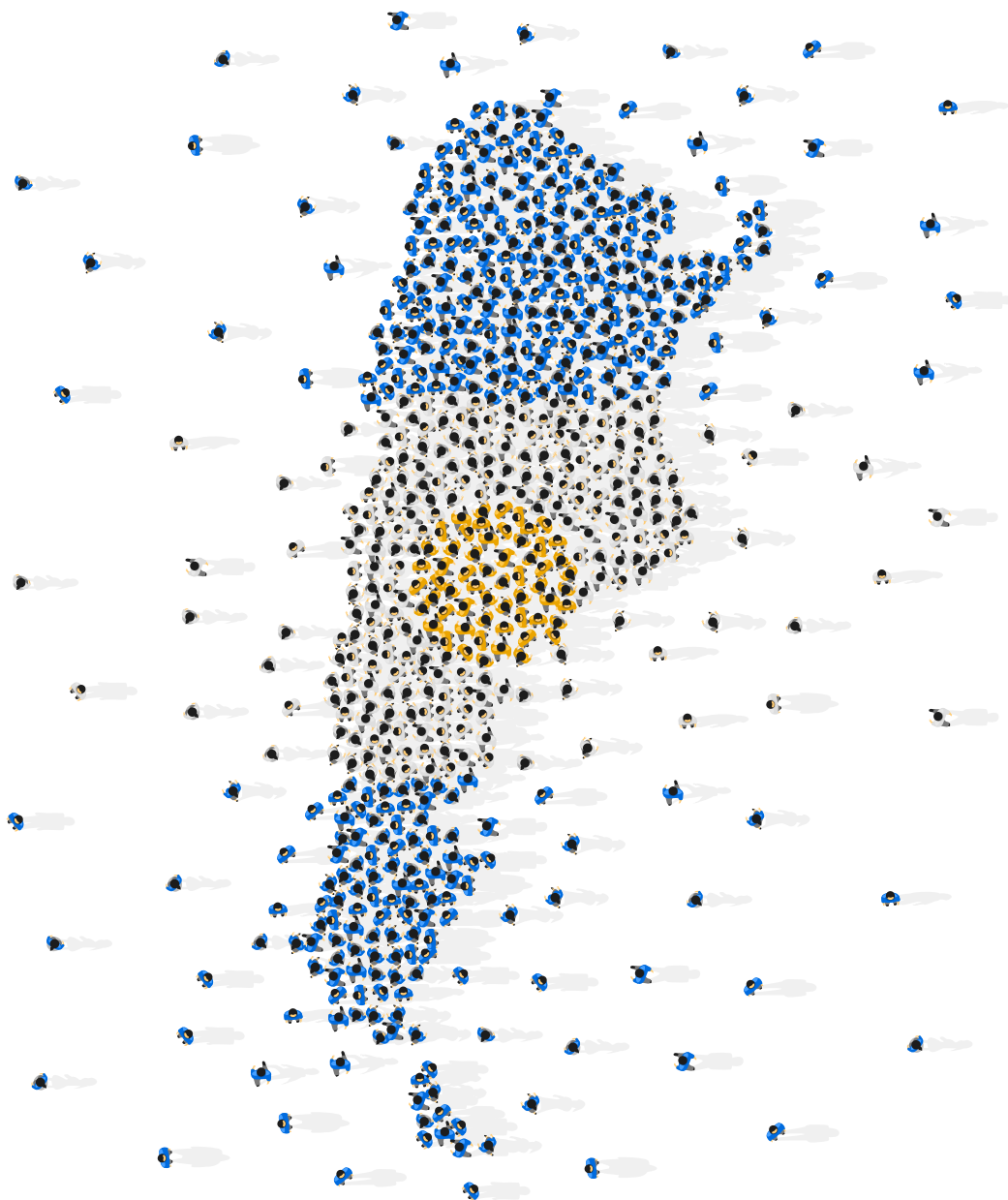


40 años de **DEMOCRACIA**

Reflexiones sobre una conquista diaria



Almada, J.; González Bellene, C.; Rodríguez, V. (eds.), (2023). 40 años de democracia. Reflexiones sobre una conquista diaria. *Revista Pensamiento Penal*, Dossier Especial, pp. 1-144



DOSSIER ESPECIAL (2023)

Revista Pensamiento Penal es una revista electrónica de la Asociación Pensamiento Penal

www.pensamientopenal.com.ar

ISSN: 1853 – 4554

Conozca al Equipo de la Revista en este enlace:

www.pensamientopenal.com.ar/equipo-trabajo

Dirección

Carlos H. González Bellene

Juan Almada

Virginia Rodríguez

Edición

Lorena Viola

Ariadna Fajner

Programación

Romina Argañaraz

Las opiniones expresadas en este documento son exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la opinión de la Asociación Pensamiento Penal.

Imagen de portada: www.istockphoto.com



Esta obra está bajo una licencia internacional
[Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Dossier Especial

40 años de democracia

Reflexiones sobre una conquista diaria

Editores

Carlos H. González Bellene - Juan Almada - Virginia Rodríguez

Analía Reyes • Andrés Bacigalupo • Carlos H. González Bellene • Dante Vega • Franco Gorini • Gabriel Ignacio Anitua • Gonzalo Scivoletto • Hugo Seleme • Josefina Ignacio • Larisa Zerbino • Lucía Gallagher • Nicolás Vargas • Omar Palermo • Selva Nazaruka • Valeria Thus • Virginia Rodríguez

Revista Pensamiento Penal
Asociación Pensamiento Penal

Índice

5 Editorial

7 Hugo Seleme

La democracia resignada

11 Omar Palermo

La importancia del proceso de Memoria, Verdad y Justicia en la reconstrucción de la legitimidad democrática del Poder Judicial

20 Valeria Thus

Auge negacionista: desafíos de las democracias del siglo XXI

31 Gonzalo Scivoletto

Cicatrices: crisis y desafíos de la democracia hoy

40 Dante Marcelo Vega

La construcción de legitimidad del Poder Judicial: una asignatura pendiente del Estado de Derecho

45 Josefina Ignacio & Selva Nazaruka

Las heridas invisibles del Terrorismo de Estado

53 Analía Verónica Reyes

Democracia y confianza en el sistema judicial: úrgela implementación del juicio por jurados en la justicia nacional y federal

64 Gabriel Ignacio Anitua

Reflexiones sobre la política penal en los 40 años de democracia en Argentina

76 Carlos H. González Bellene

En el «debe» de la democracia: el desafío de dejar atrás al elitismo y populismo en materia penal

94 Virginia Rodríguez

Las conquistas feministas que supimos conseguir

110 Andrés Bacigalupo

La guerra democrática contra las drogas

120 Lucía Gallagher & Larisa Zerbino

Cárceles y democracia: avances y desafíos

128 Nicolás Vargas

La Defensa pública y la democracia. Avances, deudas, perspectivas y desafíos

138 Franco Gorini

Avances democráticos en materia de legislación ambiental

Editorial

La Revista Pensamiento Penal es un espacio colectivo e interdisciplinario que genera, compila y difunde información libre, gratuita y de calidad sobre las ciencias penales y los derechos humanos. Creada a instancias del notable juez, jurista y activista Mario Juliano, forma parte de la Asociación Pensamiento Penal, una entidad civil sin fines de lucro integrada por personas vinculadas al Derecho de toda la Argentina, cuyo principal objetivo es la construcción de un sistema penal más parsimonioso, humano y respetuoso de los derechos humanos.

Nos complace presentar el Dossier Especial «40 años de democracia: reflexiones sobre una conquista diaria», destinado a homenajear la continuidad democrática en Argentina. Un esfuerzo colaborativo para reflexionar en torno a la compleja travesía de nuestra democracia, desde su restauración en 1983. Los ensayos que lo integran se detienen en los altibajos, los desafíos enfrentados –y por enfrentar– y en la continua influencia de poderes en tensión.

A partir del histórico retorno a la democracia, Argentina ha transitado una verdadera odisea política y social que ha forjado su identidad contemporánea. Levantamientos militares carapintadas, desapariciones de personas, una reforma constitucional profunda, gobiernos de diverso espectro político, situaciones de inestabilidad económica y social, renunciadas presidenciales: la historia democrática argentina se teje a lo largo de una rica y compleja variedad de hitos.

Sin embargo, más allá de que se ha mantenido estable, existen desafíos estructurales que requieren una atención crítica y persistente. Argentinos y argentinas han visto y ven vulnerados muchos de sus derechos jurídicamente consagrados. Grupos de poder fáctico influyen significativamente en la dirección política y económica del país, moldeando políticas gubernamentales. En paralelo, estructuras de corrupción transversal han minado la confianza en nuestras instituciones. La corrupción, como fenómeno sistémico, se erige como un obstáculo para el pleno desarrollo de la democracia argentina.

En los ensayos editados en dossier se ofrecen análisis profundos y enfoques interdisciplinarios que iluminan diversas facetas de nuestra democracia. Cada aporte se sumerge en la complejidad de nuestra realidad, proponiendo no solo un diagnóstico crítico, sino también caminos hacia una democracia más robusta y justa.

En conclusión, este Dossier Especial de la Revista Pensamiento Penal busca proporcionar una plataforma para el análisis reflexivo y el diálogo crítico sobre nuestra experiencia democrática reciente. Retrospectivamente, evaluamos logros y desafíos; prospectivamente, identificamos oportunidades para fortalecer y enriquecer nuestra democracia.

Con este objetivo en mente, contribuimos al necesario debate sobre el futuro de la democracia en Argentina y su capacidad de adaptarse a las demandas cambiantes de la sociedad que representa. En esta travesía, nos comprometemos a profundizar en las complejidades más incómodas, una empresa que encontramos crucial para comprender nuestra historia y avanzar hacia un futuro democrático más resiliente.

Virginia Rodríguez

Juan Almada

Carlos H. González Bellene

Dirección de la Revista Pensamiento Penal

La democracia resignada

Hugo Seleme

Hace cuarenta años Argentina retornaba la democracia de la mano de un presidente que prometía que con ella era posible comer, curarse y educarse. En los actos políticos que lo condujeron a la presidencia, Raúl Alfonsín conjugaba esta promesa con el recitado del preámbulo como una especie de plegaria cívica. Lo humilde de la promesa, que no auguraba bienestar, riqueza o tiempo de ocio, estaba a tono con el cierre invocando el preámbulo, en lugar de partes más sustantivas y ambiciosas del texto constitucional. La democracia que retornaba era una con aspiraciones realistas, minimalistas.

No podía ser de otro modo si se tenía en cuenta el carácter eminentemente inmoral del régimen militar que la había precedido, y la devastación social y económica que había producido. El “fascismo de mercado” de la dictadura, empleando el rótulo acuñado por Paul Samuelson, abrazó el neoliberalismo económico que condujo a la destrucción de la industria, la concentración de la riqueza, el endeudamiento externo y, finalmente, el ajuste feroz. El costado fascista del régimen produjo, en lo social, consecuencias igualmente catastróficas. El plan de exterminio de una porción de la población, con sus campos de concentración, asesinatos encubiertos, secuestros, desapariciones y robos de bebés, condujo a la fractura del entramado social. La guerra de Malvinas, el último intento de los dictadores militares de lavarse las manos manchadas de sangre en las aguas limpias del patriotismo, se ensañó nuevamente con cientos de jóvenes, en su mayoría conscriptos, mal pertrechados y peor conducidos por una oficialidad incapaz.

El retorno de la democracia fue humilde –prometiéndole comida, salud y educación y apelando al preámbulo constitucional– porque se cimentó en el peor fracaso que habíamos padecido como sociedad. El lodo en el que nos había revolcado la dictadura fue el terreno fértil en el que la nueva democracia hundió sus raíces. Se asentó sobre el horror compartido frente a los crímenes cometidos por los dictadores militares, la pobreza y la desigualdad provocada por sus políticas económicas neoliberales, y la tragedia de los soldados llevados a la muerte en Malvinas.

Aunque humilde, el retorno a la democracia no tuvo nada de resignación. Fue la reacción esperanzada de un pueblo que tenía conciencia del abismo al que había sido llevado, y por eso sus aspiraciones eran humildes, pero a la vez tenía la convicción de que se podía estar mejor. Un pueblo que eligió la serenidad del candidato que recordaba las palabras sencillas del preámbulo, en lugar de la violencia discursiva de los que quemaban ataúdes en los actos de campaña. Un pueblo que optó por quien estaba convencido de que los dictadores debían ser enjuiciados y castigados, en lugar de ser indultados.

Cuarenta años después, aquella promesa de comida, salud y educación, sigue incumplida para una parte importante de ciudadanos. Ellos ya no albergan ni siquiera aspiraciones humildes, sino que tienen una concepción resignada de democracia. Han perdido toda esperanza de que la democracia los libere de los males que los agobian. La persistencia de la situación de opresión y dominación en la que viven –cercados por la necesidad– los ha convencido de que están presos en un destino inescapable, donde el único acto de empoderamiento posible consiste en elegir el mal que inevitablemente van a padecer. La concepción resignada de democracia ofrece a estos ciudadanos un modo paradójico de recuperar su libertad; que no consiste en eliminar las penurias que los oprimen, sino en elegir autoimponérselas.

Para quienes han perdido toda esperanza de que la democracia los libere de los males que los agobian y cumpla aquellos objetivos humildes, queda abierta la opción de recuperar la libertad y el control sobre la propia vida resignándose y eligiendo democráticamente los males que ya se padecen. Si no hay nada que puedan hacer para evitar que el precio del dólar determine cuánto y cuándo comen, es

posible recobrar la libertad eligiendo dolarizar. Si no hay nada que puedan hacer para evitar que sus condiciones laborales se precaricen de manera progresiva, es posible recobrar la libertad eligiendo abolir los derechos laborales. Si no hay nada que puedan hacer para liberarse de las exigencias de ajuste constante del FMI, es posible recobrar la libertad eligiendo hacer los ajustes que, de cualquier modo, se impondrán.

Cuarenta años después, la resignación también ha llegado a la memoria. Recordar exige un esfuerzo que es difícil de sostener por quienes tienen que empeñarse día a día por sostener sus condiciones de existencia. Sin este esfuerzo por recordar, lentamente los contornos de lo que se sabía se desdibujan y todo se mezcla. La oficialidad del ejército que, con Galtieri a la cabeza, inmoló a nuestros jóvenes en Malvinas –mientras ellos permanecían bien a resguardo lejos del frente de batalla–, se confunde con nuestros verdaderos héroes: esos muchachos que dejaron su sangre en aquel pedazo de tierra. Los oficiales del ejército que llevaron a nuestros jóvenes al matadero son puestos a la par de ellos y reivindicados como héroes de Malvinas. La conciencia compartida de que esa oficialidad cobarde e incompetente no merecía ningún respeto, se esfuma y –en la confusión– los oficiales que regresaron a sus hogares son equiparados a los soldados cuyos cuerpos quedaron en el campo de batalla dando testimonio de su valentía. Los militares que llevaron adelante el plan de exterminio, y organizaron campos de concentración donde mantuvieron secuestradas a miles de personas que fueron sometidas a un sin número de vejámenes antes de morir, son presentados como víctimas inocentes de un sistema judicial que se ensaña con ellos. Por culpa de un acto de prestidigitación, que sólo puede llevarse adelante cobijado por la bruma del olvido, los victimarios se transforman en víctimas que exigen reparación.

Cuarenta años de democracia nos han depositado de nuevo en el punto de partida. Hace cuarenta años tuvimos la suerte de elegir a un líder cuya estatura moral nos excedía y a cuya sombra hemos vivido. La reciente elección de presidente y vicepresidenta, es un recordatorio de que la mera suerte no sirve para trazar un destino. Una ciudadanía resignada a que sus condiciones de vida empeoren, convencida de que es merecedora de cualquier insulto, cansada de sostener la memoria, ha vuelto patente que en una democracia la única batalla ganada es la que se libra todos los días.

Cuarenta años después, hemos aprendido que ninguna victoria es permanente. Que los derechos pueden perderse, los errores repetirse y la memoria ser abandonada. Está en nosotros, sin embargo, advertir que, si en una democracia ninguna victoria es permanente, entonces tampoco ninguna derrota es definitiva. Que, aunque hemos vuelto a caer en el lodo, es posible hundir nuevamente las raíces de nuestra democracia en él, y renacer.

En tiempos de sombra, solo queda comenzar a iluminar. La recuperación de la democracia hace cuarenta años nos recuerda que hemos pasado por noches más largas, sin que nos venza la oscuridad.

La importancia del proceso de Memoria, Verdad y Justicia en la reconstrucción de la legitimidad democrática del Poder Judicial

Omar Palermo¹

I. Introducción

En un Estado democrático de Derecho el Poder Judicial debería ofrecer los caminos institucionales para lograr la solución imparcial, previsible y pacífica de los conflictos. De este modo, el sistema de justicia contribuye a la conservación del orden democrático. Dicho con la terminología de la teoría de los sistemas, el Poder Judicial es funcional al sistema republicano y democrático que lo ha generado por diferenciación.

En la dictadura las cosas no fueron tan distintas, pues el sistema de justicia contribuyó a la conservación de un orden caracterizado por el terror estatal: también el Poder Judicial de la dictadura fue funcional a sus intereses. ¿A quién podía ser funcional sino al propio orden ilegal que lo había generado para su autoconservación? Dicho a modo de tesis: el terrorismo de Estado durante la última dictadura cívico militar contó con la complicidad del Poder Judicial que garantizó la impunidad de las atrocidades que se cometieron. En efecto, por distintas vías el sistema de justicia tomó conocimiento de las violaciones de derechos humanos que se perpetraron y, sin embargo, no llevó a cabo una sola investigación de esos hechos en

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, bajo la dirección del Catedrático de Derecho penal Dr. Dr. h.c. Jesús María Silva Sánchez (2005). Becario postdoctoral Alexander Von Humboldt bajo la dirección del Prof. Dr. Michael Pawlik, Catedrático de la Universidad de Freiburg, Alemania (2018-2021). Profesor Titular de Derecho penal Parte General y Director de la Maestría en Derecho penal en la Universidad Nacional de Cuyo. Autor de obras y artículos sobre Derecho penal, en particular sobre teoría del delito. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

todo el país. Los familiares de las víctimas denunciaron miles de robos, secuestros, detenciones ilegítimas, torturas, desapariciones, muertes y abusos sexuales –entre otras aberraciones– que no fueron siquiera mínimamente investigadas. Pues bien, el Poder Judicial de la dictadura fue funcional a sus intereses y generó lo que probablemente constituye la mayor negación de justicia de nuestra historia.

La complicidad del sistema de justicia con la dictadura se advierte claramente en el doble estándar que mostró en el enjuiciamiento de los hechos que llegaban a su conocimiento. Por una parte, legitimaba la persecución política a través de la investigación y condena por hechos tipificados penalmente en la Ley 20.840. Por otra, omitía la investigación de los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad estatales, de los que tomó conocimiento mediante denuncias concretas o por los *habeas corpus* que presentaban los familiares de las víctimas. Es decir, toda la violencia del sistema penal se concentraba en los perseguidos políticos a la vez que el terror estatal gozaba de absoluta impunidad. Expresado de manera drástica: en el juicio a los jueces de la dictadura se discutió la responsabilidad individual de los magistrados que han sido condenados. Sin embargo, la funcionalidad sistemática del poder judicial con la dictadura no puede ser objeto de discusión.

Más allá de los avances y retrocesos realizados durante estos cuarenta años, los juicios y las condenas con las que el Poder Judicial ha refutado la gravedad de estos hechos y ha dado respuesta a las víctimas constituye su aporte más importante a la consolidación de la democracia. Si hay algo que ha demostrado el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» es que el Poder Judicial ha sido capaz de ejecutar políticas de Estado que garanticen la vigencia de los derechos humanos en nuestro país. Dicho con otras palabras, mediante el «juicio y castigo» a los autores y cómplices de aquella masacre, no solo se refuta la gravedad esos hechos sino que además se confirma que nuestra sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus valores democráticos.

Ahora bien, los desafíos actuales en materia de derechos humanos están vinculados tanto a los procesos de lesa humanidad que se están llevando a cabo, como a las violaciones de derechos humanos que en la actualidad se producen. En cuanto a lo primero, se

advierten dos cuestiones que deben ser atendidas. Por un lado, se debe evitar la burocratización de aquellos procesos, que muchas veces se llevan a cabo en audiencias discontinuas que alargan irrazonablemente los juicios e impiden una debida respuesta –tanto a la comunidad como a las víctimas–. Dicho de otro modo, se deben agilizar los procesos por crímenes de lesa humanidad pendientes. Por otro lado, ha sido dificultoso llevar adelante el enjuiciamiento de la complicidad civil, especialmente la empresarial, con la dictadura. De modo que también el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» debe ser profundizado en este ámbito.

En cuanto a lo segundo, esto es, a las violaciones de derechos humanos que aún hoy se cometen, los compromisos internacionalmente asumidos por nuestro país obligan al Poder Judicial a cumplir con el deber de investigar y sancionar esos hechos en procesos llevados a cabo sin dilaciones indebidas.

El último de los aspectos mencionados merece especial atención. En efecto, cabe preguntarse qué tipo de respuesta se ofrece a la ciudadanía frente a las violaciones de derechos humanos que se cometen en la actualidad. Esta cuestión es determinante en la definición del modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de Derecho. Por ello, el sistema de justicia debe garantizar la protección de los derechos humanos mediante la investigación y sanción de los hechos de violencia institucional que muchas veces se ejercen desde el propio Estado.

En lo que sigue, haré referencia a la selectividad genérica del funcionamiento de la justicia penal y al modo en que esto impacta de forma diferenciada en el tratamiento de los casos de violencia institucional. Finalmente, concluiré señalando la necesidad de profundizar en políticas de Estado que, como el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia», garanticen la investigación y condena de quienes resulten responsables de estos hechos.

II. Selectividad del sistema de justicia penal

El proceso penal durante estos cuarenta años de democracia no ha logrado evitar su ineludible destino selectivo: el proceso penal muestra toda su eficacia y severidad con los sectores más vulnerables, pero la criminalidad económica organizada tiene un

amplio margen de impunidad. Esta afirmación se sostiene del mero relevo de la conformación de la población carcelaria. En efecto, la realidad penitenciaria pone en evidencia que este enorme y costoso sistema judicial no se encuentra al servicio de la persecución penal de grandes organizaciones criminales, sino que sólo encierra pobres que, en su mayor parte, son condenados sin juicio previo, mediante acuerdos procesales cuya base es una investigación policial. De este modo, ya no se trata sólo de las prisiones preventivas sin juicio, sino de condenados sin juicio. Por ello no puede dejar de señalarse que el modo en el que se está implementando el proceso penal en la actualidad corre el riesgo de degenerar en un «enlatado penal» que encubre mediante el juicio abreviado verdaderas condenas policiales.

Este sistema procesal, que es acusatorio en lo formal pero inquisitivo en lo material, muchas veces es presentado ante la comunidad con cierto halo garantista. Sin embargo, se trata de un sistema que apuesta todo a su «eficiencia», incluso al coste de resignar veracidad en la determinación de la responsabilidad penal. Un sistema penal que se construye mediante un «no juicio», se aleja irremediabilmente de las garantías constitucionales y, con ello, de la justicia en el caso en concreto. A este panorama debe agregarse que ingresan al sistema penitenciario mayor cantidad de personas de las que salen, lo que pone al desnudo la falta de veracidad de la afirmación de que «la puerta es giratoria». En otras palabras, mediante el sistema procesal actual se ha logrado un aumento descomunal de la población carcelaria al bajo costo de un acuerdo procesal cuya base es la actuación policial durante la investigación fiscal preparatoria.

Ahora bien, este aumento del número de personas privadas de libertad no significa que el sistema de justicia haya dejado de lado su histórica indolencia de lo que sucede dentro de las cárceles, luego de que envía allí a los condenados. Me refiero a la violencia, la tortura y las muertes que allí se producen y reproducen. La realización de meras «visitas protocolares» por parte de los jueces y juezas, revela la falta de compromiso por la problemática. La ignorancia deliberada del sistema de justicia frente a la forma en la que se cumple la pena privativa de la libertad es inaceptable. En no pocas situaciones se advierte que el encarcelamiento se cumple en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones

sobre los pisos. Se ignora el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes, que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las personas encarceladas –como el acceso a la salud, la medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad y la educación–. Al cuadro general de la situación se suma la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas.

Una consecuencia de ello es la desocialización que caracteriza al deterioro de los vínculos y relaciones de la persona condenada, en tanto los mismos son mediados por las lógicas endogámicas de la institución penitenciaria. Asimismo, otro fenómeno que se advierte es la *prisionización*, a través de la cual la persona privada de libertad comienza a padecer una transformación resultante de su adaptación a la institución: internalización de conductas, deterioro y modificación del lenguaje y naturalización de prácticas violentas, etc. A ello deben agregarse los efectos que se producen sobre el cuerpo mismo, producto de las carencias, el encierro prolongado, la escasa exposición a la luz y ventilación natural, la falta de ejercicio físico, la cronificación de problemáticas de salud, su falta de atención oportuna, las autolesiones y las lesiones recibidas, entre otras problemáticas que impactan en las corporalidades de las personas institucionalizadas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al señalar que

«las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes» (Corte IDH, Caso «Mendoza y otros vs. Argentina», 14/05/13, párr. 174).

El estado de las cárceles actuales y las prácticas violentas que allí se reproducen resultan violatorias de los derechos humanos. La realidad carcelaria ha convertido a estos derechos en una mera declamación abstracta de la que es responsable el propio Estado con su indiferencia y complicidad omisiva. Este sistema de persecución penal tiene como resultado un aumento progresivo de las personas

privadas de la libertad y el cumplimiento de ese encarcelamiento en condiciones inaceptables para un Estado de Derecho.

III. Atribución de los costes de desocialización del encarcelamiento

Lo expuesto hasta aquí demuestra el estrepitoso fracaso empírico de la resocialización como fin de la pena estatal. En este sentido, no se logra cumplir con el objetivo de la pena asignado por los tratados internacionales que Argentina ha suscripto e incorporado a la Constitución Nacional. Pero, además, al momento de distribuir cargas y responsabilidades por los costos de esta desocialización, únicamente se atribuyen a las personas privadas de la libertad. Esto se aprecia de forma clara en el instituto de la reincidencia.

Las condiciones muchas veces inhumanas en que se cumple la pena privativa de la libertad requieren de mayor presencia judicial en las cárceles. Sin embargo, a la hora de decidir si corresponde agravar la situación del condenado por la reincidencia, todo el coste de los déficits de socialización del sistema se pone en cabeza del condenado. Es decir, el sistema penal no asume su responsabilidad en la desocialización que genera y hace recaer todo el peso sobre el reincidente.

El Estado tiene el deber jurídico, moral y político de cumplir con el mandato de resocialización que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esta razón, es garante de ofrecer un proceso de ejecución de la pena que posibilite la rehabilitación de la persona condenada, siempre que se cuente con la colaboración voluntaria de esta última. Sin embargo, tales condiciones no son ofrecidas, sino que, en los casos de reiteración delictiva, mediante la declaración de reincidencia, sólo se responsabiliza a la persona encarcelada por una desocialización de la que también el Estado es responsable.

Esto es de un cinismo que tenemos que reconocer. El Poder Judicial, intérprete de la Constitución Nacional y de los Pactos de Derechos Humanos a ella incorporados, tiene la responsabilidad de desempeñar un rol determinante que garantice la plena vigencia del Estado de Derecho y sus garantías fundamentales, tanto durante el

proceso penal del que deriva con la imposición de la condena como durante todo el régimen de ejecución.

IV. Indulgencia del sistema de justicia en los procesos que se investigan hechos atribuidos a las fuerzas seguridad por violencia de institucional

Por otra parte, el sistema de justicia no muestra toda su drasticidad ante los hechos denunciados de violaciones de derechos humanos en los casos específicos de violencia institucional. La investigación de esta clase de delincuencia no suele prosperar y, cuando lo hace, la respuesta institucional podría ser calificada –cuanto menos– de indulgente.

Nuestra legislación penal ha incorporado tipos penales agravados para los hechos cometidos por las fuerzas de seguridad, lo que explica cómo el pacto democrático de defensa del Estado de Derecho se extiende desde los crímenes denunciados en el *Nunca Más* hasta las formas contemporáneas de ejercicio de las violencias institucionales cometidas por las fuerzas represivas. Así, legislativamente la comunidad expresa la vigencia de un diseño institucional anclado en el enfoque de derechos humanos como limitante del ejercicio de la violencia legítima reservada a aquellas. Sin embargo, el Estado no necesariamente se hace eco de ello ni asume su responsabilidad de garante. Esto se aprecia tanto en el amplio margen de impunidad en materia de torturas y violencia institucional, como por la aplicación de encuadres legales de menor gravedad a las conductas delictivas realizadas por parte de agentes estatales.

Además, en los supuestos en los que las investigaciones efectivamente se realizan se advierte una utilización equivocada del instituto de la legítima defensa. Como se sabe, la actuación policial no puede regirse por las reglas de la legítima defensa. Este instituto está pensado para los particulares, no para la actuación policial que es actividad del Estado. Por diversas razones, no pueden asimilarse un caso y el otro: el actuar en legítima defensa es espontáneo, en tanto que el accionar del personal policial es preparado y altamente reglamentado. El marco temporal de la intervención funcional policial es mayor que el previsto para la legítima defensa. El primero puede

actuar antes de que se inicie el ataque y también con posterioridad; todas circunstancias que no se dan en la segunda. En otras palabras, la legítima defensa no sigue la lógica de la actuación policial, que no puede regirse por esas reglas. Sin embargo, es un mecanismo que se recurre permanentemente para justificar el actuar policial violento.

A ello se agrega que, cuando la legítima defensa no resulta posible, entonces los esfuerzos se concentran en analizar el tipo subjetivo. Los casos de dolo se atribuyen y condenan como de supuestos de imprudencia. Y, aún en estos casos en los que se declara la responsabilidad penal y se condena, se advierte que todavía quedan recursos para utilizar en beneficio del agente al evaluar las modalidades de ejecución de las penas privativas de la libertad que se imponen. En este sentido, se destaca el alto índice de prisiones domiciliarias de quienes forman parte de las fuerzas de seguridad acusados por delitos graves. La tolerancia e indulgencia ante este tipo de vulneración a los derechos humanos resulta inaceptable.

En Mendoza, un caso paradigmático en este sentido es el de las torturas ocurridas en el Complejo Penitenciario San Felipe –caso «Bizaguirre Moreno»– ocurridas en el año 2010. En aquel caso, un grupo de agentes penitenciarios torturó reiteradamente a una persona detenida, algo que –aparentemente– era parte de una práctica habitual. El caso tomó notoriedad puesto que uno de los agentes filmó las torturas en cuestión. A pesar del registro fílmico que acreditaba con certeza los hechos, el caso tomó nueve años en ser llevado a juicio.

Este caso de mi provincia muestra cómo, a pesar de que existía prueba contundente que acreditaba los hechos, a las instituciones les tomó casi una década responsabilizar a sus autores.

V. El retorno al proceso de Memoria, Verdad y Justicia

Si se quiere evitar una realidad como la precedentemente descrita, la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de la violencia institucional debe ser abordada como una política de Estado que trascienda el interés político del partido gobernante. En este sentido el proceso de «Memoria, Verdad y Justicia» es alumbrador.

Además, se requiere de un sistema de justicia más atento y sensible a la violación de derechos humanos, que asuma su rol fundamental de garante y límite ante estos hechos. Hay un ámbito en el que el Poder Judicial ha demostrado ser capaz de acompañar políticas de Estado. Esta capacidad genera obligaciones, como la responsabilidad de asumir el rol cómplice que adoptó durante la dictadura cívico-militar. Esa asunción de responsabilidad frente a las víctimas, frente a los familiares y frente a la sociedad entera es necesaria. El Poder Judicial debe adoptar el rol que le es propio en la defensa de los derechos humanos y en la preservación de un Estado democrático de libertades que proteja a los sectores más desventajados.

En conclusión, posiblemente la solución a la crisis de legitimidad del Poder Judicial esté en la vuelta a los valores y principios que guiaron el proceso de «Verdad, Memoria y Justicia» que le ha dado a la justicia argentina el prestigio internacional que necesita también en otros ámbitos.

Auge negacionista: desafíos de las democracias del siglo XXI

Valeria Thus¹

I. La relación imposible entre democracia y negacionismo

En noviembre de 2023, participé de la jornada “*Maratón por la democracia, 40 años: Nunca Menos, Siempre más*”, organizada por Lectura Mundi, la Secretaría de Cultura Comunidad y Territorio de la UNSAM y Revista Anfibia, en una mesa que se llamó *El futuro de la democracia*. Tremendo desafío reflexionar sobre el futuro de la democracia, sobre todo en un contexto como el que se vive en Argentina en la actualidad, con expresiones negacionistas y apologéticas de la última dictadura cívico-militar.

En esa oportunidad, sostuve que el futuro de la democracia es un “futuro- pasado”. Ello en tanto la condición de posibilidad del futuro de la democracia se aloja en la memoria del pasado de los autoritarismos.

Hay algo ahí super potente, algo nodal para considerar, que es recordar, en definitiva, que el origen de las democracias occidentales europeas se presenta como respuesta a la experiencia del nazismo y los modos en que se reconstruyen esas sociedades. En efecto, hay una ligazón constitutiva entre la experiencia del nazismo y la sanción de las convenciones internacionales y regionales europeas que sustentan y habilitan la etapa de mundialización de los derechos humanos. Esto se ha dado en llamar *universalidad normativa internacional* a través de los sistemas de protección de derechos

¹ Abogada diploma de honor. Doctora en Derecho Penal y Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, docente e investigadora (FDer-UBA). Contacto: vthus@derecho.uba.ar

humanos, tanto a nivel universal como regional. En este punto no resulta ocioso recordar que en el sistema regional europeo se piensa al discurso del odio en función de dos ejes: 1) el negacionismo, o apología del genocidio; y 2) la incitación al odio propiamente dicha. Incluso, como sabemos, hay un origen histórico: la Convención contra la Discriminación Racial de 1965, que nace del escándalo ocurrido en 1959 en Alemania, cuando en una sinagoga de la ciudad de Colonia aparecieron dibujadas esvásticas. Esta es la génesis del artículo 4 de la mencionada convención que incorpora la prohibición penal. Por eso es correcto decir que el negacionismo, al agredir a la memoria, compromete ese vínculo del que surgieron –sobre las cenizas de Auschwitz– las democracias europeas.

En nuestro país, la experiencia es similar. La recuperación de la democracia significó la lucha decidida contra los autoritarismos y, en este sentido, Argentina (con su proceso de juzgamiento a los responsables por los crímenes de lesa humanidad cometidos) se ha convertido en una experiencia *única* en la región.

Ya en 1985, el Juicio a las Juntas Militares representó un acontecimiento extraordinario: aquél en el que el Estado juzgaba, a través de sus legítimas instituciones constitucionales y en democracia, a quienes usurparon el poder y cometieron graves violaciones a los derechos humanos. Este hecho se constituyó como un hito fundamental, hasta la reapertura de los juicios a partir de 2005, cuando los tres poderes del Estado removieron los obstáculos para el juzgamiento (la anulación de las leyes de Obediencia debida –ley 23.521– y Punto final –ley 23.492– y su declaración de invalidez e inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «*Simón*» y, posteriormente, de los indultos en el fallo «*Mazzeo*»). Se reiniciaron las investigaciones y los juicios en los tribunales de todo el país.

Aun así, reivindicando la experiencia singular de los juicios que nos ha colocado –junto con las políticas de Memoria, Verdad y Justicia– a la vanguardia de los derechos humanos a nivel regional, el momento que vivimos nos interpela como nunca antes.

Llegamos a la celebración de los cuarenta años de recuperación de democracia con un presidente y vicepresidenta electos (2023-2027) que formulan en sus discursos públicos (¡en cadena nacional!)

durante el debate presidencial expresiones claramente negacionistas e incluso apologéticas de la última dictadura cívico militar.

Creo que aún no hemos podido dimensionar en su cabal profundidad lo que significa que un presidente electo legítimamente por el pueblo, en plena democracia, utilice el lenguaje de los asesinos, de los perpetradores de los crímenes más atroces a los que fue sometida la sociedad argentina. Importa una ruptura radical de nuestro *ethos* democrático y una ofensa a nuestros muertos. Aquí quizás recuperar las referencias al uso ritualista del lenguaje de Rosenzweig o al uso político de aquél que propone Benjamin en la figura del traductor, se nos presenta urgente e inexorable.

Entonces, este *estado de cosas* nos lleva a pensar y cuestionar(nos) que evidentemente hay algo que no fue suficiente, que no alcanzó a lograrse, en el modo de materializar la transmisión de la memoria colectiva de esos terribles crímenes, pero tampoco en el modo de dar publicidad a la experiencia de los juicios.

En los últimos tiempos, y teniendo en cuenta el escenario negacionista que se viene desplegando, nos venimos preguntando si acaso no habremos sido muy sutiles. En tanto se defendía una cientificidad que analizaba críticamente los riesgos de adoptar un relato demasiado descarnado de los hechos, que, como reiteración del horror, imposibilitaba la comprensión del dispositivo genocidio como tecnología de poder, a partir de la paralización que traía consigo relatar la crueldad de los crímenes.

Quizás deberíamos haber explicitado más decididamente los hechos ocurridos, los terribles crímenes de los que fue objeto ese grupo definido como otredad negativa y perseguido por la dictadura genocida. Recordar, como se hizo con la experiencia del genocidio nazi en relación con la cantidad de víctimas aniquiladas o la propia acreditación de la existencia de las cámaras de gas y la experiencia concentracionaria, que de hecho *sí* existieron en nuestro país más de setecientos centros de detención tortura y exterminio, que hubo secuestros, torturas, desapariciones forzadas, violencia sexual, vuelos de la muerte, apropiación de bebés y niños; en definitiva, un plan sistemático de exterminio.

Creo que es un momento para señalar que el futuro de la democracia exige «hacer hablar al sufrimiento como condición de

toda verdad». Lo que justamente los negacionismos atacan, ese lugar frágil de sufrimiento común que nos constituye.

Son definitivamente tiempos difíciles ¿Qué es lo que está ocurriendo? ¿Qué es todo esto? ¿Autoritarismo, fascismo, populismo de derecha, democracia antiliberal, liberalismo antidemocrático, plutocracia de derecha? ¿o es otra cosa?

Poder comprender acabadamente nuestro presente nos permite delinear estrategias adecuadas para enfrentarlo. Para ver esto que nos está ocurriendo en nuestro país, pero también fuera del contexto local, a nivel regional y global, el negacionismo se presenta tristemente como un buen indicador o *timing*.

En este texto intentaremos entonces conceptualizar el negacionismo, definir sus contornos y modalidades –que van cambiando con el tiempo desde la negación grosera de la ocurrencia de los hechos históricos a modos más sutiles de banalización y trivialización– y nos referiremos también a los nuevos modos de negacionismo que se sustentan en la trama neoliberal. Es importante poder comprender acabadamente qué es el negacionismo y cuáles son sus efectos en las sociedades posgenocidas que vivimos, para poder pensar las estrategias más adecuadas para enfrentarlo.

II. ¿De qué hablamos cuando decimos «negacionismo»?

El negacionismo es, antes que nada, un concepto difícil y difuso, que se refiere a muchos significantes y ha sido utilizado para situaciones diversas. Se habla de modo *indistinto* de los negacionismos del Holocausto, del genocidio armenio, de la dictadura en nuestro país, de los crímenes internacionales en general, de la pandemia, del cambio climático, terraplanistas, movimiento antivacunas, etc.

Más allá de los debates en torno a su pertinencia conceptual y de la conveniencia de pensar el negacionismo para situaciones tan disímiles – desplegado por actores y responsabilidades diversas (Estado, sociedad civil)– me interesa referirme aquí prioritariamente al negacionismo de los crímenes de Estado.

Como punto de partida, entonces, es necesario aclarar que negacionismo es un concepto utilizado (desde una perspectiva del origen del término en su vinculación con los crímenes de Estado y con alcance más restrictivo), para describir un fenómeno cultural, político y jurídico, que se manifiesta en comportamientos y discursos que tienen en común la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia. (Luther, 2008, p. 249). Sea en su conceptualización como graves violaciones a los derechos humanos (desde el derecho internacional de los derechos humanos) o como crímenes internacionales (desde el derecho penal internacional)– y, por tanto, objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos.

Si bien en sus orígenes se refería a la negación del Holocausto, actualmente el fenómeno de la negación de hechos históricos es mucho más amplio, sea respecto de las conductas punibles como de sus elementos constitutivos.

Uno de los puntos nodales, ha sido, sin lugar a duda su «pretendida» relación con la historia. En efecto, los negacionistas han pretendido, en sus orígenes, ser considerados como una corriente del revisionismo histórico. Cabe aclarar que, no obstante la frecuente asociación, el negacionismo constituye un fenómeno distinto del revisionismo. No dialoga con una base histórica sólida, antes bien la rechaza.

Por lo general, tras denunciar supuestos vacíos en la historiografía oficial e invertir las pruebas documentales, al negacionista no le preocupa contar con elementos o argumentos que respalden sus afirmaciones, no le interesa iniciar un diálogo respecto de hechos comprobados incontrovertiblemente y que forman parte de la experiencia histórica. Oculta y altera los hechos o, en último caso, los utiliza para probar, según sea el propósito que persiga una u otra opinión. El negacionista tiende a fragmentar los acontecimientos; los nexos causales, aunque sean incontrovertibles y estén testimonialmente respaldados, se disuelven; los hechos aislados son objeto de auténticas técnicas de “montaje” con las que se sustenta o niega lo que sea funcional a la tesis del negacionista (Fronza, 2011, p. 32).

Se busca crear un mundo artificial que compita con el real, soslayando lo fáctico. Se edifica un mundo ilógico, pero construido de tal forma que parece plausible. No se reexamina la historia

(reversionismo), sino simplemente se la niega (negacionismo). Los negacionistas rechazan esa denominación y buscan ser reconocidos como exponentes de una escuela historiográfica que lucha contra la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*) en orden de procurar obtener legitimación mientras re-escriben la historia usando métodos falaces, ignorando o distorsionando esenciales y auténticos hechos de la Shoá (Vidal Naquet, 1994, p. 207).

Dice Donatella Di Cesare con razón que el negacionista no practica el escepticismo metódico para llegar a la certeza mediante la duda hiperbólica. Por el contrario, es un arma de las certezas y ha elevado sus fantasmas a dogmas, no camina con los demás hacia una verdad que compartir, hacia un camino común: «el lugar donde el negacionista intenta colarse es aquél en el que puede completar la aniquilación, es el fondo de donde han quedado las cenizas» (Di Cesare, 2023, p. 40).

Este camuflaje negacionista amparado en la bóveda de la historia, ha constituido desde sus inicios una de las modalidades prototípicas en que el negacionismo se desarrolla. Pero no es la única. Actualmente el fenómeno de negación de hechos históricos es mucho más amplio, sea respecto de las conductas punibles como de sus elementos constitutivos.

Emanuela Fronza plantea una interesante categorización del negacionismo: 1) de primera generación, vinculado al negacionismo de los hechos históricos, más asociado al fenómeno de negación del Holocausto; 2) de segunda generación, extendido a los restantes crímenes de Estado, que piensa a los negacionismos como discursos de odio; y 3) de tercera generación, más reciente, y que se vincula con los procesos de negación del cambio climático, la pandemia (movimiento antivacunas) y terraplanismo. La primera generación se enfrenta a la verdad histórica; la segunda, a la igualdad como no discriminación –bajo la modalidad de discursos de odio, sobre todo a partir de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2008– y la tercera generación vuelve, como en sus orígenes, a proteger la verdad, ahora *científica* en un contexto particular de posverdad. A la vez, cada una de estas etapas se correlacionan también con diversas estrategias legales para poder darles respuesta (Fronza, 2018, p. 333).

Como vemos, el negacionismo es un concepto complejo y de naturaleza variable con un propósito político. Me interesa traer a escena esta mirada del negacionismo porque visibiliza al momento simbólico posterior al aniquilamiento *como un campo de batalla-como escenario agonal* en las sociedades posgenocidas. A la vez, porque nos permite comprender mejor la disputa sobre la apropiación política del pasado que se esconde en las narrativas negacionistas y que, en rigor, constituyen su motivación fundante. No es una mera revisión de la historia ni una estrategia retórica que puede analizarse con herramientas sociológicas y lingüísticas. Se trata más bien de un fenómeno político en el que no se debe pasar por alto el vínculo cómplice entre el aniquilamiento del ayer y la negación de hoy. El negacionismo no es una opinión como otra cualquiera, ni una visión crítica, ni una re-visión que haya que custodiar.

Mirándolo bien, se trata, siguiendo a Di Cesare, de una declaración política que, al amenazar el pasado, socava el futuro. Es una forma de propaganda política que en los últimos años se ha extendido por el espacio público, involucrando diferentes esferas y asumiendo modos cada vez más insidiosos y violentos. Por tanto, sería un error subestimar su importancia, es decir, los efectos que, más allá de la forma de interpretar la historia del pasado, amenazan a la comunidad interpretativa del futuro (Di Cesare, 2023, p. 13).

Como sabemos, en los últimos años se produjo un reingreso de tópicos y expresiones nuevas de violencia y desprecio hacia determinados grupos y actores sociales que hasta hace un tiempo creíamos que ya no formaban parte de lo decible.

Discursos en la esfera pública que alientan el desprecio, la discriminación hacia el otro, justifican la violencia política y reivindicán los autoritarismos. Las violencias habilitadas en la discursividad social son parte de las representaciones con las cuales miramos al mundo, a nosotros mismos y con las que construimos nuestras relaciones y nuestra acción.

En los discursos de odio confluyen la naturalización de dos tipos de violencias: la opresión (contra minorías, por ejemplo: las disidencias sexo genéricas, los migrantes, las comunidades originarias) y la explotación (lucha de clases). Por eso, porque apuntan a consolidar la subjetividad neoliberal es que es utilizado

prioritariamente por las derechas que pretenden llevar hacia atrás los consensos básicos de impulsar una sociedad más igualitaria.

Al negar el ataque más extremo a la dignidad humana que es el genocidio, se busca generar condiciones de repetición, volver a validar ideas, representaciones y prácticas de exterminio, naturalizando y habilitando nuevas violencias en la discursividad social con una agenda regresiva de derechos. Esta relación con los discursos de odio nos permite además *comprender su peligrosidad* en las democracias actuales y entender por qué enfrentar al negacionismo se convierte en la *madre de las batallas*.

Me interesa entonces señalar que no se puede pensar el negacionismo, en esta modalidad de discursos de odio, por fuera de las políticas de opresión (en el sentido que Lemkin [2008] confiere al acuñar el concepto de genocidio), pero tampoco es posible pensarlo fuera de las políticas de explotación –capitalista– (de desigualdad estructural), y ahí es donde se anudan los viejos negacionismos (de los autoritarismos) con los nuevos negacionismos (del cambio climático, la pandemia, etc.).

Este modo de ver los negacionismos permite explorar por qué se da una conexión entre quienes niegan los crímenes de Estado y a su vez mantienen una agenda regresiva de derechos. Comparto con Di Cesare su análisis de los puntos de contacto entre los negacionistas de los crímenes de Estado y quienes defienden políticas de expulsión, de etiquetamiento y hostigamiento de «nuevos otros negativos».

Dice la autora:

«Antes de enviar a las cámaras de gas los nazis ofrecieron a los judíos al mundo constatando, con gran satisfacción, que nadie los quería. En otras palabras, se creó una condición de completa privación de derechos antes de pisotear el derecho a la vida». Esta reflexión de Hannah Arendt dedicada a Auschwitz, se proyecta a la actualidad. No es casualidad que los negacionistas se beneficien de una política nacionalista que habla de «expulsiones» y «repatriaciones» que tiene un gusto por la marca y el status especial, que señala con el dedo al inmigrante ilegal, al extranjero. Al fin y al cabo, el antisemitismo es el arquetipo de todo internamiento (Di Cesare, 2023, p. 123).

Entonces, lo que tienen *en común* los viejos y los nuevos negacionismos, y esta es la hipótesis que sostengo en la presente investigación, es la *subjetividad neoliberal que los anuda*, los

sedimenta, los alienta y constituye la trama, la motivación fundante para que aquellos se desplieguen. Como afirma Brown:

En este giro significativo en el que el nihilismo se interseca con el neoliberalismo, la libertad es arrancada del habitus de valores tradicionales por el cual debía ser contenido y disciplinada en la formación original neoliberal. La combinación del desprecio neoliberal de lo político y de lo social y una masculinidad herida sublimada, juntos generan una libertad desinhibida que es el síntoma de una destitución ética, aunque por lo general se disfraza de virtud religiosa o de melancolía conservadora de un pasado fantasmático. Esta libertad es expresada paradójicamente como nihilismo y contra el nihilismo, atacando a la vez que culpando a sus objetos de escarnio por la ruina de los valores y el orden tradicionales. Esta es la libertad que el nihilismo pone en liquidación luego de un trabajo de siglos intensificado para el propio neoliberalismo. Esta es la libertad del «quiero porque puedo, porque no creo nada y no soy nada más que mi voluntad de poder» (Brown, 2020, p. 197).

Creo que Brown tiene razón cuando sostiene que el nihilismo deprime la significación de la conducta, la consistencia y la verdad: ya no necesita ser moral, ¡sólo decirlo a los gritos!

III. Conclusión: recuperando a Lemkin

Hemos sostenido que lo que hace el negacionismo estructuralmente es borrar de un plumazo la fragilidad de esa ausencia que nos constituye como comunidad. Porque definitivamente somos esa ausencia, ese dolor y fragilidad de nuestros muertos, pero también somos las luchas y resistencias.

Estamos constituidos por nuestras luchas, nuestras conquistas y derrotas, lo que quedó malogrado, lo que no acabó sucediendo y que construye nuestra identidad más profunda.

Entonces pensar el futuro de la democracia es un camino hacia el pasado: ir hacia atrás para ir hacia adelante tiene que ver con la ampliación de las luchas. No podemos pensar a la democracia sin repensar la igualdad, en verdad sin repensar la asimetría, la desigualdad estructural. El siglo XXI pide a gritos esta ampliación, la demanda de igualdad (incluso en detrimento de la libertad).

En este punto repongo a Di Cesare cuando alerta que la trampa negacionista, más que con el ayer, tiene que ver con el hoy, ese vínculo cómplice entre el aniquilamiento del ayer y la negación de hoy

entre quienes sostienen, además de la negación de los crímenes de Estado, una agenda regresiva de derechos.

Si Lemkin tenía razón y el objetivo del genocidio no son los muertos, sino nosotros –los vivos– no es algo que les sucedió a *otros* en un pasado (que se pretenda clausurar y avanzar hacia un futuro en que no haya rastro del arrasamiento), sino que *nos sigue sucediendo*, se pone de manifiesto en nuestro modo de relacionarnos, de explicar y explicarnos la realidad en la que nos encontramos inmersos. Por eso, el modo de contar eso que nos pasó, de representarlo simbólicamente, no es para nada inocente.

Muy por el contrario, deviene un momento esencial en la disputa por la eficacia genocida, pero también frenar el negacionismo nos permite desarticular la avanzada de nuevas violencias. Negar el pasado para socavar el futuro.

En 2014 obtuve una beca internacional «Raphael Lemkin» para llevar adelante una instancia de investigación en Armenia. Desde ese momento a la actualidad, me vengo preguntando qué significa en su dimensión más profunda ser becaria Lemkin.

Y creo que aquella investigación doctoral, pero también y fundamentalmente el trabajo colectivo que vengo llevando adelante en los últimos años con entrañables compañeros (profundamente comprometido en la defensa de los derechos humanos) en el DECYT que dirijo en la Facultad de Derecho de la UBA sobre esta temática, así como el asesoramiento y acompañamiento a los organismos de derechos humanos en los proyectos de ley por la criminalización del negacionismo en nuestro país, me ayudó a comprenderlo, o, por lo menos, me permitió vislumbrar el recuerdo que relampaguea en el instante de un peligro. Se suele decir que la primera generación de Estudios sobre Genocidio, parafraseando a Alexander Hinton (2016), el mito de origen del concepto de genocidio puede ubicarse en la articulación entre la necesidad de comprender y la necesidad de transformar.

Y sí, creo que es así. Ser becaria Lemkin hoy es intentar comprender para transformar, agudizar los gestos de resistencias como imperativo ético, pensar en una academia al servicio de las necesidades de nuestros pueblos, decir una y mil veces Nunca Más, denunciar las nuevas injusticias en el presente y rendir cuentas de lo que quedó abierto, de lo aniquilado, pero también de lo negado.

Demasiada sangre, demasiado odio para mantenernos indiferentes.

IV. Bibliografía

- Brown, W. (2020). *En las ruinas del neoliberalismo. El ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente*. Ed. Tinta Limon.
- Di Cesare, D. (2023). *Si Auschwitz no es nada. Contra el negacionismo*. Ed. Katz.
- Fronza, E. (2011) “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”. UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 época, n° 5, 97-144.
- Fronza, E, (2018) El negacionismo de tercera generación. ¿De la tutela de la memoria a la tutela de la verdad? *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4/2018, 330-35.
- Hinton, A. (2016). Estudios críticos sobre genocidio. *Revista De Estudios Sobre Genocidio*, 11, 13-26.
- Lemkin, R. (2008). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Ed. Prometeo.
- Luther, J. (2008). El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. Ponencia presentada en el Congreso “*Historia, verdad, derecho*” del 4 de abril de 2008 en Roma. Publicado en *REDCE*, n° 9, enero-junio de 2008, 247-295.
- Vidal Naquet, P. (1994). *Los asesinos de la memoria*. Siglo XXI Editores.

Cicatrices: crisis y desafíos de la democracia hoy

Gonzalo Scivoletto¹

«A menudo se oye decir, refiriéndose a categorías tales como «los eternos incorregibles» o cualesquiera otros términos que puedan utilizar expresiones consolatorias de ese estilo, que en toda democracia existe un residuo de incorregibles o payasos, el llamado lunatic fringe, como dicen en Estados Unidos. Y cuando uno la repite, la expresión conlleva cierta dosis de consuelo burgués quietista. A mi juicio, lo único que puedo responder ante esto es: por supuesto que en todas las llamadas democracias del mundo pueden observarse, en mayor o menor grado, algo de este estilo, pero sólo como expresión de que, por su contenido, por su contenido socioeconómico, hasta la fecha la democracia no se ha concretado de manera real y plena en ninguna parte, sino que ha seguido siendo algo formal. Y en este sentido cabría decir que los movimientos fascistas son los estigmas, las cicatrices de una democracia que hasta ahora no ha conseguido entender debidamente del todo su verdadero sentido».

Theodor W. Adorno²

¹ Doctor en Filosofía (UNLa). Profesor Adjunto de Filosofía y Ética y Negocios (FCE - UNCuyo), y participa en el seminario Temas de Filosofía Política Contemporánea (FFyL – UNCuyo). Director del proyecto de investigación: “La esfera económica en el campo de la Filosofía Social y Política” (SIIP – UNCuyo). Miembro de la Red Latinoamericana de Estudios Sociales Críticos (RELATESC), de la Red Internacional de Ética del Discurso y del Instituto de Filosofía Argentina y Americana (UNCuyo). Codirector de la Revista Ética y Discurso.

² Adorno, Theodor W., Rasgos del nuevo radicalismo de derecha, CABA: Taurus, 2021, pp. 17-18

I. La débil fuerza anamnética

La celebración de los 40 años de democracia en Argentina, desde el fin del Terrorismo de Estado (1976-1983), es una ocasión que en sí misma, como celebración, nos invita a la reflexión. Desde cierto punto de vista, podemos decir que se celebra que durante un período de tiempo bastante breve en la historia de las democracias modernas no se ha interrumpido el curso legal y legítimo de constitución de la voluntad popular. Es decir, «hasta ahora» no se ha «bloqueado» o «secuestrado» la autodeterminación colectiva de una comunidad política. Detrás de ello, detrás de la ganancia y la recuperación democrática, queda además la oscuridad pavorosa de los muertos y de las víctimas que –en muchos casos– sólo encontrarán la reparación respectiva si media la fe en una Justicia que no es de este mundo. «Los muertos están muertos», esa tautología dolorosa con la que Horkheimer responde a Benjamín, impregna a la democracia de un componente trágico, y a la vez de un imperativo moral¹. En este sentido, si esta celebración quiere tener un significado profundo para nuestra generación, no puede ser reducida ni a la solemnidad de los protocolos ni a la alegría vacía de contenido de lo «ya superado».

Este nuevo aniversario de la democracia tiene, además, una coyuntura particular. El triunfo electoral y por ende democrático de La Libertad Avanza implica el cambio –incluso la inversión valorativa– de la eticidad democrática de 1983. Nos encontramos ante un verdadero acontecimiento histórico, una especie de presente puro a partir del cual intentamos contribuir a un debate. El búho de Minerva duerme. Sin embargo, tenemos que pensar este presente.

En este breve ensayo propongo dos cuestiones. En primer lugar, quisiera referirme a este presente inmediato y también local que representa el nuevo gobierno que acaba de asumir el poder, en relación con aquel presente de la primavera democrática. En segundo lugar, quisiera inscribir esa comparación en un contexto

¹ En palabras de Habermas: «La débil fuerza anamnética de una conmemoración colectiva –de manera diferente a lo que ocurre con el juicio de Dios en el Juicio Final– no puede desarrollar ningún efecto retroactivo. No puede expiar la injusticia cometida a los muertos. La justicia que es posible en la Tierra no es una justicia redentora. No obstante, un inconcreto sentimiento moral nos dice que es incorrecto, por mor de las víctimas mismas, cerrar los actos sobre un procedimiento semejante». (J. Habermas, *Mundo de la vida, política y religión*, Madrid: Trotta, 2015, p. 156).

mayor, referido a lo que en la literatura especializada suele denominarse «crisis de la democracia». Al respecto se pueden reconstruir dos grandes narrativas sobre tal crisis: una en clave liberal socialdemócrata y otra en clave populista. Queda para el debate seguir discutiendo tanto sobre el diagnóstico como sobre las posibles salidas para el fortalecimiento de la democracia en su sentido radical.

II. ¿De la solidaridad al individualismo radical?

La democracia tiene una larga historia que se alimenta de acontecimientos y tradiciones diversas, así como de distintas perspectivas teóricas. Por lo tanto, lejos de ser algo obvio y evidente, se trata de una trama compleja de experiencias y significados que configuran una pre comprensión que es imprescindible desentrañar en cada caso. En cada debate, en cada análisis. Si partimos de una concepción republicana y deliberativa, lo primero que debemos señalar son dos rasgos centrales que, a la vez, funcionan como principios regulativos de las instituciones y las prácticas.

Por un lado, el ideal inclusivo. Un sistema es democrático cuando todos los afectados pueden acceder al debate público o a la toma de decisiones sobre los asuntos que les conciernen. En este sentido, el *demos* de la democracia corresponde a la totalidad de la comunidad política que se da a sí misma sus propias normas y cursos de acción. No es una élite, no son «los mejores», no es el Rey Filósofo quien decide, sino la propia comunidad. Esto trae aparejado un viejo-nuevo problema, es decir, un problema recurrente y estructural de todo sistema político que es el de la representatividad de los gobernados¹. Pero también el *demos* representa una parte, «el pueblo» en el sentido de la plebe excluida de esa toma de decisiones. Esta ambigüedad semántica del término *demos* converge en un dispositivo -la soberanía popular-, un «artificio» político creado para ampliar las fronteras de la participación.

¹ Para muchos, la actual crisis económica y política de nuestro país, que ha dado lugar al triunfo del gobierno que acaba de asumir, surge de la «distancia» que separa la realidad cotidiana de los ciudadanos con la de los «políticos». Eso habría hecho permeable en amplias capas de la población el signifiante «casta». Sin embargo, cabe también realizar la pregunta acerca de si lo que la ciudadanía demanda no es tanto la participación o la identificación con sus dirigentes como resultados favorables en términos de expectativas económicas.

Pero, por otro lado, la democracia no se reduce a la lucha por la participación. Al menos desde la perspectiva deliberativa, la participación comporta una serie de exigencias presupuestas en el principio mismo de la deliberación: la escucha, el respeto por los tiempos de la palabra, la obligación de ofrecer razones sobre programas y propuestas, etc. Por lo tanto, hay una dimensión política y epistémica que en la democracia sólo son distinguibles analíticamente. La libertad política es la base del resto de las libertades en la medida en que supone la libertad para participar y para discutir públicamente lo que concierne a todos.

Pero hay otra forma de concebir la democracia, la cual reproduce el modelo del *mercado*. En el mercado, los clientes y consumidores ordenan la oferta conforme a sus preferencias privadas. En la góndola electoral se encuentran exhibidos los productos políticos que el ciudadano jerarquizará según sus gustos. Esos gustos son en parte inescrutables y en parte moralmente incuestionables. Así, cuando un sujeto solicita a otro razones acerca de por qué prefiere este o aquél candidato, la reacción puede conducir a la indignación: «yo hago lo que se me da la gana». La suma agregativa de deseos individuales conduce a un resultado en término de mayorías y minorías, donde la mayoría es autorizada a la aplicación de políticas y programas de gobierno que, en cierto sentido, al menos por un tiempo, también son *incuestionables* porque han ganado la contienda.

En la teoría democrática se discute mucho acerca de si el «voto popular» expresa genuinamente el programa de políticas o incluso el ideario filosófico-político del gobierno electo. Por ejemplo, hay quienes discuten que incluso muchos de quienes votaron en las PASO –esto es, como primera opción– a *La Libertad Avanza* adhieran en su mayor parte a las consignas proclamadas durante la campaña por sus principales referentes políticos¹. Las razones para esta falta de convergencia entre el voto y las ideas se deberían principalmente a que el voto no es simplemente una expresión pura de creencias racionales, sino que en él se incluyen otros elementos coyunturales y

¹ Por ejemplo, afirmaciones acerca de un mercado privado de órganos, la «renuncia» a la paternidad, la privatización de la salud y la educación, el arancelamiento de las universidades, entre otras, no serían –desde esta interpretación– creencias que el votante comparte, y en muchos casos incluso las rechaza abiertamente. Con todo, vota por esa fuerza política que las plantea en la discusión pública.

emocionales. Dicho de una manera simple: el argumento es que el gobierno actual es percibido de forma tan ineficiente y corrupta que la ciudadanía –más allá de «los incorregibles» de toda democracia– estaría dispuesta a votar literalmente a cualquier opción que esté enfrente.

Aunque este argumento es atendible, y si bien es cierto que no es el voto por sí mismo el que puede determinar las creencias y la cultura política mayoritaria, sí es cierto que se trata al menos de un indicador. De hecho, es posible observar que hay una gran mayoría de la población –entre ellos, los más jóvenes– que rechaza el sistema político por considerarlo una «casta» privilegiada alejada de la realidad cotidiana, que trabaja para sí misma, que siempre se acomoda y cae bien parada, mientras el pueblo sufre por su ineficiencia y su corrupción. También es cierto que gran parte de la población considera que la «casta» se extiende más allá de las estructuras formales del Estado, hacia las instituciones públicas en general. Así, por ejemplo, los ataques a la ciencia (CONICET), a la universidad pública e instituciones de la cultura (INCAA) realizados desde el núcleo del sistema de medios de comunicación hacen eco en la población, e incluso trabajadores estatales que desempeñan roles técnicos en la administración pública son vistos como usurpadores de un lugar que le corresponde al ciudadano «de bien», que paga sus impuestos y con ello «mantiene» a parásitos estatales. Así, recoge una enorme cantidad de defensores el argumento de que la crisis económica que atraviesa el país es producto de tales parásitos y de que *no hay alternativa al despido masivo de empleados estatales* y a la privatización de las empresas públicas. El voto, entonces, sí expresa un clima de época, una cultura política y una representación de lo que la democracia debe ser. El error de muchos deliberativistas y demócratas republicanos, y tal vez de las izquierdas en general, es no comprender la magnitud y la profundidad de esta cosmovisión política que atraviesa todo el espectro social, y responder con un discurso moralizante a lo que subyace siempre en toda transformación social: las condiciones materiales –sobre todo las derivadas de las mutaciones del mundo del trabajo y los ideales inmanentes a esa transformación–. (Siempre hemos de recordar que la crítica a la idea de progreso de Benjamín está anclada en una teoría y praxis *socialdemócrata*).

Es cierto que, si nos remitimos al momento fundante de la democracia que hoy celebramos, nos embarga –al menos a algunos– la nostalgia de un discurso que se encuentra en las antípodas del vencedor actual. Si, como es de público conocimiento, el flamante presidente ubica a Alfonsín como el *peor* presidente de la democracia, no es sólo –ni siquiera principalmente– por su fracaso económico. En el prólogo a un libro de Nino, Alfonsín escribe:

«La concepción de una sociedad justa supone un pacto social que se articula a través de la proyección de dos principios: el de la libertad y el de la igualdad. En este sentido, es necesario tener presente que el valor de la libertad depende de cómo ella está distribuida y que el valor de la igualdad depende de qué es lo que se distribuye en forma igualitaria. Por un lado, todos tienen el mismo derecho a gozar efectivamente de la libertad; por otro, la distribución igualitaria debe comprender todos aquellos recursos necesarios para el ejercicio de la plena libertad. De este modo, la aparente tensión entre libertad e igualdad se supera a través de una distribución igualitaria de la libertad.

Este es el núcleo de una ética de la solidaridad. La libertad equitativamente distribuida implica el deber de mejorar la situación de los menos favorecidos. Supone además un enfoque amplio de los derechos humanos. Ellos se violan no sólo por agresiones directas sino también por la omisión de proporcionar los recursos para una vida digna y autónoma. Ese es el sentido que prima en las mejores expresiones de una cultura política contemporánea, que ven a la democracia como una combinación superadora de tradiciones ideológicas y que amalgama, en una valoración ética de la vida, los aportes del liberalismo, el socialismo y el pensamiento humanista.»¹

Con sólo subrayar términos como «solidaridad», «igualdad», «socialismo», etc., ya podemos advertir el cambio de época. O, al menos, la distancia entre ese presente de la primavera democrática y el actual. El hecho de que el propio Alfonsín se refiera a la cultura contemporánea como una amalgama entre liberalismo, socialismo y humanismo, refuerza la percepción subjetiva de un abismo infranqueable. Y no es necesario repetir aquí las afirmaciones que se han viralizado, en sentido literal, acerca de la justicia social como aberración, o de la tortura y el asesinato como meros excesos de una «guerra justa». Con todo, creo que debemos evitar el relato

¹ Alfonsín, Raúl, «Prólogo. Carlos Nino jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática», en Carlos S. Nino, Juicio al mal absoluto, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, pp. 37-38

decadentista que no es otro que una inversión de la idea de progreso, y por lo tanto de una forma de filosofía de la historia.

III. Dos narrativas sobre la «crisis de la democracia»

Hablar hoy en día de que la democracia está en crisis es un lugar común. Existe una abundante literatura –tanto de ensayo político como académica– que gira en torno a esta cuestión. Para ello se usan diferentes significantes: desconsolidación, erosión, desdemocratización, posdemocracia, regresión, etc. Cada uno de estos conceptos resalta aspectos de un fenómeno común. La idea general es que hemos ingresado en una etapa de las democracias occidentales –en general desde el ascenso de Donald Trump y el populismo de derecha radical europeo y latinoamericano, al que se suma ahora Argentina– en la que la democracia en su sentido más radical se ha convertido en una fachada. Las instituciones funcionan, los sistemas electorales son más o menos transparentes, la ciudadanía elige a sus representantes, hay libertad de expresión, la división de poderes está en términos generales consolidada, etc. Sin embargo, las decisiones más importantes parecen estar ya tomadas de antemano. Esta idea de una «fachada» democrática produce un clima inquietante, mezcla de indignación y apatía que retroalimenta las transformaciones del mundo del trabajo y la comunicación que paradójicamente exacerban el aislamiento y el comportamiento tribal. El politólogo brasileño M. Sevyabricker¹ ha analizado estos discursos en torno a la crisis de la democracia, y concluye que podemos encontrar dos grandes narrativas sobre esta crisis y consecuentemente sus posibles respuestas o salidas.

En una serie de libros *best-sellers*, Sevyabricker² reconstruye el núcleo de un relato regresivo respecto de las democracias occidentales. En todos ellos se parte de un diagnóstico en el cual la democracia se encuentra amenazada o erosionada desde su núcleo interno. Los síntomas de este malestar pueden ser resumidos en el aumento del abstencionismo electoral, la caída en las filiaciones partidarias y la pérdida de confianza en las instituciones y en los políticos profesionales. Estos fenómenos no son del todo nuevos, sin

¹ Sevyabricker Moreira, Marcelo, “Democracias no século XXI: causas, sintomas e estratégias para superar”, em Luna Nova, São Paulo, 2020, 111: 15-49

² Los autores abordados son: Castells, Levitsky-Ziblatt, Mounk, Runciman, Snyder y Streck.

embargo, al diagnóstico de la crisis de representatividad tradicional en la teoría política se suma la manipulación de la opinión a través de *fake news* que circulan por las plataformas privadas de uso público de las redes sociales. Pero a este factor estrictamente político se le suma el malestar económico: aumento del desempleo y la desigualdad, cambios en las condiciones de trabajo, retirada del Estado de bienestar –o lo poco que quedaba de él–.

Lo que alarma a esta visión de la crisis de la democracia es que la salida es buscada por medio de *outsiders* con rasgos autoritarios, con la habilidad y los recursos necesarios para capitalizar el sentimiento *anti establishment* de la ciudadanía. El riesgo, entonces, sería el autoritarismo expresado en líderes populistas. Ejemplos emblemáticos de este enfoque, en la tradición deliberativa, los encontramos recientemente en los libros de Cristina Lafont¹ y de Arato-Cohen². Lo que preocupa a estos autores, en términos generales, es la erosión de la discusión pública por medio de una construcción verticalista y antipluralista de la agenda pública con una fuerte impronta conservadora y de desprecio de las minorías. Lo que no se aborda del todo –a mi juicio– es por qué las masas excluidas adhieren en gran medida a un discurso que reproduce y exacerba las condiciones de desigualdad que produce la crisis de representatividad en primer lugar. En otras palabras, la demanda clásica de mayor participación y deliberación tiene un carácter de legitimidad incuestionable, pero no parece ser *efectiva* esa realización desde el punto de vista de la crisis de la democracia. ¿Qué es lo que falta en nuestro análisis?

Las respuestas socialdemócratas clásicas que ponen únicamente el acento en la participación han demostrado ser, desde el punto de vista práctico, una respuesta más bien cándida frente a la fase del capitalismo tardío en la que nos encontramos. Sin ese marco de análisis, nuestras propuestas y activismo quedan girando sobre consignas correctas, pero inocuas. Así, volviendo al artículo de Severybricker, las posibles salidas indicadas por algunos de esos principales *best seller* de las ciencias políticas parecen resumirse en tres líneas de acción: la primera, apunta a una especie de «catecismo

¹ Ver, Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa, Trotta: 2021

² Ver, Populism and Civil Society. The Challenge to Constitutional Democracy, Oxford University Press, 2022

cívico». Debemos educar al pueblo, formarlo en competencias ciudadanas que lo prevenga de ser seducido por los encantos de líderes autoritarios y mesiánicos. La segunda línea apela al sistema político para salvar el sistema político. Esto es, sería el rol de las élites políticas y económicas generar ciertas condiciones de consenso mínimo que inmunice el aterrizaje de *outsiders* que ponen en riesgo la estabilidad de todo el sistema. Por último, queda también una concepción vinculada a la socialdemocracia europea clásica que apunta más al centro del problema, pero que se queda en una mirada nostálgica de un Estado de bienestar que ya no existe y que, tal vez, sea imposible de reconstruir.

La segunda narrativa sobre la crisis de la democracia la encontramos en la izquierda democrática radical de autores como Nancy Fraser¹ o Wendy Brown², entre muchos otros. En esta línea, el análisis sobre la etapa actual del capitalismo y sus contradicciones internas parece mucho más ajustado a la realidad y explica en gran medida –sin entrar en los detalles discutibles– el marco sobre el cual opera dicha crisis. En otras palabras, aborda las condiciones generales de la subjetivación que hace que ciudadanos desplazados, marginalizados y precarizados por el sistema opten por liderazgos que aceleran con mayor fuerza dichas condiciones. Sin embargo, no hay aquí una salida clara o una respuesta posible como curso de acción. Vagamente, la salida que se indica es de orden inverso a la que preocupa: es decir, el remedio al populismo radical de derecha no es otra que otro populismo, pero de izquierda.

La sobresaturación del concepto de populismo sin duda es un síntoma del momento en que nos encontramos estos 40 años de democracia. Para algunos, como para el propio Alfonsín y la socialdemocracia, el populismo es una patología, pero su origen y su encanto se inscribe en un relato moralizante: bastaría con tener políticos honestos y democráticos y pueblos educados para curarnos. Para otros, el populismo es la única vía para una transformación real que, o nos lleve al paraíso futuro del socialismo, o al paraíso perdido del liberalismo de 1860. Y en eso estamos.

¹ Ver, entre otros, ¡Contrahegemonía ya! Por un populismo progresista que enfrente al neoliberalismo, Siglo XXI, 2021; Capitalismo caníbal, Siglo XXI, 2023

² Ver, En las ruinas del neoliberalismo: el ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente, Tinta Limón, 2020

La construcción de legitimidad del Poder Judicial: una asignatura pendiente del Estado de Derecho

Dante Marcelo Vega¹

I. Por acordada del 10 de septiembre de 1930 la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló el golpe militar de José Uriburu. En el texto denominó al dictador «Presidente de la Nación»; a la asonada le dio el título de “gobierno *de facto*” y a los “actos de gobierno” del Régimen los consideró legítimos *a futuro* con el argumento aparente de la necesidad de atender los asuntos urgentes del Estado. En rigor, eran los propios golpistas quienes habían creado esa necesidad.

Este suceso histórico constituyó el puntapié inicial de lo que se denominaría *doctrina de facto*, un *corpus* de teoría y jurisprudencia que duraría hasta el comienzo de los años noventa y que lograría asimilar los gobiernos legítimos con los ilegítimos. Las facultades de los (mal denominados) *gobiernos de facto*, en un principio acotadas a los «asuntos urgentes» de la cosa pública, terminaron extendiéndose a todos los aspectos de la vida nacional. Su *desiderátum* fue la convalidación del terror Estatal que comenzó con la ampliación de la jurisdicción militar sobre la población civil implementada por el «Plan Conintes» y llegó hasta la declaración de constitucionalidad de las leyes de impunidad en el año 1987 y de los indultos en 1989 y 1990.

En su estrategia golpista, las dos primeras dictaduras militares directamente ignoraron al Poder Judicial. Sólo se limitaron a remover a un puñado de jueces y fiscales por filiación partidaria. En cambio, el golpe de 1955 cesanteó a la cúpula del Poder Judicial federal y de las provincias y «puso en comisión» a toda la magistratura. Esta singular

¹ Profesor Jefe de Trabajos Prácticos Facultad de Derecho UNCuyo. Fiscal Federal General de Cuyo. Actuación en más de 20 juicios por delitos de lesa humanidad.

medida implicó la pérdida de la estabilidad en el cargo y la consecuente posibilidad de remoción por simple decreto y, pese a su grosera inconstitucionalidad, fue avalada por la Corte Suprema en 1958 en el fallo «Sagasta». Se calcula que la dictadura de 1955-1958 terminaría cesanteando al setenta y cinco por ciento de los magistrados. La dictadura de Onganía también descabezó a las cúpulas judiciales, pero no implementó ninguna purga entre sus integrantes, quizá por advertir tempranamente que contaba con su apoyo tácito o expreso. El «Proceso de Reorganización Nacional» también cesantó a las cúpulas judiciales y removió a algunos jueces y fiscales, pero encarceló a otros y hasta secuestró a una fiscal federal que permanece desaparecida.

II. Las dictaduras se concentraron en disolver los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en tanto que en el Poder Judicial se impuso la *continuidad* en el ejercicio de los cargos. Desde comienzos de la organización nacional este estamento estaba reservado al «patriciado», que por otro lado era la única clase social que por entonces podía acceder a la universidad. Pese a que el ejercicio de la magistratura era generalmente el trampolín para ocupar otras posiciones de poder o para desempeñarse en el sector empresario, la función judicial (sobre todo en el fuero federal) era bien considerada, al igual que la militar o la eclesiástica.

El estamento judicial atravesó incólume las sucesivas transiciones entre democracias y golpes de Estado, y logró formar una burocracia indiferente al respeto por el Estado de Derecho. La independencia siempre fue invocada como excusa por este sector para resistir cualquier cambio y poder transitar sin contratiempos esas transiciones. Los juzgados civiles no se enteraban de los cambios políticos y los penales empleaban el mismo ritualismo para resguardar o suspender las garantías individuales según el momento político imperante.

III. El fenómeno de la continuidad judicial se planteó en toda su dimensión durante la última transición en 1983. La ilegalidad extrema en que había incurrido el «Proceso de Reorganización Nacional» ponía al descubierto la complicidad judicial, requisito esencial para la imposición del terror sobre toda la población. Ningún juez de ese período, sobre todo los del ámbito penal federal (fuero en el que tramitaron los *habeas corpus* y los sumarios derivados de la «lucha

contra la subversión») podía alegar seriamente haber desconocido lo que ocurría alrededor. Aunque existieran diversos grados de intervención, lo que es seguro es que ninguno merecía ser convalidado sin más por el régimen democrático. El primer desafío que enfrentó Alfonsín y sus asesores jurídicos consistió en la respuesta que el Estado democrático debía dar a la represión ilegal, tema en el que por cierto estaba involucrada la magistratura. A pesar de ello, el Presidente decidió convalidar a la mayoría de los jueces y fiscales que venían del «Proceso», fuesen o no designados por los militares. Sólo se renovó la totalidad de la Corte Suprema, la Cámara Federal de la Capital y los juzgados federales con competencia electoral. Tuvo lugar entonces otro fenómeno, íntimamente vinculado con la continuidad, que podría denominarse *adecuación*. Como ocurrió desde 1930 en adelante, los jueces que en la última dictadura habían jurado por el Estatuto del «Proceso» se transformaron una vez en democracia en defensores de la Constitución y la legalidad.

IV. En los noventa tuvo lugar un recambio generacional en los cuadros judiciales. El paso del tiempo contribuyó a que se olvidara el pasado dictatorial de varios jueces y fiscales que aún permanecían en sus cargos (a fin de cuentas, si no se perseguía a los perpetradores menos aún debía perseguirse a sus burócratas). Con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación en 1992, Argentina perdió otra oportunidad de renovar la magistratura en base a criterios de formación académica y vocación democrática. La catarata de nuevos cargos que acarreó su implementación (fenómeno en el que quizá se encuentre la razón última de la reforma) fue aprovechada por el menemismo para incorporar a varios de sus partidarios o recomendados, quienes ingresaron prácticamente sin control del Senado.

El poder político vació de contenido al Consejo de la Magistratura, que nunca administró los recursos de la justicia como ordena la Constitución Nacional ni contó con la autonomía necesaria para la designación de los magistrados. En ese contexto el Presidente Kirchner anunció una «autolimitación» del Poder Ejecutivo en la designación de jueces y juezas, quienes a partir del dictado del decreto respectivo debían rendir un examen a tal fin. El Consejo salió de su letargo y debió articular a las apuradas los mecanismos para evaluar a los postulantes, para lo cual dictó una maraña de disposiciones internas, contradictorias y plagadas de arbitrariedades.

Tuvo lugar entonces una etapa *difusa* (por llamarla de algún modo) en la selección de cargos que se replicó en el ámbito de la Procuración y de la Defensoría General y en distintas provincias.

Sin una definición clara de los parámetros de evaluación, la selección de magistrados siguió siendo tan arbitraria como antes, aunque ahora *más lenta*. El mecanismo se transformó en un pantano en el que se cruzaban influencias políticas y proliferaban las llamadas «operaciones» de diversos sectores, incluidos los servicios de inteligencia y la prensa. Todos se sentían autorizados para opinar sobre la suerte de la candidata o candidato, quien a su vez era presa de un tira y afloja entre sectores o personas a las que, a veces, ni siquiera conocía. En esta maraña de influencias verdaderas y falsas, el tiempo para cubrir los cargos se multiplicó al menos por tres y el Poder Judicial de la Nación ya nunca más pudo cubrir su planta permanente. Se abusó de la figura de los *subrogantes* y, para peor, la Corte decidió tácitamente no cumplir con la ley de ingreso democrático; a diferencia de la Procuración de la Nación, la Defensoría General y las provincias que implementaron requisitos de ingreso igualitarios.

V. El examen de ingreso a la Magistratura hoy se encuentra consolidado, aunque sigue siendo perfectible. El concurso no garantiza necesariamente probidad, aunque sí cierta horizontalidad y, a fin de cuentas, es lo que ha permitido el nombramiento de varias personas que no habrían accedido con el viejo sistema. Sin embargo, aún no se concreta el acceso verdaderamente igualitario a los cargos. El camino que debe transitar cualquier candidata o candidato en rigor es una peregrinación tortuosa que se inicia desde el mismo examen y evaluación de antecedentes hasta el decreto de designación. Tampoco es ajeno a este tema el «techo de cristal»: de acuerdo con un informe de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación las mujeres representan el 57% de la dotación total de la justicia argentina, pese a lo cual el 61 % de ellas son funcionarias y solo el 30% accede a los cargos de máxima jerarquía.

VI. La crisis de legitimidad del Poder Judicial es la principal asignatura pendiente del Estado de Derecho. Es el poder político el que debe encarar una reforma del estamento judicial que no solo implemente el sistema procesal acusatorio en todo el país (el reclamo hoy de moda) sino que además asegure que el Consejo de la

Magistratura administre de una vez por todas el presupuesto judicial, defina pautas claras en la designación de candidatos e implemente mecanismos de control rigurosos sobre su actividad. Hay otros temas urgentes en esa agenda como la redefinición del recurso extraordinario federal, la confección de un mapa judicial coherente y la integración de la totalidad de los puestos judiciales vacantes. Lo que es seguro es que, de no implementarse cambios, la ciudadanía seguirá desconfiando de su servicio de justicia.

Las heridas invisibles del Terrorismo de Estado

Josefina Ignacio¹
Selva Nazaruka²

I. Desarrollo

En este año que conmemora los cuarenta años de democracia en Argentina, es imprescindible reflexionar sobre los desafíos que enfrentamos como sociedad al recordar el pasado oscuro marcado por el terrorismo de Estado. La instauración de la democracia en 1983 representó un retorno a los principios fundamentales de derechos humanos y justicia, pero también resalta la necesidad de abordar de manera integral la memoria histórica, especialmente en lo que respecta a las experiencias silenciadas de mujeres y disidencias.

Durante aquellos años de represión, las mujeres y las personas disidentes fueron víctimas de desapariciones, torturas, violaciones y

¹ Licenciada en Ciencias Políticas, Universidad del Salvador. Comisionada del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, en representación de la Sociedad Civil. Integrante de la Asociación Pensamiento Penal, con participación en su mesa Ejecutiva y en el Área de Políticas Penitenciarias. Trabajó en el diseño y puesta en funcionamiento del programa piloto de Comité para la Prevención y Solución de Conflictos en la Unidad XV de Batán. Experta en la realidad carcelaria y posibles alternativas al modelo penitenciario actual, también sobre Derechos Humanos y prevención de la tortura}. Brinda capacitaciones sobre prevención de la tortura y malos tratos con perspectiva de género a Servicios Penitenciarios.

² Feminista. Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (2017). Mediadora egresada de la Asociación Civil de Mediación y Gestión de Conflictos HUMANITA (2017). Diplomada en Género por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (2019). Posgraduada en Feminismos y la Cuestión Criminal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Comahue, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca y la Asociación Pensamiento Penal (2021). Maestranda en Criminología, Seguridad y Justicia Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral.

otras formas de violencia que, lamentablemente, han sido invisibilizadas por la historia oficial. La conmemoración de estos cuarenta años nos brinda la oportunidad de poner en el centro de la discusión la importancia de sostener y promover una perspectiva de género en todas las esferas de las políticas públicas de memoria, verdad y justicia.

Es crucial reconocer que la violencia sufrida por mujeres y disidencias durante el terrorismo de Estado no solo constituyó un fenómeno sistemático, sino que también revela la necesidad imperante de abordar las distintas formas de opresión y discriminación que persisten en nuestra sociedad. Al abrazar la perspectiva de género en estas políticas, no solo contribuimos a la reparación histórica de las víctimas, sino que también trabajamos hacia la construcción de una sociedad más justa e inclusiva.

Pretendemos destacar la importancia de no solo recordar los cuarenta años de democracia, sino de cuestionar y transformar la narrativa histórica para dar voz a aquellos sectores de la población que han sido marginados y silenciados. La visibilización de las experiencias de mujeres y disidencias durante ese período sombrío resulta crucial para construir una memoria colectiva completa y justa, y para asegurar que la democracia que celebramos hoy aborde de manera integral las distintas dimensiones de la justicia y la equidad.

En las páginas oscuras de la historia argentina, la última dictadura militar, que gobernó entre 1976 y 1983, dejó cicatrices imborrables en la memoria colectiva. Sin embargo, más allá de la narrativa convencional, existe una faceta menos explorada: la experiencia de las mujeres durante aquellos años de represión y silencio.

En el trasfondo de la brutalidad de la última dictadura argentina, las experiencias de las mujeres detenidas emergen como relatos silenciados e invisibles. La represión durante este oscuro capítulo no solo atacó la libertad y la dignidad, sino que también manifestó formas específicas de violencia de género.

Las mujeres detenidas enfrentaron condiciones de alojamiento particularmente atroces, siendo víctimas de torturas sexuales, físicas y psicológicas, amenazas hacia sus hijos e hijas o embarazos, desnudez forzada, partos en cautiverio, robos de sus hijos e hijas e innumerables violencias. Este tejido de violencia de género no solo buscaba el quebrantamiento psicológico de las detenidas, sino

también perpetuar la subyugación de la identidad femenina a través del control y la humillación.

La violencia de género ejercida sobre los cuerpos de las mujeres resulta en sí misma, como apunta Rita Segato, un acto domesticador.

«La violación, la dominación sexual, tiene también como rasgo conjugar el control no solamente físico sino también moral de la víctima y sus asociados. La reducción moral es un requisito para que la dominación se consume y la sexualidad, en el mundo que conocemos, está impregnada de moralidad.» (Segato, 2018: 47).

En este sentido, el artículo «Subversivas: Malas madres y familias desnaturalizadas» aborda la perspectiva familiarista de la última dictadura militar argentina (1976-1983) sobre las mujeres militantes de organizaciones político-militares. Destaca que las mujeres fueron etiquetadas como «malas madres» debido a su participación en actividades políticas consideradas subversivas por el régimen. La noción de maternidad fue utilizada para estigmatizarlas, ya que se las acusaba de «abandonar» a sus hijos e hijas y ponerlos en «peligro» debido a su participación en la subversión.

La dictadura militar argentina empleó la maternidad como un mecanismo de discriminación y violencia hacia las mujeres que participaban en actividades políticas consideradas subversivas. Estas mujeres fueron consideradas «desnaturalizadas» por apartarse de la noción de maternidad que el régimen pretendía imponer, lo que justificó la apropiación ilegal de sus hijos e hijas. Este enfoque pone de manifiesto la instrumentalización de la maternidad como una herramienta para castigar y estigmatizar a las mujeres que desafiaban el orden establecido durante la dictadura militar en Argentina.

Existe una premisa que afirma que lo que no se menciona tiende a quedar relegado al olvido. A pesar del riesgo inherente de adoptar un enfoque sensacionalista, resulta crucial abordar el tema en cuestión. Para ilustrar este punto de manera concreta, tomemos la entrevista concedida por una mujer que experimentó innumerables actos de violencia durante la última dictadura militar:

«M. L.: En medio de la tortura me llamaban 'hija de puta', 'puta montonera', '¿En cuántas orgías estuviste?', '¿Cuántos abortos te hiciste?'. Esto es algo que me repetían varias veces. '¿En cuántas orgías estuviste?' Y aún más, '¿Cuántos abortos te hiciste?'. Incluso, algunas cosas eran exclamaciones destinadas a desestabilizarme,

pero en cuanto al tema de los abortos, me lo preguntaban y luego hacían un silencio, como esperando que respondiera. Yo no me había sometido a ningún aborto, y realmente no entendía por qué me lo preguntaban. Creo que la cuestión de los abortos era considerada el summum de la degradación, ¿verdad? Ser tildada de puta, acusada de haber compartido encuentros íntimos con muchos hombres en orgías y además haberse sometido a varios abortos. Ese era el estigma impuesto a la imagen de la mujer militante, un modelo demonizado que los perpetradores tenían arraigado en sus mentes» (Entrevista a Miriam Lewin, 2012).

De esta manera, el quebrantamiento trascendía lo físico para adentrarse en lo psicológico. Los genocidas y torturadores buscaban doblegar a las mujeres que desafiaban los roles patriarcales, silenciándolas a través de innumerables vejámenes acompañados por insultos degradantes para cualquier ser humano, pero aún más despiadados para aquellas que se encontraban en el punto máximo de vulnerabilidad humana.

La violencia sexual experimentada por las mujeres durante el terrorismo de Estado no fue un fenómeno aislado ni reciente. Su presencia se manifiesta de manera dual: como expresión de la violencia masiva contra los militantes populares y como una manifestación de violencia de largo alcance sobre los cuerpos de las mujeres. Las mujeres militantes eran consideradas «doblemente subversivas», desafiando no solo el orden social sino también los estereotipos impuestos por los militares sobre la familia occidental y cristiana. En el documental «La memoria de los Cuerpos», Ana Oberlin dispuso:

«Se instauró en Argentina una dictadura... A partir de ese momento buscaron garantizar la hegemonía de un modelo de país y modelo sexogenérico. Para los varones estaba reservado el ámbito público, el afuera, y para las mujeres el ámbito privatizado, donde los roles no podían transgredirse. No había espacio para las disidencias. Las mujeres que militan tienen en particular esa característica de ser dos veces trasgresoras porque, por un lado, están trasgrediendo ese orden que vino a imponer el terrorismo de estado en nuestro país, pero también trasgredían con sus militancias justamente ese otro orden patriarcal que las quería en sus casas, madres, cuidadoras básicamente».

La noción de «abandono» de su rol maternal y de «peligro» asociada a estas mujeres, junto con la apropiación ilegal de sus hijos

e hijas, revela la instrumentalización de la maternidad como una herramienta de represión y control.

«La metáfora de la nación como familia se completa con la metáfora de la subversión como enfermedad: debe 'salvarse' a la familia de la 'infiltración subversiva', evitar el 'contagio' de la 'enfermedad moral', para restaurar 'el orden natural', los valores del 'ser nacional', y salvar así a la sociedad toda» (Regueiro, 2015, p. 450).

Esta reflexión nos lleva a cuestionar cómo las estructuras de poder utilizan la maternidad y la familia como mecanismos de control social, y cómo la discriminación de género se entrelaza con la violencia política. Además, nos invita a reflexionar sobre la importancia de reconocer y visibilizar estas formas de violencia de género en contextos de represión política, así como a promover la justicia y la reparación para las mujeres y sus familias que fueron víctimas de estas prácticas durante la dictadura militar en Argentina.

Esta violencia de largo alcance contribuye a explicar la reticencia a escuchar y respaldar a las mujeres que desean compartir sus testimonios. No es sorprendente, incluso en la actualidad, escuchar discursos culpabilizantes hacia las mujeres víctimas de abuso sexual, ya sea por su personalidad, vestimenta, entre otros aspectos. En numerosas entrevistas a ex detenidas dadas en el documental «La memoria de los Cuerpos», al abordar el tema de la violencia de género, muchas respondían mencionando que lo que más ha costado fue denunciar y hablar sobre la violencia sexual por la vergüenza y el daño psicológico que les había generado sufrir torturas sexuales.

La estigmatización como malas mujeres, ciudadanas, el uso peyorativo del verbo «politizadas» se encontraba íntimamente vinculado al rol que el patriarcado más aprecia y busca sostener: la maternidad. Por eso aquellas madres militantes fueron estigmatizadas por «malas madres» y el resultado más atroz de esta afirmación: el robo de los y las bebés nacidos en cautiverio.

Así, muchas de estas mujeres embarazadas fueron mantenidas en cautiverio hasta dar a luz, y posteriormente sus hijos e hijas fueron expropiados y dados en adopción ilegalmente, a menudo a familias afines al régimen militar. Esta expropiación de bebés no solo representó una violación de los derechos humanos fundamentales de las mujeres y de sus hijos e hijas, sino que también fue una forma

de control social y una herramienta para castigar y silenciar a los opositores políticos.

La expropiación de bebés no solo tuvo un impacto devastador en las vidas de las mujeres que fueron víctimas de esta práctica, sino que también tuvo consecuencias a largo plazo para los y las niños y niñas que fueron separados de sus familias biológicas. Este tipo de violencia de género, que incluye la estigmatización, la violencia sexual y la expropiación de bebés, representa una faceta oscura y profundamente perturbadora de la dictadura militar en Argentina, y destaca la importancia de reconocer y abordar estas formas de violencia en el contexto de la represión política.

Pese a lo difícil que significó luchar ya en democracia por el reconocimiento de los hechos sufridos, las víctimas de abusos sexuales tuvieron reconocimiento de tipo judicial. Los perpetradores fueron llevados a juicios orales y públicos, logrando que los delitos de índole sexual fueran reconocidos como crímenes autónomos de lesa humanidad en el caso «Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones» (Expte A-81/12). Este reconocimiento marca un hito significativo al establecer claramente los delitos sexuales como violaciones autónomas de los derechos humanos, representando un paso crucial en el reconocimiento y la reparación de las injusticias sufridas por las mujeres durante ese oscuro período histórico.

No obstante, la invisibilidad persistente de estas experiencias, en la posdictadura se ha perpetuado un segundo cautiverio para estas mujeres. Se enfrentan a la indiferencia de las investigaciones, relatos distorsionados y, hasta hace poco, la carencia de políticas reparatorias adecuadas. La reapertura de los procesos judiciales, aunque tardía, ha permitido poner de manifiesto la violencia específica sufrida por las mujeres detenidas, especialmente en el ámbito sexual.

Es esencial reconocer que, a pesar de que las denuncias por violencia sexual estaban presentes en los informes de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y resonaron durante el Juicio a las Juntas Militares de 1985, estas voces fueron soslayadas, dejando a las víctimas en un limbo de silencio y desatención. Es fundamental subrayar que los delitos contra la integridad sexual, que incluyen la violencia de género sistemática,

quedaron fuera de las leyes de obediencia debida, Punto Final e indultos promulgados en las décadas posteriores.

La memoria presente se erige como un compromiso indeleble, un llamado a evitar que los hechos caigan en el olvido y, más crucial aún, a visibilizar aquellos fragmentos de la historia que aún carecen de la significancia que merecen. A cuarenta años de la recuperación de la democracia, como sociedad pluralista, hemos logrado avances notables en el respeto y reconocimiento de los derechos humanos, especialmente para sectores históricamente vulnerados, entre ellos, nosotras, las mujeres.

Sin embargo, la memoria presente va más allá de la conmemoración. Significa la firme voluntad de sostener los derechos conquistados y de emprender la lucha por aquellos que aún esperan ser alcanzados. Busca transformar las políticas de género en políticas de Estado, enfatizando que ningún género es más valioso que otro. Las aberraciones que miles de mujeres enfrentan a diario en nombre del patriarcado, bajo la premisa del «deber ser», resultan inaceptables.

La memoria, la verdad y la justicia deben extenderse no solo a quienes padecieron torturas y malos tratos durante la última dictadura militar, ni únicamente a los niños robados de los brazos de sus madres, buscando recuperar su identidad. También deben abrazar a aquellas mujeres que, incluso en plena democracia, continúan siendo víctimas de violencia respaldada por la estructura patriarcal.

La deuda con la historia de las mujeres que fueron víctimas de la dictadura persiste, y su legado nos exige continuar la lucha en pos de una sociedad justa y equitativa.

En este año en que celebramos los cuarenta años de democracia en Argentina, es fundamental reflexionar sobre la importancia de visibilizar y acompañar a las víctimas del terrorismo que marcaron una época oscura en nuestra historia. La consolidación de un régimen democrático en 1983 representó el retorno a los principios fundamentales de derechos humanos y justicia, pero también nos exige recordar y respaldar a aquellos y aquellas que sufrieron durante los períodos autoritarios.

La visibilización de las experiencias de quienes padecieron el terrorismo de Estado no solo contribuye a la construcción de una memoria colectiva más completa y veraz, sino que también honra la lucha por la verdad y la justicia. Acompañar a las víctimas, escuchar sus testimonios y reconocer el impacto de esos años oscuros en sus vidas es esencial para el proceso de reconciliación y para garantizar que no se repitan episodios similares en el futuro.

II. Bibliografía

- Álvarez, V. (2015). Género y violencia: Memorias de la represión sobre los cuerpos de las mujeres durante la última dictadura militar argentina. *Nomadías*, (19). Recuperado a partir de <https://nomadias.uchile.cl/index.php/NO/article/view/36763>
- Casas J. L. – Espíndola, A. M. Avances en la visibilización de los delitos sexuales cometidos durante la última dictadura militar en Argentina. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/documenta43141.pdf>
- La memoria de los cuerpos - Canal Encuentro. (2021). Documental disponible en: https://www.google.com/search?q=documental+dictadura+violencia+sexual+argentina&oq=documental+dictadura+violencia+sexual+argentina&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIKCAEQABiiBiJBTKCAIQABiABBiiBDIKCAMQABiABBiiBNIBCDY3NzhqMGo0qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:d4724fbf,vid:DKyqdis0G5o,st:0
- Regueiro, S. A. (2015). Subversivas: Malas madres y familias desnaturalizadas. *Cadernos Pagu*, (44), 423-452.
- Segato, R. L. (2018). La guerra contra las mujeres. *Política y Sociedad*, 55(2), 639-643.

Democracia y confianza en el sistema judicial: urge la implementación del juicio por jurados en la justicia nacional y federal

Analía Verónica Reyes¹

I. La democracia y el juicio por jurados

El 30 de octubre de 1983, el entonces presidente electo Raúl Alfonsín le dijo a todo el pueblo argentino que iniciábamos una nueva etapa: «*Acá hemos ido a una elección, hemos ganado, pero no hemos derrotado a nadie, porque todos hemos recuperado nuestros derechos*».²

De eso se trata la democracia, del respeto y garantías de los derechos de las personas. Vivir en democracia es igual a Estado de derecho. En ese momento histórico que se consagró el 10 de diciembre de 1983 con la asunción del líder de la Unión Cívica Radical, el país le dijo «Nunca más» a la censura, a la persecución y al terror.

Efectivamente fue el inicio de una nueva etapa en la que los valores democráticos fueron aprehendidos y ponderados como condición necesaria para nuestra existencia como Nación. La legitimidad únicamente puede provenir del Pueblo.

¹ Abogada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Docente de la materia Teoría General del Derecho Procesal, Derecho Procesal Penal y Litigación Penal (UNLP, UDE, UBA). Coordinadora del área de alfabetización jurídico-democrática del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la FCJS-UNLP, Directora del Programa de Extensión sobre Juicio por jurados y litigación de la Universidad del Este, Visitante profesional en la Corte IDH 1er periodo 2020, Docente del Taller: Participación ciudadana en la Justicia: el Juicio por Jurados, del Programa “La Justicia va a la Escuela” del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As., Secretaria del Tribunal en lo Criminal n 4 de La Plata, Bs. As. Autora de publicaciones sobre estudios de juicio por jurado y géneros: Juicio por jurados.

² Extraído del discurso del electo presidente Raúl Alfonsín en su discurso del 30 de octubre de 1983. Recuperado de: <https://www.cultura.gob.ar/30-de-octubre-de-1983-recuperacion-de-la-democracia-argentina-9684/>

El artículo 7 de la Carta Democrática Interamericana³ suscripta por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos establece sobre el vínculo entre la democracia, las libertades y el ejercicio de los derechos humanos que:

«La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.»

Y a su vez, con miras al fortalecimiento y expansión de la democracia en el continente americano, establece en el artículo 6 que

«La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.»

La cita de este instrumento internacional no es casual sino que pretende poner de resalto el marco de convivencia internacional de nuestro Estado argentino. No se trata solo de un deber hacia el interior de nuestra Nación sino hacia la comunidad internacional, de cómo nos presentamos como sociedad en el mundo. La Argentina es un Estado de derecho democrático.

La etapa iniciada aquél 10 de diciembre ha alcanzado ya 40 años de desarrollo y en esa sucesión de tiempo, de gobiernos y de políticas, la institucionalidad democrática se ha mantenido –no sin luchas e intentos que de un modo u otro la han puesto muchas veces en peligro– pero, a fin de cuentas, la decisión en manos del Pueblo argentino prevaleció y se impone en defensa de la libertad y los derechos de lo más importante, su gente.

En materia de justicia penal, estos cuarenta años de democracia nos trajeron, aunque de modo lento y a cuenta gotas, avances en la reforma procesal penal que tiene por objetivo la implementación de un sistema acusatorio y adversarial, único modelo de administración de justicia respetuoso de la persona y que garantiza el proceso como freno frente al abuso del poder del Estado.

³ Carta democrática Interamericana adoptada el 11 de septiembre de 2001 en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en Lima, Perú.

Ha sido el liberalismo del siglo XVIII el que puso de resalto la necesidad de proteger al individuo frente al abuso del poder punitivo, allí nace históricamente nuestro sistema de garantías, el debido proceso judicial. Esta nueva doctrina política, social y económica que visibiliza el uso del proceso penal como un instrumento del Estado para la opresión, se ocupó de diseñar un sistema de principios fundamentales que operan como salvaguardas de la persona acusada tras la decisión política y moral que implica tener por fin evitar las condenas de personas inocentes y asumir los costos que eso eventualmente puede implicar. De ahí la trascendencia del principio de inocencia y su función en el proceso penal, siempre propiciando un equilibrio que inclina la balanza hacia el lado de quien se encuentra acusado/a en tanto, sólo así, el proceso puede funcionar como garantía.

En las distintas jurisdicciones de la Argentina el sistema inquisitivo heredado históricamente y que se impuso en la práctica en contra del modelo constitucional del juicio por jurados elegido por nuestros constituyentes, legítimos representantes del pueblo, recién fue puesto en crisis en el período democrático, pues ha sido en ese camino que inició aquél 10 de diciembre de 1983 que nuestra Nación comienza a fortalecer en la práctica los valores democráticos mediante la paulatina consagración de un proceso acusatorio adversarial, cuyo momento cúlmine ha sido la implementación de aquél mandato constitucional de los padres fundadores de nuestra República Argentina, el juicio por jurados.

A cuarenta años de democracia, el juicio por jurados –es decir, el proceso constitucional de juicio por jurados consagrado como sistema de administración de justicia para el juzgamiento de los crímenes (arts. 24, 75 inciso 12 y 118 de la Constitución Nacional)– devino como consecuencia ineludible de aquél proceso de reforma procesal penal impulsada por nuestros maestros en la materia: Julio Maier, José Cafferata Nores, Alberto Binder, Ángela Ledesma, Rita Mill, Edmundo Hendler, Mario Alberto Juliano, entre muchos otros/as, y el denodado trabajo de instituciones como el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), la Asociación Argentina de Juicio por Jurados encabezada por nuestros referentes Héctor Granillo Fernández y Andrés Harfuch, la Asociación Argentina de Derecho Procesal, la Asociación Argentina de profesores/as de Derecho Procesal Penal y la Asociación Pensamiento Penal.

La claridad conceptual estuvo en el enlace de la institucionalidad democrática con el respecto de los derechos humanos y la vigencia de nuestra Constitución, es decir, si tal como planteamos al inicio de este desarrollo, vivir en democracia implica el respeto de las libertades y derechos de las personas y su fortalecimiento se encuentra en la generación de mayores espacios de participación ciudadana, entonces el juicio por jurados es la manera de garantizar un sistema de justicia democrático pero además, es un mandato de la Constitución y ningún Estado de derecho democrático hace caso omiso a lo que su norma fundamental establece.

Gracias a esta claridad conceptual, entonces el juicio por jurados – tras casi 200 años de negación por las clases que detentaron y detentan el poder– se impuso como decisión política democrática. Aquellas personas e instituciones destacadas lograron visibilizar para la dirigencia política que el juicio por jurados es el símbolo de la democracia. Así, cada una de las leyes que en las distintas jurisdicciones implementaron el juicio por jurados implicó por esa dirigencia política el reconocimiento de la soberanía en el pueblo y ha ido colocando en este tiempo, el destino de cada una de ellas en las manos de aquéllos/as elegidos por los fundadores de nuestra patria: las y los argentinas/os.

El juicio por jurados se encuentra actualmente vigente en las provincias de Córdoba (aunque en su forma escabinada), Neuquén, Buenos Aires, Chubut, Río Negro, San Juan, Entre Ríos, Mendoza, Chaco, Catamarca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas últimas con jurado clásico de 12 miembros y con paridad de integración de varones y mujeres.

Permanentemente se destaca en nuestro país que el juicio por jurados ha transformado nuestro sistema de justicia penal, en su estructura y funcionamiento,⁴ ha garantizado la máxima imparcialidad y racionalidad en la toma de decisiones y ha mejorado la calidad del litigio, lo que repercute en el fortalecimiento del concepto de verdad como garantía. Esto último porque el proceso es de partes en contradicción, donde una tiene la carga de probar la verdad de su hipótesis delictiva y superar un estándar de prueba (el

⁴ Harfuch, Andrés. El juicio por jurado en Argentina ¿A qué se debe su éxito? Agenda Estado de Derecho, 2021/11/17. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/el-juicio-por-jurados-en-la-argentina/>

de duda razonable) para lograr su objetivo (la obtención de un veredicto de culpabilidad); y la otra tiene la oportunidad de hacerse oír y controlar la acusación en ejercicio de su derecho de defensa, siempre con la garantía de que su estado de inocencia prevalecerá en caso de duda.

El proceso de juicio por jurados le dice adiós a la arbitrariedad, a la posibilidad del poderoso de corromper el sistema para alcanzar sus fines en perjuicio de los intereses de la sociedad y en favor de los suyos, al secreto, a la falta de transparencia, a la delegación de funciones, a la falta de celeridad, a la discriminación, en general, a la violación de los derechos humanos.

El juicio por jurados coloca el poder en manos de su legítimo titular, el pueblo, por eso el juicio por jurados ha sido concebido como «el poder que temen los poderes»,⁵ es un poder que la Constitución ha mantenido siempre en manos del pueblo pero que le había sido usurpado en los hechos por la clase poderosa en lo político, social y económica precisamente, para perpetuarse en ese poder en beneficio de sus únicos intereses.

Alexis de Tocqueville, francés, uno de los más importantes representantes del liberalismo del siglo XIX destaca en su obra «Democracia en América» el éxito de la revolución americana en la creación de una República democrática y entre las distintas instituciones que estudió en su viaje a los Estados Unidos estuvo el jurado al que identificó entre las cláusulas de su constitución, dato no menor, teniendo en cuenta que nuestro país adoptó este sistema de enjuiciamiento por directa influencia de la constitución norteamericana.

Tocqueville describe que el sistema del jurado fue introducido en las cortes federales, de la misma manera que en las cortes de Estado, el pueblo es el que conforma el jurado que castiga las infracciones a la ley, por eso sostiene que es el pueblo el que gobierna.

El jurista francés, además, descubre que el jurado es una institución judicial, pero, por sobre todo, política. Sobre la institución judicial pondera su origen inglés y su expansión: «*Una institución*

⁵ Reyes Analía V., Reyes, Marcelo (2019). El poder que temen los poderes en Revista Actualidad Jurídica, Penal y Procesal Penal, vol. 255, marzo 2019, ISSN 1852-5105. Web: http://www.actualidadjuridica.com.ar/revistas/pen255mar19_publica.pdf

*judicial que obtiene así los sufragios de un gran pueblo durante una larga sucesión de siglos, que se reproduce con celo en todas las épocas de la civilización, en todos los climas y bajo todas las formas de gobierno, no puede ser contraria al espíritu de la justicia».*⁶

Y acerca de su carácter político nos enseña sus notas esenciales:

«Entiendo por jurado cierto número de ciudadanos tomados al azar y revestidos momentáneamente del derecho de juzgar. Aplicar el jurado a la represión de los crímenes me parece introducir en el gobierno una institución eminentemente republicana. Me explico: La institución del jurado puede ser aristocrática o democrática, según la clase donde se tome a los jurados; pero conserva siempre un carácter republicano, en cuanto que coloca la dirección real de la sociedad en manos de los gobernados o de una parte de ellos, y no en la de los gobernantes.»⁷

Finalmente, afirma que ha sido el jurado civil el que protegió las libertades de los ingleses en los períodos de opresión.

En nuestro margen y tiempo actual, MAIER (1997) nos enseñó que «el jurado es ante todo una institución política»,⁸ de ahí que, al cumplir su función judicial, el veredicto del jurado es un permiso político que una representación del Pueblo le concede o le niega al Estado para aplicar la pena.⁹ De esta manera también, BINDER (1997) expone la idea de la descentralización del poder en referencia al poder punitivo.

Pero el juicio por jurados no es solo valorable teniendo en cuenta sus positivas consecuencias en el sistema judicial, sino que lo trasciende e impacta en la vida democrática en general. Esto, asimismo, fue descubierto por Tocqueville quien afirmó que el jurado tiene una fuerte influencia en los destinos de la sociedad. Así, sostuvo que:

«El jurado sirve increíblemente para formar el juicio y para aumentar las luces naturales del pueblo. Ésa es, en mi opinión, su mayor ventaja. Se le debe considerar como una escuela gratuita y siempre abierta, donde cada jurado va a instruirse de sus derechos, donde entra en comunicación cotidiana con los miembros más instruidos e ilustrados de las clases elevadas, donde las leyes le son enseñadas de una manera

⁶ De Tocqueville, Alexis: La democracia en América, I (original de 1835), Alianza, Madrid, 2011.

⁷ Idem.

⁸ Maier, Julio (1997). Notas esenciales. El veredicto en Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal, pp. 99 -100.

⁹ Binder, Alberto (1997). Pertenencia, funcionamiento y organización del jurado en Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal, p. 176.

práctica, y son puestas al alcance de su inteligencia por los esfuerzos de los abogados, las opiniones del juez y las pasiones mismas de las partes. (...) Lo considero como uno de los medios más eficaces de que pueda servirse la sociedad para la educación del pueblo.»

El poder del jurado como motor de la educación pública y de promoción de una ciudadanía democrática fue puesto a prueba por prestigiosos juristas norteamericanos (Valerie Hans, John Gastil) quienes a través de estudios empíricos efectivamente descubrieron que el modelo educacional del jurado incrementa la participación de la ciudadanía en el proceso electoral (votación): “Cualesquiera que sean las fuerzas que pongan en peligro la vida pública democrática, el sistema de jurados proporciona la fuerza opuesta.”¹⁰

En nuestro país, las politólogas Aldana Romano y Sidonie Porterie –reconocidas por sus investigaciones empíricas sobre el juicio por jurados en la Argentina– han revelado en sus estudios las positivas consecuencias de la implementación del juicio por jurados en términos de relegitimación del sistema judicial:

«El jurado es la posibilidad de restablecer la confianza a partir de que los ciudadanos tomen conocimiento directo del funcionamiento del sistema y del trabajo que ellos, como representantes del Estado, realizan. En este sentido, que el jurado tenga efectos políticos e institucionales que van más allá de la resolución del caso, no es algo que hayan detectado sólo quienes se dedican a su estudio. Por contrario, es algo que parece que tienen muy claro los operadores del sistema. Para éstos, el jurado es un puente de diálogo con la sociedad.»¹¹

En suma, por donde se lo mire, el jurado es una institución que, sin lugar a dudas no solo tiene un origen democrático, sino que fortalece la vida democrática. El jurado es la única institución que obliga al individuo promedio a salir de su esfera privada y a asumir un breve pero poderoso rol como funcionario público.¹² El jurista norteamericano Jeffrey Abramson pone de resalto esta idea:

«La deliberación es una virtud perdida en las democracias modernas; solo el jurado aún convoca regularmente a ciudadanos comunes a interactuar en un proceso de debate cara a cara. Ningún

¹⁰ Hans, Valerie; Gastil John (2014). El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia. Buenos Aires: Ad hoc, p. 208.

¹¹ Porterie, Sidonie; Roman, Aldana (2018). El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, p. 103.

¹² Hans, Valerie; Gastil John (2014). Ob cit., pp.. 145-146.

grupo puede ganar el debate simplemente teniendo más votos que otros, bajo el tradicional requisito de unanimidad, el poder fluye en los argumentos que persuaden más allá de las líneas grupales y que le habla a una justicia que es común a personas que provienen de los más diversas extracciones sociales. Por historia y por diseño, el sistema de jurados es centralmente el tener personas que pongan paréntesis o trasciendan sus lealtades iniciales. Es por esto que, idealmente, la votación es una actividad secundaria para los jurados, diferida o aplazada hasta que las personas puedan expresar una opinión sobre la prueba, lo cual estará condicionada por cómo la prueba es percibida por los demás.»¹³

La deliberación como mecanismo de toma de decisiones del jurado conjuntamente con la regla de la unanimidad, recientemente afirmada por la Corte Federal de los Estados Unidos como garantía constitucional en el fallo «Ramos vs. Louisiana»¹⁴ son la esencia a su vez, para el respeto de las minorías y de esa manera, el veredicto del jurado se constituye en la expresión de una muestra de la sección representativa de la sociedad lo más diversa posible. De ahí que, la regla de unanimidad se impuso en la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país y en aquéllas que aún no lo hicieron, es imperioso que lo hagan por las mencionadas razones (Buenos Aires y Neuquén).

El sistema de juicio por jurados ha sido validado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocido caso «Canales»¹⁵, precedente en el que se destaca el voto del Juez ROSATTI que conceptualizó a la institución «como un derecho cívico individual del imputado...el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares” y a la vez, “como un derecho del pueblo a juzgar».

También, el máximo Tribunal Interamericano del sistema de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de derechos humanos llevó a cabo un control de convencionalidad de la institución y declaró que no afecta en modo alguno la garantía del debido proceso.¹⁶ Por el contrario, destacó los diferentes mecanismos que lo garantizan en sus notas esenciales (el derecho de defensa en juicio y el derecho a un tribunal imparcial): la audiencia de *voir dire*, las instrucciones al jurado.

¹³ Ídem, p. 146.

¹⁴ Ramos v. Louisiana, No. 18-5924, (U.S. Apr. 20, 2020).

¹⁵ CSJN, 461/2016/RH1, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado -impugnación extraordinaria”, sentencia del 02/05/2019

¹⁶ Corte IDH, caso “VRP, VPC. vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 8 de marzo de 2018, párrs.. 219 y 262.

Para finalizar, el jurado tiene, además, otra importante función que es la protección de los jueces. Explica HARFUCH (2019) que los jurados poseen legitimidad ante la opinión pública que la justicia profesional jamás tendrá.¹⁷ En ese sentido, la mayor legitimidad que le otorga al jurado su carácter representativo es lo que diferencia su decisión respecto de la del juez técnico que, como empleado del Estado, no puede llegar a tener¹⁸.

II. El futuro de la democracia en la Argentina: el juicio por jurados en la justicia nacional y federal

Los vínculos entre la democracia y el juicio por jurados han sido expuestos muy sucintamente en estas breves líneas porque transcurridos 40 años desde la recuperación de la democracia es importante destacar aquellas instituciones que reivindican sus valores y la fortalecen.

En nuestros tiempos, afianzar la democracia, es decir, proteger que el poder en los hechos –no solo en las normas– quede en manos del Pueblo, es poner en vigencia las instituciones que lo aseguran.

La implementación del juicio por jurados es el cumplimiento de un mandato constitucional, nada menos. La deuda en el sistema de justicia federal y en aquellas provincias que aún no cumplieron con aquel mandato no solo pone en evidencia una situación de ilegalidad, es decir, de no acatamiento de un Estado de derecho; sino que es una deuda con la ciudadanía porque le ha impedido a esta participar de uno de los más importantes asuntos que es la impartición de justicia.

El referido éxito de la implementación del juicio por jurados en aquellas jurisdicciones que, en cambio, hicieron efectiva la decisión de nuestros constituyentes, pone de manifiesto que todos los argumentos desplegados en contra del jurado no son más que prejuicios, siempre elitistas y promotores de la arbitrariedad y la desigualdad.

¹⁷ Harfuch, Andrés (2019). El veredicto del jurado. Buenos Aires: Ad hoc, p. 131.

¹⁸ Diamond, Shari Seidman (2016). Las múltiples dimensiones del juicio por jurados: estudios sobre el comportamiento del jurado. Jurado penal y jurado civil. Buenos Aires: Ad hoc, p. 59

El poder judicial es el poder menos democrático de los poderes del Estado y por eso, actualmente, sufre una profunda crisis de legitimidad. La responsabilidad de esta situación recae sobre aquellos gobernantes que nada hicieron por la democratización de la justicia mediante el establecimiento de la directa participación de la ciudadanía en la toma de decisiones.

El mayor reducto actual de las prácticas inquisitivas es el Poder Judicial de la Nación, tanto en su jurisdicción nacional (por incumplimiento del traspaso a la justicia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en cambio, ya tiene su ley de jurados) como en la federal. En parte, esto se debe a la nunca implementada reforma procesal o, lo que es lo mismo, a la implementación parcial del Código Procesal Penal Federal (por partes y sólo en algunas pocas jurisdicciones que por supuesto, no incluyen la Capital Federal) y, por otro lado, a la nunca sancionada ley de jurados nacional.

La reciente renovación de las autoridades del gobierno mediante el voto popular pone una vez más la responsabilidad en la dirigencia política para consolidar la democracia en la justicia mediante su apertura a la ciudadanía. La crisis de legitimidad del sistema judicial y, sobre todo, de la justicia federal que es la encargada de juzgar aquella conflictividad más grave por cuanto afecta a los intereses del Estado Nacional: casos de corrupción, trata, narcotráfico, etc. solo encontrará su definitiva solución en el cumplimiento del mandato constitucional.

Los mencionados efectos transformadores del sistema de jurados son aquéllos que lograrán renovar la fe de la ciudadanía en la justicia. Cuando la justicia no respeta las libertades y los derechos de las personas, no podemos afirmar que tenemos un Estado de derecho democrático porque ya vimos al inicio de este artículo que, democracia y estado de derecho van de la mano.

Carla Cusimano, presidenta de la Asociación Civil Vidaer (Asociación de Víctimas de Delitos Aberrantes de Entre Ríos) es una gran defensora de la institución del jurado y también, desde el lado de la ciudadanía que reclama justicia, nos ilustra acerca de las ventajas de la perspectiva ciudadana para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial:

«Los jueces pueden estar “técnicamente” más preparados para el proceso de juzgamiento, pero esto no garantiza que sean los mejores

al momento de tomar una decisión sobre la culpabilidad o no de un imputado. Hay que tener en cuenta que hechos que aparecen tan claros para la sociedad a la hora de definir la culpabilidad o no de un imputado por un delito, terminan muchas veces enredados en una puja de intereses dentro del proceso penal en este caso».¹⁹

En definitiva, los reclamos de justicia y de mayores garantías en el proceso penal tienen una respuesta unificada: el juicio por jurados.

A cuarenta años de vigencia de la democracia, el escenario de nuestra justicia nacional y federal, bastión de las prácticas del sistema inquisitorial y símbolo de la falta de confianza de la sociedad en la justicia, demanda poner inmediatamente en funcionamiento el sistema de juicio por jurados como garantía de un Estado de derecho.

En esa dirección, las medidas que serán necesarias para alcanzar tan importante objetivo consisten por un lado, en la culminación del proceso de traspaso de la justicia nacional a CABA pues, con ley de jurados vigente en esa jurisdicción, todos los delitos que tengan una pena máxima en abstracto igual o superior a veinte (20) años de pena privativa de libertad serán obligatoriamente juzgados por jurados.²⁰ Y por otro, en la tan esperada sanción de la ley de jurados para la justicia federal conjuntamente con la definitiva y completa implementación del Código Procesal Penal Federal de la Nación.

La consolidación de la democracia en la Argentina implica poner en manos de la ciudadanía la administración de la justicia. Nada mejor que el jurado para lograr este renovado desafío.

«(...) el jurado fue nuestra mejor forma de asegurar la aplicación de la ley y la mejor manera de impartir justicia, que con exactitud reflejaron las moralidades, los valores y el sentido común que la gente pidieron obedecer en la ley». (Jefferson, 1851:28)

¹⁹ Cusimano, Carla (2023). Una perspectiva desde la sociedad en Juicio por Jurados en Entre Ríos. Paraná: Boletín Oficial de Entre Ríos, p. 147.

²⁰ Ley 6451 que establece el juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 30 de septiembre de 2021 y publicada en el Boletín Oficial el 29 de octubre de 2021.

Reflexiones sobre la política penal tras 40 años de democracia en Argentina

Gabriel Ignacio Anitua¹

Desde diciembre de 1983 numerosas variables han influido sobre el derecho penal y la política criminal de la Argentina. Para simplificar, pero a la vez poner principalmente la mirada en lo que se produce político-criminalmente, es posible ver una notable oscilación entre discursos y medidas de signo opuesto. Por un lado, como lógica consecuencia de una institucionalización contraria y reacia al autoritarismo precedente a esa fecha, favorable a la protección de los derechos humanos y a la contención del poder punitivo. Por el otro, unas decisiones sometidas a demandas punitivistas, especialmente expresadas en los medios de comunicación, pero también por grupos de víctimas, que implicó la creación de delitos y aumento de penas. Esas contradicciones también se manifestaron en lo estrictamente penitenciario o la regulación de la ejecución de las penas.

En 1983 la agenda pública, lejos de atemorizarse por el delito común, tenía presente los peligros de los delitos de Estado, cometidos siempre a través de agencias penales, aunque también mediante otras agencias parapoliciales que también ejercían violencia punitiva pues detenían, torturaban y mataban a sus víctimas.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona, 2003), Master Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona, 2000), Diploma de Estudios Avanzados en Derecho penal (Universidad del País Vasco, 1999), Abogado (1994, UBA) y Licenciado en Sociología (1997, UBA). Profesor titular regular de Derecho penal y Política Criminal e Investigador (UNPaz) Profesor adjunto regular de Derecho Penal y Criminología (UBA). Director del Doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Tras haber ocupado otros cargos judiciales, fue Defensor Público Oficial desde 2013 a 2022. Ingreso en la carrera de Conicet como investigador independiente en el año 2023. Autor de más de cien libros y artículos sobre derecho penal, procesal y criminología.

Esa conciencia se vincula al reclamo hacia políticas de juzgamiento de crímenes de Estado (cuyas oscilaciones entonces y posteriormente también formarán parte de una política penal marcada por la tensión señalada). En este primer momento estuvo marcada más hacia la atención a la violación de los derechos humanos como los delitos más graves, que a su tradicional impunidad. Esto último fue lo que sucedió incluso en otros países tomados entonces como modelos de transición democrática esa impunidad estaba asegurada y no parecía tampoco ahí contradictoria con el punitivismo hacia hechos relativamente menores.

Argentina fue diferente. En ese sentido, la primer semana de la democracia será recordada por los decretos presidenciales 157 y 158 (dispuestos para iniciar procesos penales contra los líderes de las organizaciones revolucionarias y someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas –CONSUGA– a los integrantes de las primeras tres Juntas Militares), por la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso Nacional para promover la anulación de la denominada «Ley de autoamnistía» y la reforma del Código de Justicia Militar para incorporar la revisión por la justicia ordinaria de las sentencias de los tribunales militares, y por la creación de la CONADEP.

También, y vinculado a ello, puede identificarse esa época –así como los inicios del gobierno de Raúl Alfonsín– con la ratificación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos que establecían reglas en materia penal, de inspiración liberal y garantista: la Convención Americana de Derechos Humanos –ley 23.054, de marzo de 1984–, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ley 23.313, de mayo de 1986– y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes –ley 23.338, de julio de 1986–.

También debe destacarse el dictado de otras leyes en 1984 que directamente influían en una reducción del poder punitivo: ley 23.057, que modificó las reglas del Código Penal sobre reincidencia y condenación condicional (restringía la reincidencia a quien había sufrido efectivamente una pena privativa de la libertad y limitaba en cierta medida la posibilidad de aplicación de la «medida de

seguridad» de «reclusión por tiempo indeterminado» del artículo 52 CP para «multirreincidentes» y especialmente, ampliaba la posibilidad de aplicación de la condena condicional a delitos cuya pena máxima fuera de tres años de prisión, hasta entonces limitada a dos); la ley 23.070, que establecía un cómputo especial para todas las personas condenadas o procesadas que hubieran estado privadas de su libertad en el período dictatorial, contabilizándose tres días cumplidos por cada dos pasados en prisión; ley 23.077 –o Ley de Defensa de la Democracia–, que derogaba diversas leyes y reformas, incluso anteriores a la dictadura, que penalizaban supuestas actividades subversivas, incluso la pena de muerte; y la ley 23.098, que regula el procedimiento de habeas corpus.

Ese espíritu del legislador se acompañaba con el lenguaje del Ejecutivo, que desde el Consejo para la Consolidación de la Democracia encaraba diversos proyectos que pretendían democratizar a la justicia penal, especialmente el diseño de un proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, que fue resistido por el poder judicial federal.

Desde ámbitos jurídicos, y ello se advierte en la Corte Suprema y algunas decisiones del poder judicial, se acompañaba esa tendencia con la aplicación de una jurisprudencia «garantista» (tomada de la Corte Suprema liberal de EEUU en los sesenta) en torno a la despenalización de la tenencia de drogas, de las garantías de defensa y contraria a los abusos policiales.

Esa relación de prestigio y protagonismo judicial se corresponde con el momento bien retratado en la película «1985»: el Juicio a la Juntas, con las condenas a los máximos responsables del Ejército y la Marina, y la apertura a continuar investigando delitos de Estado, lo que se vincula con los acontecimientos golpistas de esa época.

En materia de política criminal vinculada a esos delitos cometidos por la dictadura militar, se verifica un giro importante en lo que hace a expectativas sociales, pero también en relación con obligaciones contraídas en el ámbito internacional de los derechos humanos. Especialmente con las leyes llamadas de Punto Final (una ley que impone un plazo de prescripción especial de esos delitos) y de Obediencia Debida (mucho más discutible cláusula general de exclusión de la responsabilidad, que encubre una amnistía de acuerdo con el nivel de responsabilidad en la estructura militar o

policial). Ya en el gobierno de Menem, los indultos profundizarían esa política de impunidad. Todas estas decisiones fueron convalidadas por el poder judicial, pero el «costo» político fue asumido por el ejecutivo y el Congreso.

La materia de delitos «comunes» no tenía entonces tanto protagonismo político, aun cuando la situación revestía gravedad. Durante el mandato de Alfonsín, especialmente en un primer momento, la agenda pública seguía preocupada por el mantenimiento de la democracia; al final de ese período presidencial, la crisis económica ocupaba la mayor parte de los comentarios y propuestas. Pero, más allá de eso, ciertas formas de delito –como el secuestro extorsivo seguido de muerte– provocaban justificada alarma social y comenzaba también la preocupación por los delitos callejeros.

Lo cierto es que el número de personas presas se redujo notablemente al principio del mandato, y luego aumentó. Pero a fines de ese mandato seguía siendo inferior al de 1983, sobre todo en el ámbito federal. No existen registros para esa época de la población reclusa en todo el país, pero como referencia se puede tener en cuenta que en la provincia de Buenos Aires la tasa de encarcelamiento era en 1983 de 65 cada 100.000 habitantes, pasando a ser de 66 en 1989, lo que es un 43% más que en 1985 en que se llegó al mínimo de 47 presos por cada cien mil habitantes.

Así, puede verse un leve incremento pasada esa fecha de 1985 que continuó en el gobierno de Carlos Menem. Ese aumento de la prisionización, se acompaña de un giro «punitivista» en el lenguaje gubernamental y la demanda social (en la que impacta la «libertad» de negocios con cierta dolarización favorable a negocios ilegales como el de las drogas, autopartes, y ya luego, otros bienes portables y valiosos, como los teléfonos celulares).

Pero incluso en esa administración menemista pueden destacarse hitos en materia de programas favorables a los derechos humanos. En primer lugar, la reforma constitucional de 1994. Es imposible soslayar la importancia de otorgar jerarquía constitucional a los Tratados antes mencionados (y permitir una relación directa con la jurisprudencia de la Corte Interamericana), así como también constitucionalizar los habeas corpus, e imponer modelos de la

administración de justicia penal y los ministerios públicos y de la defensa.

En gran medida como consecuencia de eso y de la jurisprudencia de la CortelDH se sancionaron otras reformas como la de la ley orgánica de la policía federal (ley 23.950) destinada a limitar las facultades de detención de personas (tras el homicidio de Walter Bulacio), o la ley de Seguridad Interior (ley 24.059).

Antes de ello, fue en estos años en que se logró la reforma del Código procesal a nivel federal (ley 23.984), introduciendo garantías para el acusado y principios del acusatorio, así como alternativas a la pena, que luego la ley 24.316 instalará como la «probation» en el Código Penal, mediante la incorporación del artículo 27 bis.

Y especialmente debo destacar a la reforma más importante en esta materia, que formó parte de un intento de una coherente política penitenciaria (se sanciona por el Ejecutivo un Plan Estratégico Penitenciario Argentino) que fue la ley 24.660, la ley de ejecución de la pena.

También en lo que hace a las penas, mencionar la ley 24.390 que establece una modificación al Código Penal en lo que refiere a los plazos de la prisión preventiva. La norma, conocida como “dos por uno”, se destina a limitar la duración de la prisión preventiva a futuro, pero sobre todo sirvió para desencarcelar o reducir condenas de los ya detenidos.

En el otro lado de la balanza, y conjuntamente con la impunidad ampliamente impuesta para los delitos de Estado, se debe decir que es en esta etapa cuando comienza a legislarse demagógicamente, con unas veintisiete reformas penales que en general agravan las penas, entre ellas la nueva ley de estupefacientes (23.737) que respondía más bien a factores geopolíticos.

Las provincias también comenzaron a intervenir en materia de política criminal, con reformas de índole procesal y penitenciaria. Y, al igual que en el Estado federal, se produjo un aumento importante en plantas y salarios del personal y magistrados del poder judicial y de los ministerios públicos.

También en estos casos se advierte la oscilación entre propuestas garantistas y concreciones punitivistas, lo que especialmente produjo efectos en las cárceles de la provincia de Buenos Aires bajo el

mandato del gobernador Ruckauf, que abarca el final del gobierno de Menem y el de Fernando De la Rúa.

Para entonces, la retórica de la «mano dura», incluso repitiendo propuestas que no obtienen los resultados de reducir sino que aumentan la sensación de inseguridad frente a delitos predatorios (llegando a postular, el mencionado gobernador, la introducción de la pena de muerte legal o ilegal –«meter bala»–, un constante aumento de las penas para ciertos delitos, disminución de la edad de la imputabilidad, etc.), se convierte en *leit motiv* de las candidaturas de derecha, a la vez que las propuestas de modelos económicos excluyentes.

Coincide ese momento con una importante resistencia del movimiento de derechos humanos, tanto a esas agendas como en materia de revisión de crímenes de Estado. Especialmente agrupaciones como Madres y Abuelas de Plaza de Mayo –aunque también otros grupos– emprendieron reclamos tanto sociales como judiciales (en los tribunales nacionales e internacionales). Lógicamente, esas propuestas se emparentaban con el rechazo a la violencia institucional de ese presente.

Esos dos debates marcarían la agenda posterior a la represión de diciembre de 2001 y, en gran medida, el programa de gobierno de Néstor Kirchner. Respecto de su gobierno hay que decir que las propuestas que planteó al comienzo de su mandato, junto con los significativos avances alcanzados en el juzgamiento de los crímenes del Estado durante la última dictadura (agosto de 2003 a través del Decreto 579/2003 y la anulación legislativa de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final antes aludidas), tuvieron que ver, por el contrario, con rescatar el discurso de los derechos humanos y la propuesta de prestar atención a la nueva *cuestión social* también en el ámbito del tratamiento de la inseguridad. De un tratamiento represivo e insensible a la protesta social, se pasó a protocolos que fueron reconocidos en el ámbito internacional.

Dichas medidas se acompañaron de reformas institucionales como la renovación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya importancia en esta materia se mencionará luego.

El notable aumento del número de personas presas, que se equiparaba socialmente con la represión legal e ilegal de fines de 2001, se iba a asociar –como en el resto de Latinoamérica–, con el

ascenso del neoliberalismo como un proyecto político transnacional. Esta interpretación es la que Wacquant utilizó para pensar el caso de Estados Unidos, y luego extendió para comprender el aumento de presos en Europa –particularmente en Francia– a través de la identificación de un proceso de importación de discursos y prácticas penales generados precedentemente en aquel escenario, en torno a la construcción de una «penalidad neoliberal».

Sin embargo, también con procesos políticos y sociales en clara oposición a ese modelo, al menos retóricamente, en Argentina se siguió con el proceso de hiperencarcelamiento. Más allá de un inicial freno en 2004, las políticas que atañen a lo penal o criminal, y sobremanera en lo que hace a las transformaciones cuantitativas y cualitativas en las prisiones, siguieron en esa tensión mencionada.

En lo que hace a lo legislativo, el comienzo del gobierno de Kirchner está marcado por un aumento de la severidad penal en las llamadas «reformas Bloomberg». Comenzó así una tendencia, observada en otros contextos, de nominar ciertas reformas legales que incrementan la punitividad utilizando el nombre de una víctima en torno a la cual se generó una movilización colectiva (más adelante, en el gobierno Macri, habrá una «ley Micaela»). Entre abril y agosto de 2004 se sancionaron toda una serie de leyes nacionales que aumentaron las penas para diversos tipos de delitos: los robos en los que se utiliza arma de fuego (ley 25.882); la tenencia y portación de armas de fuego y de guerra y especialmente en el caso de quien porte arma de fuego tuviere antecedentes penales de cierto tipo (ley 25.886) o los abusos sexuales en los que resultare la muerte de la persona ofendida (ley 25.893). También se sancionó una reforma legal que estableció que, cuando el imputado fuere autor de varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la misma tendría como mínimo el mínimo mayor y como máximo la suma aritmética de las penas máximas correspondientes, que no podrá exceder de 50 años (ley 25.928). Del mismo modo, también se sancionó una reforma de la libertad condicional, haciendo más exigentes los requisitos para su obtención, al requerir en todos los casos un «informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social» e incrementar el tiempo establecido para su solicitud en los casos de prisión o reclusión perpetua a 35 años. También se prohibió la concesión de la libertad condicional no sólo a los reincidentes sino a los autores de

una serie de delitos (ley 25.892). En octubre de 2004 se reformó también la ley de ejecución penal estableciendo la negación de salidas en determinados delitos (ley 25.948). También mencionar la sanción en julio de 2007 de la ley 26.268, llamada Ley Antiterrorista (por presiones del Grupo de Acción Financiera Internacional, supuestamente orientadas a la cuestión del lavado de dinero), entre otras reformas.

Pero la tensión fue notable en ese gobierno nacional, que además del discurso favorable a los derechos humanos e intentos de reforma policial y judicial, tuvo una iniciativa que claramente iba en un sentido opuesto a las olas recientes de populismo penal. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación creó en diciembre de 2004 una comisión de expertos para redactar un Anteproyecto de Código Penal. Esa comisión, bajo la dirección de Baigún, culminó su proyecto en 2006. Al igual que pasaría en 2014 con otra comisión encabezada por Zaffaroni, todas esas propuestas, que organizaban racionalmente la legislación penal bajo signos liberales y defensores de los derechos humanos, sufrieron fuertes críticas de la clase política y especialmente desde los medios de comunicación, y no prosperaron.

Si bien a nivel nacional el mandato de Cristina Fernández entre 2008 y 2015 no activó iniciativas que buscaran incrementar la severidad penal al estilo de las producidas anteriormente, lo cierto es que entonces comenzó a aumentar la población reclusa.

Probablemente ese cambio de dirección tuvo que ver con la legislación procesal y penitenciaria, así como en las actuaciones policiales y judiciales en una agenda pública marcada por el punitivismo.

Argentina experimentó un rápido crecimiento de su población reclusa en los fines del siglo pasado y comienzos de este, pero no fue constante. Si en 1997 eran 29.690 detenidos, para el 2002 ya eran 57.632 (151 por cada 100.000), En 2004, 65.350 (168), pero entonces se produce un freno de esa curva creciente hasta 2012 con 66.480 (157).

En 2005, y junto con la reconstitución económica, social y política tras la crisis, ocurrió una posible causa, seguramente con-causa, del freno relativo (en comparación con los otros países de la región, y con la evolución anterior y posterior a ese período) del aumento de la

tasa de encarcelamiento argentino y bonaerense. Esta fue el fallo «Verbitsky», de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo allí ordenado y la sanción de la ley provincial 13.449 –que reformó el sistema de excarcelaciones bonaerense, tal como se ordena en aquella sentencia– fueron determinantes para mantener estable el número de alojados en las prisiones de la provincia de Buenos Aires, que se había duplicado en cinco años: de 16.500 en 1999, pasó a 30.000 en 2004. Ello, a pesar del contexto general (mediático y político) que influía en decisiones políticas de signo contrario y a un aumento del monto de penas impuestos en sentencias.

Desde que se detuvo ese «amesetamiento» hasta la actualidad, el fenómeno de crecimiento de la población detenida en prisiones se reanudó en nuestro país, como en el resto de la región (y es importante recordar que ello no se debe a un aumento de niveles de homicidios o robos, al menos en Argentina ocurre lo contrario).

En 2015, cuando el crecimiento de la sobrepoblación era otra vez notable, resultaba necesario pensar en soluciones como las implementadas diez años antes (judicialmente) o veinte o treinta (legislativamente). Sin embargo, asume el gobierno del presidente Mauricio Macri y se hizo todo lo contrario. A una voluntad política y social punitivista se sumó la irresponsabilidad y la cobardía que parecieron encarnarse en las autoridades ejecutivas, legislativas y también en las judiciales que debían enfrentar una compleja realidad con decisiones basadas en hechos reales, y no se atrevieron a ser objeto de crítica mediática (con excepciones valiosas, pero escasas).

Ese recrudecimiento del punitivismo contra el crimen común o vinculado a la pobreza, se realizó en forma paralela con cierta justificación de castigos ilegales y propuestas de impunidad para abusos policiales (tuvieron mucha repercusión los casos de Santiago Maldonado, Rafael Nahuel y «Chocobar» –un policía condenado judicialmente por disparar por la espalda contra quien había perpetrado un robo y usado políticamente luego como ejemplo a imitar–) y para los crímenes de Estado de la dictadura (a una campaña mediática en ese sentido siguió en mayo de 2017 el fallo «Muiña» de la CSJN, por el cual declaraba aplicable la llamada ley del «2x1» a la sanción de crímenes de lesa humanidad: una reacción social muy importante culminó con una ley interpretativa del Congreso que justificó a la propia Corte Suprema corregirse). Esas

propuestas no influyeron, en definitiva, en los procesos judiciales y la atención ciudadana sobre la violencia institucional pasada y presente.

Esas discusiones sobre la impunidad de esas acciones se acompañaron de una retórica punitivista y eficientista con usos electorales de otros delitos, en particular contra la propiedad y en materia de drogas, e incluso contra la vida e integridad física a pesar de la marcada y sostenida disminución de su ocurrencia en la Argentina del siglo XXI.

A nivel normativo la reforma legal más relevante en ese aspecto es la ley 27.375, del año 2017, que modifica el régimen de ejecución de la pena, afectando su progresividad y restringiendo la posibilidad de acceder a libertades anticipadas, así como también otorgándole más facultades a la autoridad administrativa. Muchas de las personas detenidas (por delitos vinculados con tráfico de drogas) deberán agotar la totalidad de la condena en un centro de detención con cada vez más ingresos por esa misma legislación.

Existió entonces otra comisión encargada de organizar la dispersión penal existente, y que no hacía sino aumentar: encabezada por el juez Borinsky, ese proyecto terminado no tuvo la misma pretensión garantista de los anteriores, pero sí el mismo destino de no ser realmente estudiada para ser sancionada.

Las reformas nacionales y provinciales más importantes y que sí se trataron y sancionaron legislativamente fueron, otra vez, de naturaleza procesal: buscando otorgarle mayor eficacia y agilidad a la justicia penal en términos punitivos (ley 27.272, aplicación del procedimiento de flagrancia; ley 27.307, que permite la celebración de juicios unipersonales). Por otra parte, el poder judicial respondió a esas supuestas demandas de mayor severidad que se formulaban por comunicadores y políticos como agenda principal.

Para 2015 ya había 75.769 personas presas (174) y en 2018, 103.200 (230). Tras ese año ocurren dos cosas: por un lado, la declaración de emergencia penitenciaria por el mismo gobierno macrista en 2019 y, luego del cambio de gobierno (Alberto Fernández), el año pandémico de 2020.

Para 31 de diciembre de 2021 (últimos datos disponibles del SNEEP) había más de 114.000 personas detenidas en cárceles

argentinas, luego de una reducción de ese número en 2020 provocada más por menos ingresos (policiales y judiciales) que por una política descarceratoria: ni el legislativo dictó leyes en ese sentido, como en gran parte del mundo, ni los ejecutivos dispusieron salidas o indultos, ni el judicial fue muy pródigo en excarcelaciones o prisiones domiciliarias.

El aumento se produce por el efecto «rebote» posterior a la pandemia, cuando sobre todo el poder judicial volvió a enviar personas a la cárcel y se hace cargo de un recrudecer de discursos punitivistas, incluso patibularios, entre operadores mediáticos y políticos irresponsables que calan en la sociedad (que integran los participantes del poder judicial).

Evidentemente la situación cuantitativa y cualitativa de las cárceles se conforma por las acciones políticas de todos los poderes en la Argentina democrática. Incluso no implementar decisiones políticas, es también una forma de política penal. Todas esas fuentes de decisiones políticas están en relación con cierto sentido común punitivista, o favorable tanto a la represión ilegal como hacia la respuesta prisional, que en la tensión señalada al principio de esta nota parece inclinar la balanza cada vez más en sentido contrario a la tolerancia y al respeto a los derechos humanos que debió ser una política común de nuestra democracia.

Ese «sentido común punitivista» se ha extendido especialmente en la campaña electoral que ha culminado con la elección de un nuevo presidente, que estará a cargo al cumplir los 40 años de democracia. El peligro de exacerbar el punitivismo hacia los problemas sociales tanto como la impunidad de la violencia institucional (que es la otra cara del punitivismo) obligará a la sociedad civil y a las instituciones a estar atenta frente al aumento de la violencia.

En el año de campaña electoral no solamente se han propuesto soluciones falsas –mágicas– de tinte punitivo formal (aumentar penas, castigar más rápido, construir prisiones) a problemas que son reales (y que deben ser objeto de políticas criminales más serias) sino que también, muy peligrosamente y por primera vez en 40 años se han habilitado verbalmente, y desde medios de comunicación, violencias de tipo informal que recuerdan prácticas previas a estos cuarenta años. Especialmente fue común usar verbos que se vinculan a la violencia política anterior a la democracia (aniquilar,

eliminar, exterminar) y un diputado con dudosos antecedentes suele hacerse el gracioso con un peligrosísimo «cárcel o bala», que bien podría ser analizado en términos del delito de amenaza. Más allá del lenguaje, presenciamos, sin la necesaria reflexión social y política y con una poco fuerte investigación judicial, un intento de asesinato de la vicepresidenta de la Nación.

Ese clima, y concretamente este lenguaje de “exterminación” hacia rivales políticos, conciudadanos y extranjeros y en particular los señalados como «delincuentes» (con extremos también fácticos de linchamientos de presuntos delincuentes, portación de armas, reclamo de impunidad para la violencia policial y crímenes parapoliciales) refleja viejas y nuevas preocupaciones que debemos atender urgentemente en la Argentina de los próximos años de democracia.

En el «*debe*» de la democracia: el desafío de dejar atrás al elitismo y populismo en materia penal

Carlos H. González Bellene¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Cuarenta años de democracia: vaivenes en materia de legislación penal. a. El impredecible recorrido de la legislación penal. b. Los enfoques políticos en tensión. 3. La forma de legislar: entre el elitismo y el populismo. 4. El tipo de discusión que necesitamos (y el rol de la academia en ella). 5. Bibliografía.

Resumen: Cuatro décadas continuas de democracia en Argentina arrojan un balance complejo en materia penal. Las partes centrales que conforman el sistema penal –esto es, los planos constitucional, sustantivo, procesal y de ejecución– han sido objeto de constantes modificaciones parciales e incoherentes entre sí, que revelan una tensión entre enfoques humanitarios y punitivos. La forma de legislar ha fluctuado entre la delegación la creación de normas a juristas y el populismo punitivista, lo que repercute sobre la legitimidad democrática del sistema penal. Se aboga por una discusión profunda, racional y participativa en legislación penal, nutrida por la academia, que involucre diversas disciplinas y tome en consideración la voz de la ciudadanía.

Palabras clave: democracia argentina – legislación penal – elitismo legislativo – populismo punitivo – discusión participativa – academia

¹ Abogado (UNCuyo), máster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Universidad de Génova - Universidad de Girona), magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCuyo), doctorando en Filosofía del Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Profesor adscripto de Derecho penal, parte general y de Filosofía del Derecho (UNCuyo). Funcionario en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Co-director de la Revista Pensamiento Penal.

1. Introducción

Si de homenajear a la democracia argentina se trata, conviene asumir que cuarenta años sostenidos de esta forma de gobierno no han sido mera casualidad, sino el resultado de los esfuerzos de mujeres y hombres comprometidos con la consolidación de un sistema político que dé cabida a las disidencias, permita la discusión y pueda canalizar los desacuerdos. Esta tarea no ha resultado sencilla: en ciertos momentos de extrema tensión, ha acechado la sombra del pasado autoritario. Con altibajos, la democracia argentina ha logrado alcanzar cierta estabilidad y hacer equilibrio en función de las necesidades de cada época.

El mayor desafío, consistente en romper con la inercia de un derrotero de interrupciones militares a los gobiernos democráticos, parece superado con éxito. De hecho, si hiciéramos un balance optimista, el «haber» aparece lleno de motivos de satisfacción: nuestra democracia ha impulsado el reconocimiento de derechos humanos, ha juzgado a los responsables de las atrocidades del pasado, ha resistido alzamientos militares, ha permitido implementar políticas económicas de distinta naturaleza y hasta se ha recompuesto tras la gravísima crisis político-social de 2001. Las transiciones democráticas han crecido progresivamente en calidad institucional, la participación ciudadana ha sido notable –con una sociedad activa que se involucra en expresiones públicas, protestas y procesos electorales, sin perjuicio de las fluctuaciones en la cantidad de votantes–, la prensa cuenta con una sólida libertad de expresión –tanto los medios de comunicación como la sociedad civil han desempeñado un papel crucial en la formación de opiniones y el escrutinio de las acciones del gobierno–; y, no sin luchas y discusiones mediante, se han alcanzado reformas legislativas significativas a lo largo de los años en áreas como la educación, la salud y los derechos civiles, donde Argentina se coloca a la vanguardia mundial. Todo ello es reflejo de una evidente –aunque inacabada y mejorable– capacidad del sistema democrático para vehiculizar las necesidades de la sociedad.

Por eso, los motivos para celebrar son numerosos y para nada irrelevantes. No obstante, este panorama no debe llevarnos a una idealización de la democracia argentina: crisis de legitimidad y representación, desmanejos en el plano económico –con períodos

cíclicos de pobreza, exclusión extrema y endeudamiento–, corrupción, violencia institucional y falta de políticas públicas estructurales son algunos de los numerosos problemas a los que aún se enfrenta. En este ensayo quiero ocuparme de lo que –a mi entender– figura en una de estas cuentas del «*debe*» tras cuarenta años de democracia: la falta de una discusión estructural y participativa en materia de legislación penal. En este ámbito, nuestra experiencia ha sido particularmente errática.

Ha sido errática porque la legislación penal en nuestro país se ha modificado de modo desordenado, de forma que refleja una gran desorientación. No hay continuidad entre los objetivos fijados y los medios necesarios para alcanzarlos, y por eso predomina el caos. La incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución Nacional –decisivos para el diseño del sistema punitivo–, así como ciertas normas que pusieron el foco en la protección de la dignidad humana, han coexistido con reformas legales adoptadas con escasa deliberación y al compás de la temperatura política o el clima electoral, pero siempre desvinculadas de criterios racionales como podrían serlo indicadores estadísticos sociales, avances teóricos o discusiones francas y participativas en materia de seguridad.

En este ensayo propongo que exploremos tres asuntos. En primer lugar, las razones por las cuales podemos afirmar que la legislación en materia penal no ha estado a la altura de las demandas democráticas, mostrándose en cambio errática y desorientada (1). En segundo orden, quisiera plantear una explicación para este problema, vinculada a la forma de legislar oscilante entre el elitismo y el populismo que nuestra historia legislativa revela en materia penal (2). Y, en tercer lugar, me interesa proponer algunas reflexiones sobre el tipo de discusión penal que necesitamos y el rol que la academia puede tener en su desarrollo (3).

2. Cuarenta años de democracia: vaivenes en materia de legislación penal.

a. El impredecible recorrido de la legislación penal

Desde el retorno a la democracia, la materia penal ha sido uno de los temas más recurrentes en las discusiones parlamentarias. Según los servicios de información oficiales, sólo el Código Penal ha sufrido desde entonces la asombrosa cantidad de 117 reformas,¹ y debemos tener en cuenta que ese cuerpo normativo, aunque sea la norma estructural del sistema penal, no es la única que lo conforma.²

El dato de la vastedad normativa no es indicador objetivo de nada en particular, más allá de revelar que el diseño del sistema penal es un tema de fundamental importancia para la comunidad. Está claro que el Derecho penal tiene un rol decisivo en las sociedades modernas: según una mirada crítica, surgió como un sistema de disciplina social y canalización de las estructuras económicas de poder;³ pero también puede ser interpretado como una de las formas con las cuales la sociedad articula su reprobación hacia ciertas conductas –como afirman las teorías expresivas de la pena–⁴ o como la manifestación de la «manera de ser» de cada comunidad.⁵ De hecho, tiene la virtud de revelar el tipo de sistema político en que se asienta.⁶ Dicho en otras palabras, el modo en que una sociedad responde al delito dice mucho de ella, especialmente sobre sus valores y política. Como tal, la materia penal se trata, sin lugar a dudas, de un espacio de disputa pública.

¹ Véase InfoLeg: <https://servicios.infoleg.gob.ar>

² El sistema en su conjunto también se integra por la Constitución Nacional y los tratados internacionales aplicables a esta materia, la legislación procesal, la legislación en materia de ejecución, la legislación sobre responsabilidad penal de los adolescentes y un conjunto de significativas leyes accesorias que tipifican penalmente conductas al margen del Código Penal. Ello, sin contar la duplicidad de regulaciones en materia procesal y sobre ejecución entre las Provincias y la Nación, ni los numerosos decretos, reglamentos y resoluciones que terminan de conformar la materia.

³ Véase Foucault, M. (1983). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI; también Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

⁴ Una reconstrucción crítica de estas teorías puede verse en Pérez Barberá, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, *InDret*, 4.

⁵ Tal la concepción republicana del Derecho penal, véase Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires, Siglo XXI.

⁶ Así, Nino, C. (2007). *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires, Gedisa, pp. 11-24.

Con el retorno democrático la comunidad argentina recuperó la discusión sobre el diseño del sistema penal, un área de debate que durante el gobierno autoritario previo había quedado fuera del alcance de la discusión pública. Este debate condujo, a lo largo de cuarenta años, a reformas en los cuatro planos centrales que integran el sistema penal: constitucional, penal sustantivo o de fondo, procesal y de ejecución.

Por un lado, en el orden constitucional los esfuerzos por la consolidación de la democracia tuvieron como resultado la reforma constitucional de 1994,⁶ que significó importantes cambios de fondo e implicaciones para el sistema penal en la medida en que incorporó al texto fundamental a los tratados internacionales sobre derechos humanos que Argentina había suscripto hasta ese momento.⁷ Se sentó, así, un nuevo estándar sobre la manera de responder al delito: los derechos humanos no sólo constituyen un acuerdo internacional fundamental –suscripto por el Estado Argentino y ratificado vía ley–, sino que desde entonces están inscriptos en la propia carta basal de nuestro Estado de Derecho, con indiscutida jerarquía constitucional. Esto traería luego consecuencias decisivas para un rediseño de las prácticas penales, como el reconocimiento del derecho de todo condenado a la revisión de su condena, o el control de convencionalidad de las normas por parte de los jueces.⁸

Por otro lado, y de manera sostenida, en el ámbito penal sustantivo se sucedieron más de un centenar de reformas al Código Penal vigente desde 1921, así como la sanción de leyes accesorias que

⁶ Decisiva para ello fue la creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, un organismo de asesoramiento técnico integrado por actores de diversos campos y pertenencias ideológicas y políticas, coordinado por el filósofo y jurista argentino Carlos S. Nino. El Consejo se enfocó en la producción de informes para el fortalecimiento de las instituciones democráticas y propuso reformas sustanciales en el diseño institucional argentino. Entre ellas, destacó un dictamen preliminar para una reforma constitucional.

⁷ Así, por ejemplo, el 1/03/1984 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054); el 08/05/1985 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179); el 17/04/1986 se aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313); el 30/07/1986 la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338); y el 27/09/1990 la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), tratados a los que posteriormente la reforma constitucional de 1994 les otorgaría jerarquía constitucional.

⁸ Sobre este punto, puede verse Bestard, A. M. (2014). Reforma constitucional argentina de 1994. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, y la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 8 (13).

regularon materia penal por fuera de ese código. Estas modificaciones versaron sobre asuntos de toda índole: desde normas de la parte general del código, pasando por reformas en escalas penales de delitos existentes, hasta la creación de nuevos delitos –caso paradigmático de ello fue la ley sobre estupefacientes 23.737 del año 1989–⁹ o la incorporación de mecanismos cercanos a la justicia restaurativa –vía reforma de las normas sobre la acción penal introducida en 2015 por la ley 27.147–.

En la misma tónica de la reforma constitucional, en materia de ejecución tuvo lugar en 1996 la sanción de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Esta fue la primera ley –en sentido estricto, esto es, emanada del Congreso de la Nación– dedicada a regular la forma de ejecutar las penas en nuestro país, pues hasta ese momento la legislación sobre lo que ocurría después de la imposición de la condena era regulado en el orden nacional por el decreto/ley 412/58 del gobierno dictatorial de Pedro Eugenio Aramburu, ratificado como Ley Penitenciaria Nacional más tarde ese año por el congreso democrático que le sucedió (vía ley 14.467, durante el gobierno constitucional de Arturo Frondizi). Como veremos más adelante, la ya democrática ley 24.660 de 1996 fue sometida posteriormente a reformas sustanciales en 2004 y 2017.

Y, por último, en materia procesal el Congreso sancionó en 1991, mediante la ley 23.984, un Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que sustituyó al Código de Procedimientos en lo Criminal, que regía desde 1888. El nuevo código implementó serios cambios y colocó el foco en las garantías del acusado –muestra de ello es que el título primero se dedicó a las garantías fundamentales de juez natural, juicio previo, presunción de inocencia, prohibición de doble juzgamiento, interpretación restrictiva, prohibición de analogía e interpretación en favor del imputado–. Se trató de una reforma que pretendía dejar atrás el sistema inquisitivo que había sido empleado durante la etapa de intermitencia entre gobiernos constitucionales y de facto; aunque mantenía una estructura mixta, con caracteres inquisitivos en la etapa de instrucción y acusatorios en la de debate.

Este código fue modificado posteriormente –mediante la ley 27.063 del año 2014– con la sanción de un Código Procesal Penal Federal (CPPF) novedoso, que reformó a fondo el sistema procesal

⁹ Sobre el punto, véase el ensayo de Andrés Bacigalupo que integra este dossier.

tornándolo acusatorio y ordenó la incorporación del juicio por jurados. Esto implica –principalmente– estructurar el proceso penal alrededor de una división clara de funciones entre acusación, defensa y jurisdicción, así como la incorporación de numerosas modificaciones que derivan de este modo de entender el rol de las partes y de la jurisdicción. Aunque no exento de críticas, es posible afirmar que este nuevo diseño está más orientado que el previo hacia el respeto del debido proceso, al menos en tanto supone dejar atrás al sistema mixto –donde la investigación está a cargo de jueces– propio del anterior CPPN. Sin embargo, la implementación de este código acusatorio novedoso, como veremos, ha sido mayormente suspendida.

b. Los enfoques políticos en tensión

Ahora bien, ¿qué sentido tuvieron estas reformas? ¿a qué procesos políticos respondieron?

En primer lugar, es posible afirmar que no se trata de reformas estructuradas bajo una lógica común: nuestro sistema penal ha sido pensado de a partes, como un conjunto de subgrupos normativos ocupados en dar respuesta a distintos problemas de manera parcializada, sin un enfoque racional general o sistemático –sea una racionalidad entendida como jurídico-formal, pragmática, teleológica o ética–.¹¹ Fuera de la reforma constitucional –que respondía a un conjunto de factores de naturaleza coyuntural muy particular y que contó con un proceso constituyente y político especial–, las reformas legales aludidas no cuentan con una explicación uniforme: cada una fue impulsada por distintas fuerzas políticas, a diversos ritmos y con finalidades muy heterogéneas.¹²

En segundo lugar y a pesar de esta dispersión metodológica, es posible afirmar que las reformas fluctuaron entre dos lógicas de fondo: por una parte, una idea de *humanización* del Derecho penal y de mayor enfoque en el respeto por los derechos humanos; por otra, una *exasperación* o recrudescimiento de la reacción penal frente al delito. En otras palabras, un criterio para agrupar y distinguir las reformas que atañen a la materia penal es según se enfoquen en la

¹¹ Sobre el sentido de cada forma de racionalidad, véase Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación, *Doxa*, n° 6, pp. 385-403.

¹² Una aproximación a estos impulsos puede verse en el ensayo de Gabriel Ignacio Anitua publicado en este dossier.

persona acusada y en la racionalización de la respuesta penal, o en la víctima y en la expansión del Derecho penal como forma de responder al delito.

La distinción difícilmente se presente normativamente de modo claro y tajante: no porque una modificación legislativa incluya previsiones de una clase significa que olvida a la otra; antes bien, se trata de enfoques que predominan en cada ley.

Bajo esta perspectiva, la reforma constitucional, el dictado del CPPN, la incorporación de mecanismos de conciliación y reparación al Código Penal y la sanción de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad que tuvieron lugar predominantemente durante la década de los '90, estuvieron orientadas por un enfoque centrado en el respeto de los derechos humanos y en una especial consideración del delincuente como una persona, es decir, como titular de derechos y pasible de una sanción penal que, más allá de expresar desaprobación y reprobación del hecho cometido, se encontraba limitada y enmarcada en un sistema de garantías. El sistema penal fue entendido –al menos, en el plano normativo, pues la práctica dejó notables casos ejemplares en sentido inverso– como uno encuadrado en el respeto de la persona. Paradigmáticamente, la ley de ejecución de 1996 estableció un sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión, orientado al favorecimiento de la reinserción social del condenado. La respuesta a estos impulsos tuvo lugar principalmente con el cambio de milenio.

A partir del año 2004 se registraron al menos dos grandes momentos de reforma al sistema penal atravesados por la lógica de la exasperación de la reacción punitiva.

El primero es el conocido como «paquete de leyes Blumberg», sancionado a raíz de ciertas demandas populares por mayor seguridad, tras el secuestro y asesinato de un joven, Axel Blumberg. El resultado fue, entre otras reformas, la modificación del sistema de libertad condicional previsto en el Código Penal y de las salidas transitorias incluidas en la ley 24.660 –buscando explícitamente la eliminación de salidas anticipadas de prisión que se habían incorporado–; la reforma del modo de computar las penas para casos de concurso de delitos –que, desde entonces, podrían sumar hasta 50 años–; o el endurecimiento de las penas de ciertos grupos de delitos –los robos cometidos con armas, la tenencia ilegal de

armas, los secuestros extorsivos seguido de muerte, la violación seguida de muerte y la tortura seguida de muerte–.

El segundo tuvo lugar tiempo después, en 2017, cuando la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad volvió a ser objeto de reformas por parte de la ley 27.375 que, entre otros puntos, incrementó los supuestos donde las salidas anticipadas se encuentran limitadas y generó una incógnita normativa sobre el límite de la pena de prisión perpetua.¹³

Por último, en materia procesal –donde se había alcanzado un avance considerable en relación con el sistema inquisitivo– vía ley 27.150 se suspendió la implementación del nuevo CPPF, que sólo rige de manera completa en las provincias de Salta y Jujuy –desde el 10 de junio de 2019–; mientras que en el resto del país ha sido implementado sólo parcialmente.

Otros hitos, como la sanción de normas penales anti-terrorismo –vía ley 26.734 en 2011– o la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas –ley 27.401, de 2017– se suman a este enfoque que encuentra en el Derecho penal la respuesta a problemáticas sociales de distinta naturaleza.

Recapitulando, las reformas al sistema penal producidas durante los gobiernos democráticos durante los últimos cuarenta años tienen dos características centrales: i) una gran dispersión en cuanto a objetivos y medios para alcanzarlos, en tanto no responden a una lógica común; y ii) la canalización de enfoques contrapuestos en relación con la función, alcance y sentido de la respuesta punitiva: de iniciales intentos de reducir y racionalizar el poder punitivo, se viró luego hacia la expansión del Derecho penal como forma de respuesta al delito.

3. La forma de legislar: entre el elitismo y el populismo

Un modo de explicar este andar errático de nuestro sistema penal surge con una revisión del «pedigree» democrático de las reformas a las que hemos aludido. Este testeo nos permite advertir que, aunque

¹³ He analizado este punto en González Bellene, C. H. (2021) ¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XI (3) pp. 51-65.

adoptadas en período de gobiernos democráticos, buena parte de los cambios penales no responden a las dinámicas que inspiran un sistema de gobierno democrático sino, más bien, a cierto «uso inapropiado» –aunque formalmente intachable– de los procedimientos de sanción de leyes. Aquí es donde se verifican dos fenómenos: elitismo y populismo.

Por una parte, el elitismo legislativo consiste en delegar la creación de cuerpos normativos a juristas o grupos de juristas, para luego aprobarlos a libro cerrado o con escasa discusión parlamentaria. Detrás de esta práctica subyace un modo de entender al Derecho como una ciencia objetiva, compleja y desvinculada de valores, según la cual quienes están mejor posicionados para legislar racionalmente son los juristas o académicos. En definitiva, los estudiosos del Derecho.

Esta visión responde a una lógica –de origen decimonónico– que se enfrenta a numerosos problemas: ¿realmente está desvinculado de valores el Derecho? Este es un enorme problema de la filosofía del derecho, pero –asumiendo que no están desvinculados– ¿por qué deberían ser los valores del jurista –en lugar de los de la ciudadanía– los que se traduzcan en ley? ¿es correcto que el Congreso, diseñado para deliberar, delegue sus facultades de representación y apruebe normas a «libro cerrado»? ¿no existen acaso otros ámbitos de saber y de producción de conocimiento –v. gr., la sociología, criminología, antropología, medicina, historia, filosofía– capaces de proponer aportes al diseño normativo en general, y al penal en particular? ¿qué legitimidad representativa tiene un jurista –o una comisión técnico-jurídica– frente a la comunidad? ¿puede siquiera reclamar representatividad una elite académica?

Aunque plagada de problemas, esta técnica legislativa es la forma tradicional empleada en nuestro Derecho, así como en el de la región y en numerosos Estados –puesto que responde a una lógica epocal–, para sancionar leyes estructurales y, paradigmáticamente, los códigos cuya sanción la Constitución Nacional ordena al Congreso de la Nación.¹⁴

Así fue como se sancionó la normativa central del derecho civil argentino: el Código Civil, de Dalmacio Vélez Sársfield, una obra

¹⁴ En el actual art. 75 inc. 12 de la actual CN; art. 67 inc. 11 del texto constitucional de 1853-1860.

magnífica que ordenó una enorme variedad de asuntos de la vida cotidiana por más de un centenar de años. También ese fue el modo en que se produjo la mayor reforma parcial, aunque estructural, a aquel código –la reforma de la ley 17.711, diseñada por Guillermo Borda– y el modo en que se sancionó el Código Penal de 1921 –proyectado por Rodolfo Moreno (h) y vigente, con innumerables reformas, a la fecha–. Esta técnica ha dado lugar además a numerosos proyectos fallidos de Código Civil y Código Penal.¹⁵

Una excepción –parcial– a esta forma de legislar fue la reforma integral al Código Civil, introducida en 2014 vía ley 24.996, que partió de un proyecto realizado por una comisión de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una ex jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, también reconocidos juristas, –Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci– que fue sometido a discusiones durante años entre académicos y profesionales, hasta que tomó tratamiento legislativo y culminó con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El conocimiento experto aplicado a la creación de normas no es un problema en sí mismo, puesto que los juristas proveen conocimiento útil para la compleja tarea de introducir nuevas normas o reformas en un sistema normativo. El problema surge cuando el conocimiento experto reemplaza la discusión legislativa, pues así mina la legitimidad democrática de las normas jurídicas.¹⁶ Y esa metodología ha sido la seguida para los dos últimos intentos fallidos de reforma integral del Código Penal.¹⁷

¹⁵ Así, en materia penal, antes de la sanción del código de 1921 se discutieron numerosos proyectos que no alcanzaron sanción en el Congreso: entre ellos, la revisión del código de Carlos Tejedor que llevaron a cabo Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García (1881), un proyecto de Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo (1891), otro de Lisandro Segovia (1895), y un proyecto elaborado por Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano, Norberto Piñero y José Ramos Mejía (1906) –sobre el tema, véase Soler, S. (1992 [1940]), *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 112-130–.

¹⁶ Sobre el conocimiento experto como problema puede verse Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad, *Discusiones*, 30(1), 27–64; así como los esclarecedores comentarios de Marchese, Iosa y Rimoldi (Marchese, E. (2023). Opacidad, deferencia y legitimidad: los desafíos de la interacción ciencia-derecho. *Discusiones*, 30(1), 7–26; Iosa, J. (2023), Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación del derecho, *Discusiones*, 30(1), 111-130; Rimoldi, F. (2023). Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico?. *Discusiones*, 30(1), 79–110).

¹⁷ Los últimos proyectos de reforma integral del Código Penal fueron uno presentado en 2014 y producido por una comisión integrada por León Arslanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo y Eugenio R. Zaffaroni; y otro en 2019, fruto de una comisión integrada

Por otra parte, frente al elitismo se erige, paradigmáticamente en materia penal, el populismo punitivo. Se trata de una estrategia político-electoral consistente en recoger demandas populares por mayor seguridad o justicia y canalizarlas legislativamente en reformas que expanden la rigurosidad de la norma penal –mediante penas más severas o, en general, la adopción de una posición más dura hacia el crimen–.

El fenómeno del populismo punitivo tiende a capitalizar electoralmente el temor y la inquietud de la ciudadanía respecto a la criminalidad, prometiendo la implementación de medidas rápidas y enérgicas. Los líderes que adoptan esta forma de populismo buscan deliberadamente proyectar una imagen de firmeza y consonancia con las preferencias mayoritarias, a pesar de que dichas medidas pueden conllevar repercusiones adversas en términos de derechos civiles, equidad social y el funcionamiento del sistema penal. Además, esta dinámica está desvinculada de los efectos que las reformas legislativas puedan tener en relación con los fines que se declaran perseguir: no necesariamente mayor respuesta punitiva implica una reducción de la delincuencia.¹⁸

Se trata de un mecanismo de política partidaria que responde a un proceso muy estudiado: 1) inicia con un reclamo de víctimas de un delito, que frecuentemente han sufrido la pérdida de un ser querido en circunstancias verdaderamente dolorosas; 2) la demanda suele tener un contenido punitivista: mayor vigilancia, penas más altas, baja de la edad de imputabilidad, menos garantías constitucionales para quienes son juzgados, entre otras; 3) los medios masivos de comunicación sobredimensionan y amplifican el impacto del reclamo, a la vez que lo transforman en una verdad absoluta que se presenta sin oposición; 4) los representantes políticos ven la oportunidad de vehicular un reclamo social que puede generar apoyo a un bajo coste, por lo que la demanda termina convirtiéndose

por Mariano Borinsky, Guillermo Yacobucci, Carlos González Guerra, Carlos Mahiques, Pablo Turano y Guillermo Soares Gache.

¹⁸ En este sentido, Garland, D., (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.

en una ley que exaspera la reacción penal estatal.¹⁹ Otros elementos frecuentes del populismo son: 5) la polarización social, en tanto la demanda se presenta como una petición «a todo o nada» que no pretende buscar puntos de encuentro o generar consensos, sino una victoria contra el contrincante; 6) la construcción de estereotipos, que señalan a los ciudadanos pertenecientes a determinados grupos sociales, culturales o a migrantes como «potenciales delincuentes»; 7) la «esloganización» de la política criminal, encaminada a conectar la legislación penal con intuiciones, aspiraciones y el sentido común y a minimizar el ámbito de discusión –por ejemplo, el etiquetado de leyes como las «leyes Blumberg» o la creación de consignas como «zero tolerance»–; y 8) la generación de pánico moral, alcanzado mediante la hiper-mediatización de los «fracasos» del sistema judicial en responsabilizar a quienes son acusados.²⁰

Hecha esta recapitulación, vemos que desde una perspectiva política el cuadro queda conformado entre dos extremos: el populismo penal, que privilegia las demandas de ciertos sectores populares por mayor seguridad y la solución punitiva con el fin de disminuir el delito; y el elitismo penal, que cede la legislación penal a especialistas considerados en mejor posición epistémica.

Ambas tendencias afectan la legitimidad democrática de las normas que de allí surgen. Contrarían el ideal republicano de autogobierno y, con ello, a la democracia entendida en términos sustantivos: las normas producto de estas dinámicas no pueden ser consideradas *materialmente* normas propias por parte de la ciudadanía, aunque satisfagan pulcramente los requisitos formales o procedimentales de sanción de leyes. El populismo, por cuanto genera sobrerrepresentación de los sectores que demandan más seguridad y reformas penales. Y el elitismo, porque sobrerrepresenta a los sectores privilegiados a quienes se adjudica una mejor posición para diseñar normas penales.

Quienes en este esquema quedan infrarrepresentada son, por un lado, la ciudadanía que no forma parte de una élite –por definición, las mayorías–; y las minorías que no están alcanzadas por la demanda populista. Así ocurre, por ejemplo, con los migrantes frente

¹⁹ Beade, G. (2010). El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, 55-70.

²⁰ Cigüela Sola, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(12).

a reclamamos por mayores sanciones o deportación para los extranjeros que delinquen; o con los menores de edad frente a debates sobre la baja de la edad de imputabilidad. En ambos casos se trata de grupos criminalizados que –paradójicamente– no son incluidos en el debate político sobre legislación que los involucra, pero lo hace a modo de objetivo.

Se trata, en definitiva, de procedimientos legislativos que satisfacen las exigencias formales de la democracia, pero pierden de vista su dimensión sustancial. Ninguno de ellos está estrictamente vinculado a las fuerzas políticas en tensión que repasamos antes, aunque ambos sobrerrepresentan a un determinado sector de la comunidad y, con ello, priorizan sus políticas y agendas en materia penal.

4. El tipo de discusión penal que necesitamos (y el rol de la academia en ella)

El sistema jurídico penal que tenemos es producto de una democracia aun enfocada en su subsistencia como sistema político y con cierta falta de experiencia democrática –entendida en términos robustos– y de cultura de diálogo ordenado y respetuoso. Esto ha tenido, a mi entender, un rol decisivo en la proliferación de las prácticas poco democráticas –o sólo formalmente democráticas– antes señaladas. Tras cuarenta años de democracia hemos de disponernos a una discusión profunda, racional y participativa; que sienta las bases de un sistema penal seguro, centrado en el respeto de los derechos humanos y que refleje nuestra propia identidad normativa.

En este sentido, es necesario tomar en cuenta la relevancia de las normas penales para un sistema jurídico. Se trata de un área que –dadas sus implicaciones coercitivas y el rol de espacio de expresión moral de la comunidad que supone– demanda una sólida y especial justificación y discusión.

Urge que esa discusión sea profunda pues, para edificar de manera duradera la forma en que la comunidad llama a responder a conciudadanos por los delitos que cometen, es necesario que el debate tome en serio el asunto y someta a revisión el diseño completo del sistema. Las reformas parciales al Código Penal, la

sanción de un Código Procesal Penal desvinculado de la norma de fondo o la modificación constante del sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad sólo conducen a un estado de anomia constante: el principio de legalidad –entendido en su faz de conocimiento del Derecho por parte de la ciudadanía– queda absolutamente desdibujado. Actualmente no existe en la ciudadanía un conocimiento extendido sobre las penas de cada delito, sobre el modo de cumplimiento de una condena en caso de que sea impuesta, ni sobre las herramientas existentes para defenderse o acusar judicialmente.

La discusión debe ir a fondo e incluir los nuevos avances en materia penal, particularmente aquellos que están orientados a resolver el conflicto surgido a raíz del delito, antes que a restaurar la autoridad del sistema jurídico vulnerada. Ejemplo paradigmático de ello son los proyectos de justicia restaurativa que, a pesar de contar con un largo recorrido en el derecho comparado, nuestro país sólo ha incorporado de modo implícito, mediante tímidas reformas al sistema procesal y a las normas sobre el ejercicio de la acción penal.

Pero, además de profunda, una discusión democrática ha de ser racional. Y aquí entran en juego los conocimientos científicos y académicos. La academia jurídica está habituada a contar con un rol protagónico en estos debates, producto de una larga historia de confusión de roles entre académicos, profesores de Derecho, jueces y legisladores; consecuencia de un entramado de construcción de poder incrustado en nuestra cultura. Urge en este ámbito la distribución del poder-saber: otros ámbitos de producción de conocimiento pueden reclamar espacio para aportar a la discusión penal y promover soluciones socialmente adecuadas. Dejar en manos de la academia jurídica toda la discusión al respecto es, paradójicamente, irracional. Por el contrario, incorporar seriamente los aportes de cada disciplina y unirlos en un debate profundo, luce como el método más prometedor al respecto.

Y, por último –aunque unido a lo anterior–, el debate debe ser participativo. No sólo el poder-saber debe ser distribuido, sino que además es necesario que existan instancias de diálogo con representantes de la ciudadanía. Especialmente las personas interesadas en la construcción del sistema punitivo –como pueden serlo asociaciones de víctimas de delitos o representantes de

personas convictas– deben ser escuchadas en el debate. Aquí, la democracia deliberativa ofrece herramientas normativas para orientar hacia los ideales de legitimidad e imparcialidad los procedimientos decisorios y el diseño de las instituciones públicas. La legitimidad e imparcialidad, según la democracia deliberativa, depende de que las decisiones públicas sean el resultado de un procedimiento inclusivo –allí radica el elemento democrático– y dialógico –este es el componente deliberativo–.²²

¿Qué rol puede ocupar la academia en esta propuesta?

La academia jurídica, así como todo espacio de conocimiento experto, debe ser puesta al servicio de la ciudadanía y de la discusión democrática. Me atrevo aquí a formular tres propuestas.

En primer lugar, urge que nuestra academia jurídica se replantee críticamente su tarea. Esto implica examinar la autoridad del lugar desde donde se manifiesta el conocimiento experto y dar cuenta de la relación entre estructuras de poder y fuentes de conocimiento. La legitimidad del sistema jurídico no se ve fortalecida si los roles de creación, aplicación y crítica del Derecho están en las mismas manos.

En segundo lugar, la academia jurídica no debe excluir –y debería promover– los aportes multidisciplinarios, dando cuenta de la variedad de dinámicas que se ven involucradas en la creación y sanción de leyes y de la complejidad de las problemáticas que éstas tienden a abordar.

En tercer orden, entre las tareas de la academia jurídica dedicada al asesoramiento para la creación de leyes deberían incluirse, al menos, las siguientes: i) proveer al debate herramientas teóricas sólidas sobre derecho comparado; ii) aportar análisis sobre problemas prácticos y de implementación de reformas legislativas; y iii) suministrar información cuantitativa que sirva como insumo objetivo para el planteamiento de políticas públicas.

Quizás, son estos tiempos –en los que el rol del Estado es revisado a fondo y flota en el aire la intuitiva pero superficial idea de que «el que las hace, las paga»– los ideales para replantear un debate del

²² Giuffré, C.I. (2023). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico, *Revista Derecho del Estado*, 55, 141-169.

sistema público de respuesta al crimen de manera seria, profunda, racional y participativa.

5. Bibliografía

- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación, *Doxa*, n° 6, pp. 385-403.
- Beade, G. (2010). El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, 55-70.
- Bestard, A. M. (2014). Reforma constitucional argentina de 1994. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, y la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 8 (13).
- Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad, *Discusiones*, 30(1), 27–64.
- Cigüela Sola, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(12).
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Foucault, M. (1983). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI
- Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Garland, D., (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.
- Giuffré, C.I. (2023). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico, *Revista Derecho del Estado*, 55, 141-169.
- González Bellene, C. H. (2021) ¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XI (3) pp. 51-65.
- Iosa, J. (2023), Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación del derecho, *Discusiones*, 30(1), 111-130.

- Marchese, E. (2023). Opacidad, deferencia y legitimidad: los desafíos de la interacción ciencia-derecho. *Discusiones*, 30(1), 7–26.
- Nino, C. (2007). *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires, Gedisa, pp. 11-24.
- Pérez Barberá, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, *InDret*, 4.
- Rimoldi, F. (2023). Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico?. *Discusiones*, 30(1), 79–110.
- Soler, S. (1992 [1940]), *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 112-130

Las conquistas feministas que supimos conseguir

Virginia Rodríguez¹

I. Introducción

Históricamente, en esta sociedad patriarcal, a las mujeres se nos ha relegado al ámbito de lo privado, en tanto que la arena pública ha sido un espacio de dominación de varones. En esta última es donde se acuerdan los consensos sociales, los derechos y las obligaciones y las «cuestiones trascendentales» para la sociedad. Desde hace un largo tiempo ya, los feminismos venimos denunciando la influencia de la falta de participación de las mujeres en los espacios de decisión política en el no tratamiento, abordaje y reconocimiento de los derechos de las mujeres sobre sus cuerpos y salud y la falta de abordaje de las temáticas que nos involucran. La incorporación de políticas públicas de acción positiva ha sido una de las respuestas adoptadas frente a esos déficits, con buenos resultados en el tratamiento y sanción de leyes sobre cuestiones que nos resultan de vital importancia.

Transcurridos cuarenta años desde el recupero de la democracia, me propongo analizar cómo durante este período los feminismos en Argentina han logrado mayor inclusión política formal y cómo ha impactado esto en el tratamiento de cuestiones que hacen a nuestro interés, como son los derechos sexuales y la libertad reproductiva. Mi hipótesis es la siguiente: a mayor inclusión política, mayor es el

¹ Feminista. Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo. Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género por CLASCO-FLACSO. Magíster en Derecho Penal y Justicia Internacional UNICRI-Universidad Kennedy. Co-directora de la Revista Pensamiento Penal y responsable de las secciones Derecho penal y Género. Funcionaria de la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

reconocimiento de derechos que hacen a la vida de las mujeres. Para ello voy a analizar la evolución legal en la inclusión de la participación de las mujeres en el ámbito político (b), cómo esto impactó en el ámbito de los derechos sexuales y de la libertad reproductiva (c) y, finalmente esbozaré algunas conclusiones hacia futuro (d).

II. Derechos políticos

Para comenzar a analizar acerca de los derechos políticos de las mujeres debemos mirar más allá de estos cuarenta años que estamos rememorando, aunque tampoco tanto más allá. Recién en septiembre de 1947, mediante la ley 13.010, se estableció que las mujeres tendríamos los mismos derechos políticos y estaríamos sujetas a las mismas obligaciones que los varones argentinos. Esto implicó, entre otras cuestiones, que pudiéramos empadronarnos, votar y ser votadas. Nos permitió involucrarnos formalmente en la discusión pública, incidir y decidir sobre «lo que hace a la vida de todos». Esta ley tuvo impacto práctico recién en las elecciones de 1951, en las que 4.225.467 mujeres se encontraban empadronadas (de un padrón total de 8.623.645) y el 90,32% de ellas ejercieron su derecho al voto.

Destaco este hito político de nuestra historia para establecer con claridad que sólo de forma reciente se nos permitió incorporarnos formalmente a la discusión pública y que ello fue una puerta de entrada a todo lo que hemos sabido conquistar desde entonces. La sanción de distintos derechos políticos ha sido lo que nos ha permitido poner en discusión en los espacios de decisión estatal las cuestiones que nos resultan relevantes a nosotras y, con el correr del tiempo, en nuestras propias voces.

En lo que refiere al reconocimiento y aseguramiento de los derechos políticos de las mujeres, ya el siguiente momento que encuentro destacable en este plano se encuentra en el período democrático actual que conmemora este Dossier. Este hito surge en un contexto en el que la discusión por la forma de incorporación de las mujeres al ámbito parlamentario había alcanzado nivel mundial. Así, dentro del abanico de formas que se han implementado para asegurar y garantizar la presencia de mujeres en los poderes legislativos, se distinguen tres fundamentales: escaños reservados,

cuotas adoptadas de forma voluntaria por partidos políticos y leyes electorales de cuotas.

El primer tipo mencionado implica reservar escaños en instituciones de representación específicamente para un grupo determinado, y se incorporó principalmente en países de África, Asia y Medio Oriente. Estas medidas aparecieron primero en la década del '30, pero se fueron implementando mayormente a partir del año 2005. Explica Krook (2008) que suelen ser aplicadas mediante reformas constitucionales que establecen listas electorales separadas para las mujeres, designadas en distritos separados para las candidatas femeninas o con la asignación de escaños femeninos a los partidos de acuerdo con su proporción en el voto popular.

Por su parte, la incorporación voluntaria de cuotas dentro de los partidos políticos resultó la medida adoptada en más de setenta países del mundo (Ríos Tobares, 2008) como una auto-imposición en la composición tanto de los órganos directivos internos, como en la conformación de las listas a presentar en las elecciones. Se implementa mediante la reforma de los estatutos internos de los partidos políticos. Esta clase de intervención se comenzó a implementar en la década de los '70 por varios partidos identificados como de izquierda en Europa Occidental. Sin embargo, en la actualidad ha sido la forma de establecimiento de políticas de cuota más común, debido a que aparece en los partidos políticos de todo el espectro político y en todas las regiones del mundo (Krook, 2008).

Finalmente, la sanción de leyes electorales de cuota ha sido adoptada en América Latina, África y Europa. Ella supone que los parlamentos nacionales sancionen leyes que obligan a todos los partidos políticos a presentar listas con cierta proporción de candidatas. Plantea Krook (2008) que de este modo se pretende legitimar la acción afirmativa y reconocer a la categoría analítica «género» como una entidad política. Este tipo de política suele convivir junto a las políticas de cuotas voluntarias adoptadas por los partidos políticos. Según Archenti y Tula (2019), ha sido la medida más eficaz para ampliar la representación por género; y destacan el proceso producido en América Latina que ha pasado a ser la

segunda región en el mundo con mayor cantidad de mujeres en sus parlamentos, luego de los países nórdicos².

En este contexto, es destacable que Argentina fue el primer país del mundo en sancionar una ley de cuotas de género, en el año 1991. Mediante Ley 24.012 –Ley de Cupo Femenino– se estableció la obligación para todos los partidos políticos de incluir mujeres en sus listas a cargos legislativos nacionales en un «mínimo» del 30% de candidaturas y en proporciones con posibilidad de resultar electas. Esta ley fue el resultado de una lucha colectiva protagonizada por mujeres que formaban parte de diferentes partidos políticos, acompañadas por sectores de los feminismos y de los movimientos de mujeres. En efecto, en 1990 se conformó la Red de Feministas Políticas, gran protagonista de la discusión y aprobación de la ley. La Red, junto a las escasas diputadas electas, ejercieron presión a sus pares masculinos para alcanzar su sanción.

Al comienzo, el cupo sólo fue aplicado a las candidaturas de diputados y diputadas nacionales, que eran elegidos y elegidas mediante un sistema de representación proporcional con listas partidarias cerradas y bloqueadas. Recién a partir del año 2011, cuando las y los senadoras y senadores comenzaron a ser electas y electos de forma directa por medio de un sistema de lista incompleta –dos bancas al partido o alianza que obtenga la mayor cantidad de votos positivos por distrito electoral y una al subsiguiente en cantidad– se aplicó a su elección.

Según Marx, Caminotti y Borner (2008) desde 1993 se ha producido en Argentina un importante y sostenido incremento en la cantidad de mujeres electas como legisladoras nacionales. Su estudio afirma que, para octubre de 2005, la participación de mujeres había alcanzado el 36% en la Cámara de Diputados, en tanto que en la de Senadores, el 42%. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, la cantidad de mujeres en el Congreso no superaba el 6% total de las bancas. Esto resulta pertinente para analizar más adelante cuándo se empezaron

² Según afirman Archeti y Tula, las Cámaras Únicas o Bajas en América Latina poseen un 30,6% de mujeres, en tanto que los países nórdicos ostentan un 42,51%. Las cifras tenidas en consideración surgen del Inter-Parliamentary Union. Women in National Parliaments. En <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>.

a discutir en el Congreso derechos vinculados a la sexualidad y libertad reproductiva.

Con el correr de los años, el avance en la incorporación de las mujeres en la arena política fue alcanzado por lo que suele denominarse el «efecto meseta». Esto como consecuencia de que las prácticas dominantes en los partidos políticos han sido la de interpretar «burocrática y minimalistamente» las leyes de cuotas de géneros, como afirman Archeti y Tula (2019). Es decir, se cumple con lo establecido por ley, pero en lugar de funcionar como pisos asegurados a las mujeres desde los cuales parte su acceso a los cargos públicos, actúa como *techo* de cumplimiento legal.

Ello dio lugar al siguiente paso en el mismo sentido en que se venía desarrollando la lucha: lograr la paridad de géneros. Así, se avanzó hacia la *paridad política*, según la cual los partidos políticos deben confeccionar sus listas con el 50% de integrantes de cada género, ordenados en forma secuencial y alternada (lo que implica una-y-uno). En este tipo de medida, hay dos principios ordenadores centrales: la paridad vertical y la paridad horizontal. La primera, también llamada ordinal o de lista, establece la ubicación de las candidaturas de hombres y mujeres de forma alternada y secuencial en toda la extensión de la lista, tanto en rangos de titulares como de suplentes. En tanto que la segunda –también llamada «territorial»– pretende que, cuando un mismo partido político o alianza se presente en varios distritos electorales de forma simultánea, deban coordinarse de forma equitativa los encabezamientos de listas entre hombres y mujeres. A ello se agrega, además, la variable de «rotación», que implica la alternancia inmediata entre los géneros de un período electoral al siguiente.

Esto llevó a que en el año 2017 Argentina sancionara la ley 27.412 denominada de «Paridad de género en ámbitos de representación política». Mediante esta ley se modificó el Código Electoral Nacional y se dispuso que las listas de candidaturas a senadoras y senadores nacionales, diputadas y diputados nacionales, y parlamentarias y parlamentarios del Mercosur debían pasar a integrarse ubicando «de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a hasta el/la último/a candidato/a suplentes». Además, ya en el cuerpo normativo se estableció la sanción frente al incumplimiento de la paridad: la no oficialización de la lista. Esta ley,

sancionada en diciembre de 2017, se implementó recién en las elecciones legislativas nacionales ocurridas en el año 2019.

A partir de este momento en nuestro país se estableció la paridad en la conformación de las listas de candidaturas parlamentarias nacionales. Esto no implica directamente que el Congreso Nacional se encuentre constituido en paridad, sino que se arribara a ella con los recambios que se produzcan con las diversas elecciones.

Ahora bien, lo que me interesa analizar es cómo el incremento de mujeres en este ámbito ha reflejado el abordaje de mayor cantidad de cuestiones vinculadas a los derechos sexuales y la libertad reproductiva. Mi hipótesis es la siguiente: a medida que se aseguran los derechos políticos de las mujeres, se incrementa la discusión sobre temáticas de interés y preocupación para nosotras. En este sentido, repasaré cuándo y de qué forma se han tratado en el ámbito del Congreso cuestiones relativas a derechos sexuales y libertad reproductiva.

Esto se encuentra directamente vinculado a la experiencia de vida de las mujeres y personas con capacidad de gestar en una sociedad patriarcal que nos impone roles determinados y rígidos, inferiorizados y, principalmente, decididos por hombres. Cuando las mujeres accedemos al ámbito de la discusión pública y presentamos nuestra experiencia de vida en esta sociedad patriarcal; se discuten las temáticas que nos resultan trascendentales. Pero, además, intervenimos y propugnamos el aseguramiento de derechos para generarnos mejores condiciones de vida. Veamos.

III. Derechos sexuales

Si bien el período que interesa analizar es el democrático de estos últimos cuarenta años, ello no implica que no se haya legislado en materia de sexualidad y reproducción con anterioridad. Ejemplo de ello fueron los Decretos 659/74 y 3938/77, el primero en tanto prohibió las actividades de información y control de la natalidad en hospitales públicos y restringió la comercialización de anticonceptivos, el segundo por haber eliminado las actividades de planificación de la natalidad.

Sin embargo, luego del regreso a la democracia en Argentina, en 1985 se ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las

formas de discriminación contra la mujer (denominada CEDAW por sus siglas en inglés). Al año siguiente, mediante Decreto 2274/86, se reconoció el derecho de las parejas a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los y las hijos e hijas que desearan tener, también se autorizó a los servicios de salud estatal a proveer orientación y asistencia relativa a la procreación, y en el año 1990 se sancionó la Ley de Sida que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad³. Así, comenzó en Argentina un camino de reconocimiento de derechos relativos a la sexualidad humana que hizo mayor hincapié en reclamos que provenían de grupos conformados por sujetos contrahegemónicos, políticamente hablando⁴.

Al mismo tiempo, distintas provincias argentinas comenzaron a sancionar leyes que establecieron derechos sexuales y reproductivos, no sin lidiar con diversos obstáculos impuestos por sectores conservadores y de la Iglesia Católica. Recién el año 2002 a nivel nacional se sancionó la Ley Nacional 25.673 de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, luego de haberse presentado más de una decena de proyectos desde 1986. Autoras como Griselda Meng destacan que una de las razones por las que finalmente se logró la sanción legislativa se debe al aumento de presencia de mujeres en los espacios de decisión del Estado, considerando que las interlocuciones que ejercieron las mujeres en esos lugares fueron estratégicas a la hora de persistir en la presentación de los proyectos. Lo que resulta coherente con lo aseverado en el apartado anterior acerca de que a partir de 1993 se incrementaron las incorporaciones de mujeres en el ámbito del Congreso Nacional debido a la Ley de Cupo Femenino.

La norma nacional estableció entre sus objetivos “*alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones y violencia*” y garantizar el acceso a la información, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable. También hizo hincapié en

³ Ley Nacional de Sida N° 23.798 y su Decreto reglamentario N° 1244/91

⁴ Es conocido que la lucha social por el Sida/VIH surgió por parte de colectivos que reunían hombres homosexuales. La denominación «sujetxs no hegemónicxs» plantea la distinción con el sujeto hegemónico constituido por el hombre, adulto, blanco, cisgénero, alfabetizado, y la alteridad de las personas diferentes a él.

potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable. Este último objetivo, por una parte, le reconoce a la mujer autonomía para decidir respecto a su salud sexual; pero por otra, pone lo relativo a la procreación responsable de forma exclusiva a su cargo, lo que reafirma la vinculación estereotipada de la mujer con la maternidad.

La ley de salud sexual y reproductiva fue la primera de una seguidilla de leyes sancionadas en Argentina desde los 2000, período que desde lo contextual latinoamericano ha sido identificado como la «*marea rosa*».

En el año 2004, se sancionó la ley 25.929 de Parto Humanizado⁵. Este cuerpo normativo pone el acento en la mujer como sujeta que vivencia el proceso de parto y en la persona recién nacida, como también en la madre y el padre en el proceso de crianza. La relevancia aquí reside en el respeto por los procesos individuales que la mujer transcurre durante el embarazo, trabajo de parto, parto y postparto, con el fin de garantizar que sea tratada como una persona sana, que se le otorgue toda la información para poder ser partícipe de todo el proceso y que pueda optar libremente entre las alternativas existentes. El propósito es afirmar el lugar de la mujer como central y protagonista durante estos procesos naturales y no como mero objeto del proceder médico especializado en la materia. Es decir, si bien se continuó legislando sobre el rol de la mujer en su maternidad, los derechos establecidos la colocan en una posición de mayor autonomía y decisión en relación con los procesos vinculados al embarazo y el parto.

Sin embargo, es una ley que habla de «mujer» sin reconocer otras identidades de las personas con capacidad de gestar; faltarán algunos años para que se legisle en relación con las identidades, como veremos más adelante. Por su parte, si bien la ley no hace mención alguna al respeto de tradiciones culturales específicas, el decreto reglamentario refiere que «*toda persona, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, parto y posparto o puerperio tiene derecho a ser tratada con respeto, amabilidad, dignidad y a no ser discriminada por su cultura etnia, religión, nivel socioeconómico, preferencias y/o elecciones de cualquier otra índole, de conformidad*

⁵ Su reglamentación se llevó a cabo mediante Decreto 2035/15.

con lo establecido en la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales» lo que permitiría la posibilidad de exigir el respeto a las diferentes prácticas culturales no hegemónicas. Se comienza a aplicar así una mirada interseccional en las políticas públicas. También se prevé expresamente que todo lo reconocido formará parte del Programa Médico Obligatorio, lo que implica que será de obligatorio cumplimiento para las obras sociales y entidades de medicina prepaga.

En el año 2006 se sancionaron dos leyes que continuaron la ampliación de los derechos sexuales: la ley 26.130, que estableció el Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica a nivel nacional; y la ley 26.150, que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral. No debe perderse de vista que, como dijimos antes, para el año 2005 el 36% de la composición de la Cámara de Diputados estaba constituida por mujeres y 42% en el caso de la de Senadores.

La primera ley reconoce el derecho de toda persona a realizarse los tratamientos denominados «ligaduras tubarias» y «vasectomía», sin requerimiento alguno de consentimiento de la pareja y de forma gratuita tanto en establecimientos públicos como privados. En términos de ampliación de derechos que hacen a la autonomía sobre el cuerpo de las mujeres, esta ley desde lo formal implicó un gran avance legal. Sin embargo, lo cierto es que el acceso a estas prácticas no resulta tan sencillo como afirma el precepto legal cuando son solicitadas por las mujeres. Asimismo, la ley también estatuye la *objeción de conciencia*, lo que demuestra la clara puja desde ciertos sectores conservadores y provenientes de la medicina que buscaron eximir al personal de la salud de realizar este tipo de prácticas. Empero, ello no exime de responsabilidad al establecimiento asistencial de asegurar el acceso a la práctica de contracepción quirúrgica reglada, mediante los reemplazos pertinentes⁶. Esta ley ha sido reformada recientemente en el año 2021 para reafirmar de forma expresa que no se requiere consentimiento de cónyuge ni autorización judicial. Además, se explica que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a la práctica y brindar su consentimiento informado, debiendo

⁶ Ver art. 6.

adecuarse la información a formatos adecuados y pertinentes y la aplicación de sistemas de apoyo y ajustes razonables para poder prestar el consentimiento.

La segunda ley establece el derecho a recibir educación sexual integral en todo establecimiento educativo público, de gestión estatal y privada y en cualquier modalidad. La idea de «sexualidad integral» refiere a los aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos que la comprenden.⁷

Entre sus objetivos se destaca «*procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres*», lo que permitiría afirmar el reconocimiento de desigualdad estructural por distinciones sexo-genéricas y la educación como herramienta útil para construir igualdad sustancial entre los sujetos. Es importante subrayar que el universo destinatario de la educación sexual integral comprende desde nivel inicial hasta el nivel superior de formación docente y de educación técnica no universitaria, lo que conlleva un posicionamiento diverso al de las normas anteriores –tanto nacionales como internacionales– en cuanto al reconocimiento de que el desarrollo de las personas y la construcción de su identidad a largo de todo el ciclo vital es siempre sexuado⁸. Se observa también la puja de intereses contrapuestos detrás de la sanción de la ley cuando en su art. 5 afirma que se deberán adaptar las propuestas a la realidad sociocultural de cada comunidad educativa con respeto a su ideario institucional y las convicciones de sus miembros.⁹

Tres años después, en 2009, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus

⁷ Ver art. 1

⁸ Sobre este punto es importante que la ley haga expresa referencia a la Convención de los Derechos del Niño en cuanto esta afirma el carácter de sujetos de lxs niñxs y no de objetos.

⁹ En diciembre de 2019 se presentó un proyecto de reforma de este artículo de la ley, en tanto se entendía que era a doce años de la sanción de la ley unos de los obstáculos de implementación en los colegios. Al respecto ver <https://www.infobae.com/sociedad/2018/09/15/educacion-sexual-las-razones-de-quienes-impulsan-la-reforma-de-la-actual-ley-nacional/>. Las discusiones a nivel nacional dieron cuenta de las posiciones de los grupos conservadores y religiosos que se alinearon bajo el lema “con mis hijos no te metas” y que afirmaban que se procuraba imponer una ideología de género que era contraria a las leyes de la biología. La nota periodística adjuntada da cuenta de estas expresiones <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/manifestacion-celeste-contra-la-ley-de-educacion-sexual-integral.phtml>. Finalmente, la reforma nunca se sancionó y la ley 26.150 mantiene en la actualidad su artículo 5 original.

relaciones interpersonales. Este plexo normativo tiene como objetivos específicos eliminar la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia. Entre los derechos reconocidos se encuentran a la integridad física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, como también las decisiones sobre su vida reproductiva. A los fines de lo que aquí vengo desarrollando, entiendo relevante remarcar que su art. 5 estatuye como modalidad de violencia contra la mujer la institucional (conformada por quienes forman parte del Estado), la violencia contra la libertad reproductiva y la violencia obstétrica, cada una de forma diferenciada.¹⁰

En relación con derechos sexuales, el próximo gran hito es el vinculado a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), pero que posee una evolución histórica propia que merece ser tenida en cuenta. El Código Penal Argentino (en adelante CPA) de 1921 estableció la prohibición general del aborto y la adopción del sistema de indicaciones permitidas.¹¹ Por su parte en 1968 durante el proceso dictatorial autodenominado «Revolución Libertadora» se dictó el decreto-ley n° 17.567 que restringía como causales de abortos no punibles (en adelante ANP) el peligro para la vida o la salud de la mujer que fuese grave o en casos de violación, cuando el hecho estuviese judicializado. Con el regreso a la democracia en el año 1973, mediante ley 20.509 se dejaron sin efecto las modificaciones a la legislación penal que no hubieran sido sancionadas por el Congreso Nacional.

Similar situación ocurrió durante la última dictadura cívico-militar, autoproclamada «Proceso de Reorganización Nacional». Así, se dictó el decreto-ley n° 21.338 y se reinstauró idéntica modificación. Recién en 1984, nuevamente en democracia, con la sanción de la Ley 23.077 se regresó a las previsiones de causales establecidas en el CPA de 1921.

Como expone Fernández Vázquez (2022), la realidad argentina durante gran parte de nuestro período democrático durante el siglo

¹⁰ Art. 6 incs b), d) y e).

¹¹ En su artículo 86 delineó las causales para los abortos no punibles (ANP) "1° Si se ha hecho con el finde evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto"

XX permitía aseverar que la *norma informal* era la prohibición total del aborto, sin el debido acceso a la práctica aun cuando encuadraba dentro de las causales establecidas en el CPA. Recién en el segundo lustro de los dos mil se comenzaron a producir cambios sociales e institucionales que habilitaron un modelo más permisivo. Según Fernández Vázquez (2022) esto se debió a una combinación de interpretación judicial, de institucionalización de guías técnicas por parte del Ministerio de Salud de la Nación y de la implementación de políticas públicas en el ámbito de la salud para garantizar los ANP seguros.

En este sentido, es destacable la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito (en adelante La Campaña) que surgió en el año 2005 como referencia del movimiento feminista en esta materia, que logró vincular un espectro amplio de posiciones políticas coincidentes acerca del aborto como práctica disruptiva de una feminidad asociada a la maternidad y vinculada al derecho a decidir sobre los propios cuerpos. La premisa política enarbolada consistía en «*educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir*». Ello promovió que el debate político sobre el proyecto de IVE se instalara socialmente respecto a las diversas cosmovisiones relativas a la sexualidad y al cuerpo de las personas con capacidad gestante. Desde su aparición política, La Campaña presentó proyectos de ley con miras a incorporar la IVE en siete ocasiones.¹² Ninguno de ellos se convirtió en ley.

Por su parte, en el año 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nacional dictó sentencia en el caso “F.,A.L.”, donde clarificó las causales de aborto no punible (ANP) en territorio nacional y prohibió las prácticas que impedían o retardaban su acceso.

El mayor logro de La Campaña y los feminismos en materia de IVE se produjo en el año 2018, cuando se logró la aprobación de un proyecto por la Cámara de Diputados, aunque luego fue rechazado – por escaso margen de votos – en la Cámara de Senadores. A pesar del resultado legislativo contrario, el consenso y la movilización resultante llegó a un nivel de visibilización que no se había visto hasta el momento, a punto tal que la cuestión alcanzó el debate público de manera amplia y profunda. Tal es así, que la conclusión en el sentir

¹² En los años 2007, 2008, 2010, 2012, 2014, 2016 y 2018.

social luego de este debate fue que «se *despenalizó socialmente el aborto*».

En este punto, es pertinente recordar que en el año 2017 se sancionó la ley de paridad en la composición de las listas de candidaturas a legisladores y legisladoras nacionales, lo que impactó en el proceso electoral realizado en el año 2019. Este proceso electoral produjo un cambio de partido político en la Presidencia de la Nación y una nueva conformación parlamentaria para debatir la IVE. Ya en el discurso de apertura de las sesiones parlamentarias el día 1 de marzo de 2020, se anunció que se enviaría un proyecto de despenalización y legalización del aborto al Congreso Nacional para su tratamiento. Fue la primera vez en la historia argentina que se tuvo abiertamente el respaldo del Poder Ejecutivo Nacional en favor de la sanción de la ley de interrupción voluntaria del embarazo.

La efectiva presentación del proyecto de despenalización y legalización confeccionado por el Poder Ejecutivo Nacional en el Congreso se realizó recién en el mes de noviembre de 2020. No debe soslayarse que en el mes de marzo comenzaron a tomarse medidas de aislamiento preventivo en Argentina ante la situación de emergencia sanitaria producida por la pandemia a causa del COVID-19.

El resultado de la votación en esta ocasión fue la aprobación primero en la Cámara de Diputados por 131 votos positivos, 117 negativos y 6 abstenciones en fecha 11 de diciembre de 2020. En tanto que el día 29 de diciembre de 2020 la Cámara de Senadores sancionó el proyecto y lo convirtió en ley a razón de 38 votos positivos, 29 negativos y 1 abstención. Así, la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14 de gestación pasó a estar despenalizada en Argentina y a tener que ser asegurada por el Estado en sus efectores públicos de salud.

IV. Conclusiones

El desarrollo realizado permite valorar cómo el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres influye en el abordaje y tratamiento de nuestros intereses. La incorporación legal de un piso de mujeres al ámbito del Congreso Nacional desde la vuelta a la democracia ha sido la puerta de entrada para que se discutan temas

de directo interés de las mujeres, como los vinculados a sexualidad y libertad reproductiva, que a su vez se encuentran directamente relacionados con los roles que se nos ha impuesto a las mujeres en esta sociedad patriarcal. Nuestra incorporación a la discusión democrática, primero para votar y ser votadas, y luego para asegurar que las lógicas propias de esta sociedad patriarcal no nos impidan acceder a los lugares en los que se deciden los acuerdos sociales y se reconocen derechos, ha tenido sus frutos. Esto ha establecido un piso de derechos que no ha sido sencillo de obtener y ha implicado discutir y luchar –políticamente– contra posiciones de poder de grupos conservadores y religiosos, pero que ha logrado el reconocimiento y ampliación formal de derechos.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar que la distancia entre los derechos formales que establecen las leyes y el acceso a los mismos es enorme. En este sentido, quienes se oponen de forma expresa o implícita al ejercicio de la sexualidad siguen teniendo una incidencia práctica que en muchos casos impide el acceso a derechos expresamente reconocidos hace décadas a las mujeres, en particular, y a otros grupos de personas, en general. Ello no implica desconocer la importancia de la sanción de estas leyes, sino identificarlas como un piso de lucha y trabajo de los feminismos a partir de aquí.

A ello se agrega que durante todo este año en el proceso electoral los derechos reconocidos a las mujeres y en materia de sexualidad y libertad reproductiva han sido ejes centrales de debate. Expresiones como «*que tengamos ley de aborto es una salvajada*» o que «*el aborto no es un derecho ganado*» de referentes del partido que ha ganado las elecciones y que propugna su derogación, deben llamarnos la atención. Las conquistas que los feminismos y grupos de mujeres hemos sabido construir y conseguir mediante militancia política y deliberación democrática no se encuentran a salvo por el mero hecho de su reconocimiento. Serán años de seguir interviniendo en los espacios públicos, argumentando fundadamente y ejerciendo nuestros derechos políticos para defender las conquistas. Desean regresar a una Argentina en la que no votábamos ni podíamos participar de la discusión pública, pero ya formamos parte de ella y no está en nuestro horizonte retroceder y recluirnos en los espacios privados. Las mujeres y los feminismos seguiremos siendo sujetos

políticos relevantes en la Argentina que viene y, a esta marea, no hay forma de pararla.

V. Bibliografía

- Ríos Tobar, Marcela (Ed.) (2008), *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Introducción por Ríos Tobar, Marcela, Santiago, Chile: Catalonia, págs. 13-23.
- Ríos Tobar, Marcela (Ed.) (2008), *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, La adopción e impacto de las leyes de cuotas de género: una perspectiva global por Krook Mona Lena, Santiago, Chile: Catalonia, págs. 27- 59.
- Ríos Tobar, Marcela (Ed.) (2008), *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, ¿En pie de igualdad? Quince años de cupo femenino en Argentina por Marx, Jutta, Caminotti, Mariana y Borner Jutta, Santiago, Chile: Catalonia, págs. 13-23.
- Archenti, Nélica; Tula, María Inés (2019), *Teoría y política en clave de género*, Ponticia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Institucionales, Colección Vol.30, págs. 13-43.
- Cena, María Julieta y Villarreal, Mariana (2022), *Dossier: Implementación de IVE. Investigaciones locales y de otras latitudes*, Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina por Fernández Vázquez, Sandra Salomé. En *Derecho y Ciencias Sociales*. Noviembre 2021-Abril2022, N° 26, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica.
- Friedman, Elisabet Jay (comp.), Rossi, Felicitas y Tabbush, Constanza (coord.. de la edición en español) (2020), *Género, sexualidad e izquierdas latinoamericanas. El reclamo de derechos durante la marea rosa*, Matrimonio igualitario, identidad de género y disputas por el derecho al aborto en Argentina. La política sexual durante el kirchnerismo (2003-2015) por Tabbush, Constanza; Díaz, Ma. Constanza;

Trebisacce, Catalina y Keller, Victoria; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Clacso.

- Bekevicius, Ailin (2022), *Mi cuerpo, mi decisión. Breve recorrido de la despenalización del aborto de 1921 hasta la actual legalización y la importancia de los proceso de transversalización*, en Revista Pensamiento Penal, n° 213.
- Petracci, M., Ramos, S., (2006), *La política pública de salud y derechos sexuales y reproductivos en la Argentina: aportes para comprender su historia*, CEDES.

La guerra democrática contra las drogas

Andrés Bacigalupo¹

Con el retorno de la democracia y las elecciones libres, las principales fuerzas políticas mayoritarias (UCR y PJ) batallaron contra partidos y voces minoritarias por resolver una temática social que los medios hegemónicos ponían en agenda de manera recurrente: «*el problema de la droga*», y en especial, en las manos de las juventudes.²

Las discusiones parlamentarias que se dieron con el retorno de la democracia respecto al fenómeno de las drogas nos grafican a grosso modo la eterna disputa discursiva sobre el consumo y venta de drogas ilegales hasta la actualidad; el poder que ejercen los medios de comunicación hegemónicos versus sectores especializados de la ciudadanía insistiendo en miradas humanistas, pacíficas y con vocación sanitaria.

¹ Abogado penalista. Especialista en Defensa y Garantías Constitucionales (UNL). Responsable de la sección drogas y derecho penal de la Revista de la Asociación pensamiento penal. Diplomado en resolución alternativa de conflictos (UNER) Docente en cursos sobre cannabis y políticas de drogas (UADER/UNER). Participante en proyectos de reforma y legislación sobre cannabis medicinal y régimen de estupefacientes.

² Este problema, vino acompañado de una retórica influida en sus bases por el gobierno federal norteamericano que años atrás había declarado la guerra contra las drogas con su presidente Nixon, y que a mediados de los 80 se vería incrementada armamentísticamente por Reagan y simbólicamente por su esposa Nancy con el slogan just say no drugs. Nuestra versión criolla del Say no to drugs se materializó en la Ley 23.358 (1986) como política pública destinada a la capacitación de la docencia en abordajes abstencionistas del consumo, junto con emisiones obligatorias en las radios y pantallas.

I. ¿Liberalismo, colectivismo o algo más?

El consumo de sustancias psicoactivas no es un tema que pueda tomarse a la ligera por una sociedad, en eso estamos todos de acuerdo. La Argentina no encaró este fenómeno de manera aislada en el mundo, sino que -salvando las particularidades de nuestra historia patria- siguió rumbos y copió modelos de abordaje que ya circulaban exitosamente en otras comunidades extranjeras. Con la globalización, las distintas drogas se dispersaron por todo el planeta, como así también los debates públicos e institucionales a ellas relacionados.

Lo cierto y concreto es que con el retorno de la democracia, en Argentina se desarrollaron miradas con una visión crítica sobre la política punitivista predominante. Una pequeña concentración en el obelisco organizada por la revista «Cerdos & Peces» convocó a la primera resistencia civil en el año 83 a marchar por la legalización de la marihuana, la cual era acompañada también por una parte de los movimientos y partidos de izquierda, expresión social que por cierto terminó con una dura represión policial a los manifestantes. En sintonía con ello, un reducido grupo de diputados y algunos ministros que integraban la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apostaban por un retorno de las ideas liberales, en confrontación con el autoritarismo del que habíamos salido y aún se encontraba latente en nuestra sociedad. Postulaban que debían respetarse las decisiones privadas de hombres y mujeres y el ejercicio de sus derechos individuales, ello por ser la base del estado de derecho democrático. Estas ideas tuvieron su impacto jurisprudencial y la Corte Suprema en el antecedente «Bazterrica» de 1986, declaró inconstitucional el delito que castigaba la tenencia para consumo personal. Pirmó allí, la concepción del usuario como una persona con libertad de autodeterminación de sus decisiones privadas.

Sin embargo, en esas épocas la mayoría de representantes políticos hacían eco en su discurso legislativo del flagelo de las drogas y su especial impacto en las juventudes. Medios hegemónicos de largo alcance e influencia en la opinión pública relucían a diario impactantes noticias sobre el aumento de consumo de algunas sustancias, como el pegamento a base de tolueno por parte adolescentes y niños pobres, siendo frecuente la asociación entre juventud, drogas y vandalismo.

El intento por la reivindicación de los derechos individuales perdió peso -o el poco que tenía- y a mediados del año 89, en un contexto de hiperinflación y saqueos, nuevas propuestas sobre las drogas tomaron mayor protagonismo. Ejemplo de ello lo fueron algunas propuestas políticas extremas como la pena de muerte para los traficantes, algo que la Iglesia Católica criticó duramente.

En 1989, se sanciona finalmente la reforma a la ley 20.771 mediante la ley 23.737. Allí se vuelve a considerar punible el delito de tenencia para consumo personal de estupefacientes previendo una serie de medidas curativas y educativas bajo amenaza de prisión por incumplimiento; por otra parte, la Corte Suprema con nuevos integrantes ratifica la constitucionalidad de la prohibición penal del consumo en el ámbito privado en el antecedente "Montalvo" (1990), sosteniendo que dicha figura penal buscaba proteger otros bienes de relevante jerarquía, como los valores morales de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia, la subsistencia de la misma nación y hasta la humanidad toda. Con este antecedente se reafirmaba la idea del usuario de drogas como un criminal, sostenida por la Corte Suprema durante la dictadura cívico-militar en el fallo «Colavini» (1978), ya que se lo consideraba el último eslabón de la cadena del narcotráfico.

II. Lo que se instaló y lo que se combatió

A partir de los años noventa, con el auge del comercio de la cocaína, el gobierno tenía un coctel de lenguaje jurídico para el combate a las drogas: no se trataba de derechos individuales como vimos, sino de bienes colectivos que se debían proteger.

Este abordaje no se concretó exclusivamente desde la faz punitiva, sino también sanitaria, en la que florecieron y se multiplicaron los efectos de las comunidades terapéuticas con base en el régimen de la disciplina, el encierro y el abstencionismo estricto.

A comienzos de la década del 2000, la grave crisis económica que nuevamente atravesaba el país condujo a la práctica del autocultivo de cannabis en muchos sectores de la población a los fines de abastecerse y escapar del mercado clandestino, lo que ubica a estas personas en nuevos estereotipos a reprimir.

En el año 2005, el punitivismo propio de la guerra contra las drogas se vio recrudecido luego de la tragedia de Axel Blumberg, aunado al hartazgo hacia la casta política que ya provenía del Argentinazo del 2001.

Una fuerte campaña encabezada por su padre Juan Carlos Blumberg, comenzó a llevar sus demandas a un gobierno que temblaba diariamente con la idea de ser víctimas del grito «*que se vayan todos*» vivido pocos años atrás y que se mantenía más latente que nunca.

La respuesta del gobierno no se hizo esperar, si la ciudadanía exigía mayor seguridad, el derecho penal iba a ser el «antídoto perfecto» para calmar el dolor de un pueblo ya partido en mil pedazos. La gran reforma penal trajo consigo penas más duras para la portación y tenencia de armas, endurecimiento en el acceso a la libertad condicional y el aumento de 20 a 35 años el cumplimiento efectivo de la prisión perpetua. La única propuesta que no prosperó fue la baja imputabilidad a los 14 años.

En este contexto se produjo la reforma penal con la Ley de Desfederalización (26.052) en julio del 2005. A partir de ese momento las autoridades provinciales fueron las que encabezaron las luchas locales, reproduciendo sus discursos bélicos contra usuarios y micro traficantes al menudeo, lo que trajo aparejado un verdadero colapso del sistema penitenciario¹, sin reducir ningún porcentaje de oferta ni demanda, ni mucho menos de los efectos más perniciosos que trae la prohibición: la proliferación de sustancias altamente adulteradas y la corrupción de las agencias penales.

³ Según los datos del Registro Único de Detenidos de la Provincia de Buenos Aires (RUD) al 31/12/2019, de un total de más de cincuenta y ocho mil personas privadas de libertad (58.300) bajo distintas modalidades, más de ocho mil (8.113) lo estaban por delitos relacionados a la ley de estupefacientes, alcanzando el 13,9. Según el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal (SNEEP) a fines del año 2018, se ubicaba como la tercera modalidad delictiva de encierro con 5.626 menciones, sólo superada por los delitos de robo y tentativa de robo (18.480) y los homicidios dolosos (5.749). (Para apreciar un balance en términos presupuestarios y carcelarios véase el comunicado de la Red de Jueces Penales Bonaerenses disponible en: <https://reddejueces.com/deteniendo-microvendedores-no-se-ataca-al-narcotrafico-declaracion-de-la-red/>

III. Las disidencias civiles

Hacia mediados de la década, importantes sectores de la ciudadanía (que habían comenzado a organizarse en los 90) logran alcanzar nuevos niveles de incidencia pública lo que implicó un impacto en las políticas que regulaban el fenómeno del uso de drogas ilegalizadas. Estas organizaciones de la sociedad civil comienzan a concientizar a la población con otros enfoques científicos y protestar en base a la evidencia y a programas sanitarios con excelentes resultados en distintas partes del mundo. Así surgen por ejemplo el Centro de estudios Avanzados en Drogodependencias y SIDA (CEADS) que en 1999 se nuclea en ARDA (Asociación de Reducción de Daños Argentina), la Red Argentina en Defensa de los Derechos de los Usuarios de Drogas (RADDUD).

Por otra parte, un movimiento civil creciente en torno a la despenalización del consumo de cannabis comienza a multiplicarse de modo vertiginoso, pequeños grupos en distintos puntos los cuales que tenían a la represión estatal como denominador común, concurre los primeros sábados de cada mayo a la Marcha Mundial de la Marihuana, pese a la fuerte presencia policial y a los arrestos aleatorios que se presentaron en múltiples de ellas. Ongs de derechos humanos, sectores de la academia y el arte, científicos, madres, jóvenes, profesionales de la salud, periodistas y demás partícipes fueron la voz de muchos y sus reclamos hicieron mella en las nuevas miradas sobre el asunto.

Así y con una nueva composición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2009 dicta el precedente «Arriola», en el cual se cristaliza este hartazgo de la población respecto al castigo penal por sus decisiones privadas. Este fallo constituye el corolario de una incesante discusión democrática librada durante años al instar a los poderes gubernamentales y legislativos a enfocar el fenómeno del consumo de sustancias ilegales desde el plano sanitario y no desde el punitivo. Es de destacar, que la reforma constitucional de 1994 y la ampliación del catálogo de derechos humanos adheridos a la misma, influyó en la construcción de sentencias de alto impacto en materia de respeto y dignidad hacia los derechos humanos y las garantías personales.

Otro de los logros de este pensamiento crítico se patentiza en 2010 en la nueva Ley de Salud Mental N° 26.657 que imprime una clara directiva en las políticas públicas de respeto a los derechos humanos adoptando el enfoque multidisciplinario y el tratamiento ambulatorio, elementos que se encontraban fuera de la lógica propia del tratamiento monovalente del modelo tradicional de la manicomialización. A este avance se le debe adicionar la sanción de la Ley 26.934 de Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos, cuya reglamentación efectiva hasta el día de hoy brilla por su ausencia.

IV. Los últimos años

La década 2010-2020 tuvo encuentros y desencuentros entre los sectores en pugna, pero esta vez, con actores de la disidencia al programa prohibicionista más fortalecidos y organizados. Sin embargo, el lema de la lucha contra el narcotráfico de todos los gobiernos democráticos volvió a acrecentar la población carcelaria a su vez que la asociación del consumo con la delincuencia seguía ocasionando dificultades para efectuar un debate orientado a la despenalización del consumo y abordajes de reducción de riesgos y daños.

Un renacer del enfoque punitivista latinoamericano en los últimos 15 años trajo consigo la profundización de la militarización de las Fuerzas de Seguridad y el debilitamiento de las garantías judiciales bajo la denominación del «narcoterrorismo». Estas políticas de seguridad se replicaron en la Argentina duramente incrementándose la presencia policial en las villas y sectores populares donde se enfocan con mayor ímpetu las batallas contra las «nuevas amenazas» y los nuevos enemigos internos en términos de campañas electorales.⁴

Estos avances discursivos bélicos se materializan en materia penal mediante la nacional Ley N° 27.375 que introdujo modificaciones en el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal, agregando para un

⁴ Esta doctrina sostiene que, ante la ausencia de conflictos bélicos en la región, las amenazas principales a la estabilidad de los Estados provienen ahora de la criminalidad organizada transnacional, en particular de actividades ligadas al tráfico de drogas y a fenómenos como “la pobreza”, “las migraciones”, “el populismo”. En los últimos años, los Estados Unidos insisten en sumar al terrorismo a este grupo”(CELS 2015).

catálogo de delitos, exclusiones que le impiden a la persona privada de la libertad acceder a los beneficios contemplados durante la ejecución de la pena, entre ellos los previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 (prácticamente todos las figuras penales más usuales de la ley de drogas).

Por otra parte, en este período cada vez más provincias comienzan a adherir al régimen de Desfederalización⁵ combatiendo el tráfico al menudeo y la tenencia de estupefacientes y pequeños cultivos domésticos sin distinción.

En este contexto de proliferación de nuevas políticas represivas hacia el fenómeno de las drogas, la ciudadanía que brega por la regulación del cannabis se ve apoyada por los avances científicos y medicinales alrededor del mundo. Una de las consecuencias más relevantes de ello es la sanción de la Ley Nacional N° 27.350 de Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta del cannabis y sus derivados, que con reparados y dificultades, puso en jaque a la criminalización indiscriminada sobre la población usuaria en virtud de las propiedades curativas de la planta.

Los derechos individuales de los usuarios de cannabis vuelven a escena, esta vez apoyados fuertemente en la protección del derecho a la salud de raigambre constitucional, tanto en municipios y comunas, organismos oficiales de ciencia y tecnología y universidades. Así, se genera un fuerte apoyo a las organizaciones civiles de usuarios medicinales y a sus reclamos. Los tribunales comienzan a hacer eco de este avance social, haciendo lugar a amparos por coberturas médicas con cannabis, permitiendo el autocultivo o bien desestimando causas penales en base a la doctrina Arriola y el nuevo paradigma terapéutico.

En 2020 un decreto presidencial reglamenta el autocultivo con fines terapéuticos y a partir de allí, una bocanada de decretos y resoluciones de distintas reparticiones públicas comienzan a permitir y habilitar distintas conductas tales como la posibilidad de agruparse en ONGs para la provisión de cultivos en red de asociados, la venta e inscripción de especies genéticas y el reconocimiento de los derivados de la planta como un producto lícito en las categorías de Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología.

⁵ Córdoba en 2012, Salta en 2013, Chaco en 2015, Entre Ríos y Santiago del Estero en 2018, y en 2019 se suma la Ciudad autónoma de Buenos Aires.

Hoy en día, una suma cercana a las 100 mil personas puede cultivar cannabis con fines de consumo terapéutico gracias a la autorización emitida por el Estado. Pero no solo eso trajo la revolución cannábica argentina en cabeza de la ciudadanía los últimos 15 años; además, se cuenta con una ley nacional de desarrollo productivo de cannabis medicinal de vanguardia a nivel mundial. La investigación médica y científica proliferó por todo el país y múltiples hallazgos beneficiosos en materia de salud se descubrieron en nuestro suelo patrio construyendo al edificio del saber universal.

Florecieron así una considerable cantidad de diplomaturas y posgrados enfocando las disciplinas que rodean todo lo concerniente a las políticas de drogas sobre esta planta, los conocimientos del cultivo y sus propiedades medicinales y los aspectos centrales para el desarrollo de la industria incipiente. El corolario legislativo del reconocimiento a los beneficios de esta planta duramente reprimida a inicios de los 80 provino con la Ley Nacional N°27.669 que regula el amplio marco de desarrollo productivo del cannabis medicinal y el cáñamo industrial, considerándose una normativa de avanzada en la región y el resto del planeta.

V. Lo que nos dejó la guerra y los edificios a reconstruir

Lo que nos dejaron estas cuatro décadas de guerra democrática contra las drogas es al menos la posibilidad que la ciudadanía aprenda y pueda ejercer sus derechos alzando la voz.

La costumbre del olfato policial y las requisas corporales sin orden recibió en el 2020 un duro revés proveniente de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta sentencia internacional nos obliga a reformar la legislación y a capacitar a las Fuerzas de Seguridad a los fines que se resguarden siempre los derechos a la dignidad, libertad y privacidad

Aunque muchos fueron los proyectos legislativos presentados para adoptar enfoques de despenalización y abordaje sanitario pocos han prosperado. El cambio político y policial camina a pasos muy lentos.

La ciudadanía cada día más organizada e informada sigue ejerciendo política a riesgo de la represión y el enfoque penal, practica civil y democrática que difícilmente disminuya ante atropellos y restricciones a los derechos más básicos y esenciales.

Urge asimismo, una profunda a cercanía entre las Fuerzas de Seguridad y las organizaciones civiles versadas en materia de políticas de drogas y salud mental. Muchas veces la formación policial va contramano a los avances reconocidos en leyes nacionales, generando una brecha innecesaria entre la ciudadanía y esta importante institución democrática.

Volviendo al inicio de estas páginas, el fenómeno de las drogas ilegalizadas encierra una lucha discursiva aguda y en constante crisis entre los derechos individuales frente a paradigmas de protección de bienes colectivos generalmente apoyados en lemas de seguridad y alarma social que buscan justificar las restricciones de los primeros. La única salida de esta guerra democrática es una democracia fortalecida, en un sistema de gobierno en el que todas las voces son igual de importantes y en la que el debate y el consenso se permita con amplia libertad y protección de las voces disidentes; donde prime la verdad basada en evidencia científica y donde la ciudadanía pueda decidir en base a información certera y fidedigna las decisiones que como pueblo nos llevarán a una sociedad más justa e igualitaria.

VI. Bibliografía consultada y sugerida

- CELS. La Guerra interna. Como lucha contra las drogas militarizando América Latina. Buenos Aires. 2015. disponible en <https://www.cels.org.ar/militarizacion/>
- Corbelle, Florencia. El activismo político de los usuarios de drogas. De la clandestinidad al Congreso Nacional. 1 edición. Teseo Press Design. ISBN 978-987-42-8799-1
- Echeverría, Tabaré. Historia de las marchas de la marihuana. Revista Mate. disponible en: <https://revistamate.com.ar/la-historia-de-las-marchas-por-la-marihuana-en-argentina/>
- Manzano, Adriana Valeria. Drogas y política en la Argentina de los ochenta. Fecha de publicación: 11/2017. Editorial: Sociedad

Argentina de Análisis Político. Revista: Revista S.A.A.P. ISSN: 1666-7883

Cárceles de la democracia: avances y desafíos

Larisa Zerbino¹
Lucía Gallagher²

I. Introducción

En este breve texto, nos interesa analizar el impacto que han tenido algunas políticas públicas vinculadas al reconocimiento de los derechos humanos hacia el interior de los establecimientos carcelarios. Se trata de grandes conquistas de derechos humanos en nuestro país, que ampliaron el horizonte de derechos individuales y colectivos de muchas personas, incluidas aquellas privadas de su libertad y su entorno.

La transformación de las cárceles y lugares de encierro en espacios dignos sigue siendo uno de los grandes desafíos para las instituciones democráticas. Convertirlas en «sanas y limpias», solo para «seguridad y no para castigo» es sin lugar a dudas una gran deuda de nuestra democracia. En este contexto de escaso respeto por los derechos constitucionales de las personas privadas de su libertad, las políticas públicas que aquí se estudian constituyen importantes logros hacia el interior de las prisiones.

Es entonces que nos proponemos analizar brevemente el impacto de las políticas de derechos humanos en las prisiones de nuestro país y plantear interrogantes sobre el efecto de leyes como la de *Identidad de Género, la Asignación Universal por Hijo, parto respetado,*

¹ Abogada (UBA) Doctoranda en Ciencias Sociales (UNGS/IDES), Secretaria General de APP y Defensora Auxiliar de Flagrancia MPD CABA.

² Abogada (UBA). Coordinadora del Área de Políticas Penitenciarias de APP y secretaria de la CFCP.

derechos laborales, educación, derecho al voto y la lucha contra la violencia institucional en el sistema carcelario. Veamos:

II. Identidad de género

La Ley de Identidad de Género, ley Nacional 26.743 promulgada en mayo de 2012, entre otras cuestiones de sustancial relevancia, modifica la legislación médica eliminando restricciones para intervenciones quirúrgicas de reasignación genital sin autorización judicial. Este cuerpo normativo permite a toda persona solicitar la rectificación registral del sexo, nombre e imagen, alineándose con su identidad de género autopercibida. Se trata de una ley impulsada por organizaciones trans y posiciona a Argentina a la vanguardia en derechos para integrantes de la comunidad LGBTIQNB+.

Sin embargo, la aplicación efectiva en contextos de encierro es limitada. Las personas trans encarceladas a menudo son llamadas por nombres que no reflejan su identidad de género autopercibida, en contradicción con lo establecido por la ley.

Para las mujeres trans en prisión, la situación se agrava, principalmente en el acceso a servicios médicos adecuados, incluyendo tratamientos hormonales y atención a enfermedades de transmisión sexual.

A ello se agrega la Ley 27.636 que busca promover la inclusión laboral de personas travestis, transexuales y transgénero, eliminando la valoración de antecedentes contravencionales y penales irrelevantes para el empleo. Este paso es crucial para abordar la vulnerabilidad de este colectivo y resulta necesario para superar las limitaciones que existen en la oferta laboral, la formación en las cárceles, con énfasis en la necesidad de promover la inclusión laboral de mujeres trans y privadas de su libertad.

III. Derechos laborales

La importancia de reconocer a las personas encarceladas como trabajadores y respetar sus derechos laborales no es novedad. El surgimiento del SUTPLA, un sindicato para trabajadores en contexto de encierro, y la formación de cooperativas de trabajo son ejemplos de los logros alcanzados en el ámbito. Sin embargo, los avances en

derechos laborales han sido impulsados en su mayoría por resoluciones judiciales, impulso de ONG's y de las propias personas privadas de su libertad y no tanto por políticas públicas estatales en materia penitenciaria.

La efectivización de derechos laborales y ciudadanos para personas privadas de libertad aún presenta desafíos pendientes, especialmente en la implementación de políticas penitenciarias acordes con los avances señalados y al especial señalamiento de pensar los derechos laborales en clave de género.

IV. Asignaciones familiares

Las mujeres privadas de libertad tienen derecho a recibir la asignación universal por hijo y por embarazo –AUH y AUE–.

En el año 2015, las mujeres detenidas en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal presentaron un Habeas Corpus Colectivo para ser beneficiarias de estos programas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló a favor, respaldando la interpretación a favor de las asignaciones familiares a las mujeres alojadas en la Unidad 31.

V. Parto respetado y violencia obstétrica

La Ley 25.929 regula el parto respetado y visibiliza la violencia obstétrica. A pesar de la existencia de la ley, en contextos de encierro la lógica de seguridad en muchos casos choca con lo garantizado por la normativa. Al respecto, cabe mencionar el informe elaborado por la Procuración Penitenciaria- «Parí como una condenada: experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad»³ que evidencia situaciones de violencia obstétrica hacia mujeres en prisión y destaca la necesidad de cumplir con los derechos establecidos por la ley, incluso en el ámbito carcelario.

³ 1a ed- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación; La Plata : Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires ; CABA : Defensoría del Pueblo de la Nación ; CABA : Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2019.

VI. Educación

La Ley de Ejecución 24.660, modificada por la Ley N° 26.695 y por el Decreto Reglamentario 140/15, busca reforzar el derecho a la educación de las personas privadas de libertad y establece el acceso a una educación pública, integral, gratuita, permanente y de calidad sin discriminación. Se exige a los Ministerios de Educación y Justicia, a nivel nacional y provincial, desarrollar un sistema de información sobre la oferta educativa en los centros de detención y garantizar su acceso público.

El habeas corpus correctivo es una vía para corregir situaciones que restringen este derecho. Aunque se han realizado esfuerzos desde organismos de derechos humanos y el Poder Judicial, persisten desafíos, como la oferta desigual para mujeres y la falta de instancias educativas e informativas sistemáticas desde el Estado durante la privación de la libertad.

VII. Violencia institucional

La Ley 26.827 establece el Sistema Nacional para la Prevención de la Tortura y el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT) como nuestro Mecanismo Nacional, conforme al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

El CNPT, compuesto por 13 miembros, tiene jurisdicción en todo el país y en lugares de detención, definiendo «privación de libertad» como cualquier forma de detención o encarcelamiento. Sus objetivos incluyen enviar al Congreso el proyecto de ley de cupo carcelario para garantizar condiciones dignas, vinculado al derecho constitucional a condiciones no inhumanas o degradantes.

Por otra parte, se destaca la creación del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles en 2013, impulsado desde el Poder Judicial, el que integra a diversos actores, incluyendo representantes de la sociedad civil.

Inicialmente orientado hacia el monitoreo mediante informes detallados, ha evolucionado hacia inspecciones directas. Los monitoreos buscan evaluar las condiciones de alojamiento, el trato, la alimentación, la atención médica y otros aspectos relevantes. La presencia de autoridades judiciales en estos lugares facilita

respuestas inmediatas y soluciones, reduciendo la burocracia y promoviendo la transparencia. Así, la interconexión de información entre las partes contribuye a una toma de decisiones más eficiente. Sin dudas, la promoción de organismos interinstitucionales es esencial para recuperar la confianza en las instituciones y prevenir la violencia institucional.

VIII. Gestión carcelaria. El modelo penitenciario alternativo

En octubre de 2019, se inició en la Unidad Penitenciaria N° 15 de Mar del Plata el proyecto piloto «*Protocolo para la prevención y solución de conflictos disciplinarios y fomento de la mediación en contexto de encierro*», ideado por Mario Juliano para pacificar el entorno carcelario.

Este proyecto implicó la creación de Comités de Prevención y Solución de Conflictos (CPySC) que abordan los conflictos cotidianos en el ámbito carcelario. Estos comités, conformados por diversas voces de la comunidad penitenciaria y la sociedad civil, buscaban consensos para asegurar la convivencia pacífica y aplicar un régimen disciplinario basado en gradualidad y autodisciplina a través de medidas restaurativas y socioeducativas.

En 2020, bajo la iniciativa del Servicio Penitenciario Bonaerense, el Proyecto se implementó en todas las unidades de la provincia de Buenos Aires, adaptándose a las restricciones de la pandemia mediante el uso de plataformas virtuales. La experiencia demostró una reducción significativa de la violencia y un cambio en la percepción del aislamiento como única solución.

El Protocolo establece que cualquier transgresión a las normas de disciplina puede incluirse en él, siempre que la persona privada de libertad involucrada lo acepte voluntariamente. La aceptación implica un compromiso y el cumplimiento de una medida reparadora consensuada.

La iniciativa fue reconocida por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura y mencionada en un fallo judicial de la Cámara Federal de Casación Penal como una buena práctica. Además, se replicó en distintas provincias como Chaco, San Juan y Tucumán y a nivel federal en jóvenes adultas y adultos.

Estos programas interdisciplinarios cobran especial importancia en contextos de crisis, como sucesión durante la pandemia, al ofrecer mecanismos restaurativos frente a la violencia y la arbitrariedad, contribuyendo a la pacificación de las cárceles.

IX. Derecho al voto

A pesar de ser un derecho fundamental reconocido en la Constitución Nacional y en normativa internacional, se han establecido barreras legislativas y judiciales que impiden actualmente a las personas privadas de libertad condenadas ejercer su derecho al voto en prisión, ya que no se ha reglamentado esta situación.

En 1998, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó una acción de amparo colectivo en favor de las personas privadas de libertad sin condena. La Cámara Nacional Electoral reconoció la legitimidad de la acción y declaró la inconstitucionalidad de la restricción impuesta por el Código Electoral. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, que emitió el fallo «Mignone» en el que ordenó al Estado Nacional adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho al voto de las personas detenidas sin condena en un plazo de seis meses.

En 2003, el Congreso Nacional reformó el Código Electoral Nacional, derogando la disposición que excluía a las personas detenidas sin condena del padrón electoral. Posteriormente, en 2006, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó el artículo correspondiente, estableciendo que los procesados en prisión preventiva tienen derecho a votar y creando el Registro de Electores Privados de Libertad y mesas de votación en los establecimientos de detención.

Así se ha reconocido el derecho al voto de las personas privadas de libertad sin condena en Argentina, y se han establecido mecanismos para su ejercicio durante su detención.

En lo que respecta a las personas condenadas, el Código Nacional Electoral y el Código Penal establecen que las personas condenadas por delitos dolosos a pena privativa de libertad están excluidas del padrón electoral durante el tiempo de su condena.

Esta restricción ha sido cuestionada por diversos organismos de control y organizaciones no gubernamentales, argumentando que es

violatoria de la finalidad resocializadora de la pena, refuerza la exclusión y la estigmatización de las personas privadas de libertad, y va en contra de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

La Procuración Penitenciaria de la Nación ha realizado importantes aportes en este tema y ha presentado proyectos de ley para modificar la legislación y permitir que las personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho al voto durante su detención.

A lo largo de la historia de nuestro país ha habido avances en la conquista de la universalidad del voto, pero aún queda camino por recorrer. Es necesario garantizar que todas las personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho al voto. Las experiencias exitosas de permitir el voto de las personas procesadas respaldan esta conclusión.

Para lograrlo, es fundamental que el Estado argentino, a través del Poder Legislativo, rectifique esta situación contradictoria con la norma constitucional y el espíritu del tratamiento penitenciario, asegurando que todas las personas en establecimientos penitenciarios puedan elegir a sus representantes y participar en la vida política del país.

X. Conclusión

Hemos analizado –sucintamente– el modo en que algunas reformas legislativas recientes han influido en el ámbito penitenciario, exigiendo un control judicial eficiente que favorece el cumplimiento de los derechos de las personas privadas de libertad.

En una sociedad democrática, la participación de los tres poderes del Estado y la sociedad civil es fundamental en la etapa de ejecución de la pena, especialmente en lo que respecta a las condiciones carcelarias. Es esencial promover la participación ciudadana y establecer conexiones entre el exterior y el interior de las cárceles para facilitar el aseguramiento de los derechos de las personas privadas de libertad.

Una legislación orientada a la justicia social, como la ley de identidad de género, la Asignación Universal por Hijo (AUH), la Asignación Universal por Embarazo (AUE), la expansión de las normas laborales y los mecanismos de control de la violencia

institucional ha permeado las cárceles con respaldo judicial. Actualmente, resulta inconcebible una política penitenciaria que no considere estos aspectos.

A pesar de estos avances, consideramos que nuestra democracia tiene una deuda pendiente a profundizar el control sobre condiciones de detención, la sobrepoblación, el hacinamiento, el cupo de habitabilidad, las requisas, el trato no vejatorio, el uso indiscriminado de la prisión preventiva y la falta de oportunidades para quienes han egresado de prisión. Estos desafíos requieren un esfuerzo continuo del Estado en colaboración con la sociedad civil, en pos de promover mayores puentes de reintegración social.

XI. Bibliografía

- «Parí como una condenada: experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación ; La Plata : Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires ; CABA : Defensoría del Pueblo de la Nación ; CABA : Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2019»
- Gallagher, L. y Zerbino L. “El desafío pendiente de la democracia. Repensar la cárcel desde una perspectiva integral de políticas públicas” Revista Estado y Políticas Públicas nº 18, Marzo-Septiembre de 2022, CABA, Ed. Flacso, pág. 57 a 77.
- Filippini, L. y Rossi, F. (2012) Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. ISSN 0328-5642. pp. 187-213. Año 13 N°1.
- Gallagher, L, Botta Ameri L «El derecho al voto de las personas privadas de libertad en Argentina» en «La prisión en el Siglo XXI. Diagnósticos, debates y propuestas». 2023, Editores del Sur.

La Defensa pública y la democracia. Avances, deudas, perspectivas y desafíos

Nicolás Omar Vargas

“No debe existir país civilizado de la tierra, ni tratado, convención, pacto, constitución o ley que no consagre en forma amplia y completa el derecho de defensa en juicio. Es más, es probable que este derecho constituya una de las garantías esenciales del hombre frente al inconmensurable poder punitivo estatal, sin el cual no podría concebirse persecución criminal alguna. Redundar sobre ello resultaría ocioso a esta altura de la cultura jurídica adquirida...”

Mario Alberto Juliano

“...es importante que los defensores (y en ellos incluyo a todos quienes trabajan en la defensa pública, no solo a los que “ostentan” el cargo de magistrados) sepan dónde están parados, de dónde viene esa fundamental institución, que precede incluso a la misma democracia, pero que está inextricablemente arraigada en ella. Qué precede al vocabulario de la justicia social, pero es un actor fundamental para hacerla efectiva. Aunque su origen sea colonial, está absolutamente entretrejida con las tres promesas (o valores) clásicas de la modernidad: libertad, igualdad, fraternidad. Pero si hubiera que elegir uno sólo de ellos para justificar la existencia de la defensa pública éste sería la igualdad. O más bien, la lucha por la igualdad, porque la igualdad, creemos, es un horizonte que hasta ahora se nos ha hecho inalcanzable, pero que sin dudas nos ha permitido avanzar. Esta lectura de la defensa pública sirve para entender por qué ésta institución es tan importante, y hasta germinal, tanto en lo que llamamos democracia, como en lo que llamamos estado de derecho.”

Mariano Hernán Gutiérrez

I. Defensa pública y democracia¹

A propósito de los cuarenta años de democracia en nuestro país, un hecho inédito para nuestra historia, la Asociación Pensamiento Penal generosamente nos invita a reflexionar sobre los logros y deudas que surgen luego de transitar estas primeras cuatro décadas de vida democrática. Desde ya, es mucho y muy variado lo que se puede decir sobre el punto, inclusive si se acota la reflexión a lo que sucede dentro del campo judicial. De todas las cuestiones posibles, y necesarias, sobre las que se puede reflexionar en torno a la regulación y al quehacer del sistema judicial me interesa detenerme sobre la defensa pública.

La configuración y diseño de la defensa pública, por cierto, no es una cuestión ajena a la vida institucional de la Asociación Pensamiento Penal. En otros tiempos, y ante la iniciativa de Diego Lucas Fernández, la Asociación buscó incidir en procesos de reforma de algunos sistemas de defensa pública provinciales para buscar su fortalecimiento. Particularmente, en lo que hace al otorgamiento de autonomía a la defensa pública, cuestión central, como veremos, para que el organismo pueda desarrollar sus funciones de modo adecuado (Fernández, 2014).

II. Sin derechos no hay democracia

Si por algo se caracterizan nuestros tiempos es por la existencia de un generoso catálogo de derechos como de garantías que, ya desde hace casi tres décadas, forman parte del paisaje constitucional. Aunque se advierte que –a pesar de ser una cuestión tan evidente que se percibe desde el más elemental sentido común– estamos lejos de que el ejercicio y goce de esos derechos sea una realidad efectiva para el todo el pueblo.

¹ Nicolás Omar Vargas es abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), magister y doctor en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Autor de *La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana* (Olejnik, 2023a) y de Programa de Estudios sobre Poder Judicial: Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales: Informe N° 5. Defensa pública y autonomía (Edunpaz, 2023b). Docente de grado, posgrado e investigador de la Universidad Nacional de José C. Paz, donde dirige la investigación La realización de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública desde una perspectiva federal, correspondiente a la programación 2023-25 de los programas de investigación y desarrollo de esa Universidad. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: nicolasvargas7@gmail.com

Antes de seguir, quiero hacer dos comentarios que considero ineludibles.

Primero, que lo dicho no implica, bajo ningún aspecto, «bajarle el precio», como se dice coloquialmente, a los derechos y garantías con anclaje constitucional y convencional, cuyo reconocimiento con la máxima jerarquía existente en nuestro orden normativo no es solo muestra de su carácter indiscutible de derechos fundamentales, sino también de su centralidad en un estado de derecho. Un estado de derecho que, naturalmente, no solo debe abastecer el respeto a las reglas y procedimientos democráticos en la actuación de cada los poderes públicos, sino que también comprende el efectivo goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Segundo, que desde esa plataforma no queda más que promover, sobre todo entre las y los jóvenes, el estudio de los derechos humanos, no solo desde una *praxis* académica –que por supuesto es más que necesaria para que elaboremos nuestros propios discursos–, sino también como una militancia por la dignidad. No es, ni más ni menos, que la lucha por el derecho de la que hablaba Rudolf von Ihering hace un siglo y medio, y la pelea por la igualdad que dio Bartolomé de Las Casas prácticamente desde los albores de la colonización en nuestro continente; no solo desde sus desarrollos teóricos, sino también como fundador –por decirlo de algún modo– de la defensa pública en nuestro continente.

III. La defensa pública como garante de derechos

Hechas las aclaraciones pertinentes, se advierte que ante un escenario de reiteradas y sostenidas vulneraciones a los derechos sociales que hacen al mínimo contenido de la dignidad humana aparece como necesaria una institución dedicada a atender las necesidades jurídicas de las personas y colectivos afectados por esa situación.

De poco sirve, o cuanto menos su eficacia queda en entredicho, que los derechos que sean reconocidos y garantizados y luego se transformen en letra muerta. Ante ese escenario de vulneración de derechos, sea por acción u omisión de los otros poderes públicos, debe intervenir el poder judicial, más allá de que sería inocente pensar que el litigio funciona como una panacea y que todas las

problemáticas se solucionan litigando. Y para que el poder judicial se ponga en funcionamiento debe haber una institución que tenga por misión –más allá del ponderable trabajo que se pueda realizar desde otros espacios– llevar esas demandas ante el sistema judicial. Esa institución no debe ser otra que la defensa pública.

Entiendo que una deformación profesional habitualmente me lleva a referirme, cuando hablo sobre defensa pública, primero a sus funciones en el ámbito penal para luego ocuparme de sus otros ámbitos de actuación. Pero, en esta oportunidad, por la centralidad que entiendo que tienen los derechos sociales en un estado de derecho democrático y la inocultable deuda de nuestra democracia sobre el punto, elegí realizar el camino inverso.

Además, deben tenerse presentes los diversos desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos que ponen en cabeza de los estados la obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuitos a diversos colectivos vulnerables, por ejemplo migrantes, refugiados y desplazados, mujeres o disidencias víctimas de violencia de género o personas con padecimientos de salud mental institucionalizadas; como también debe considerarse que el concepto de acceso a la justicia, no es solo la posibilidad de litigar, sino que comprende la difusión y el ejercicio de derechos. Tanto frente a una como a otra circunstancia, la defensa pública está llamada a tener un rol central.

En el ámbito penal la defensa pública tiene por misión asegurar el derecho a la defensa de todas aquellas personas que son sometidas a un proceso, sin importar su condición económica, velando de modo exclusivo por los intereses de la, o las, personas a quienes defiende. Es mucho lo que se ha trabajado sobre el derecho a la defensa penal. En ajustada síntesis, debe recordarse que el ejercicio de ese derecho debe ser realizado desde los primeros momentos del proceso penal hasta su culminación, y que la defensa técnica –es decir la tarea que realiza un o una profesional del derecho– debe estar subordinada a la defensa material de la persona acusada. Esto inclusive lleva a que se acepte, más allá de que sea una cuestión a considerar con prudencia por la complejidad propia del litigio, que la persona acusada pueda llevar adelante también su propia defensa técnica.

También en los últimos tiempos, la defensa pública, al menos en los fueros nacional y federal, se ocupa de la tutela de los derechos de

las víctimas de delitos; todo ello en el marco del reconocimiento cada vez más generoso que se da en nuestro orden jurídicos de los derechos de las personas damnificadas por un delito. Esta situación por un lado es auspiciosa, no solo porque el reconocimiento de derechos y garantías a las víctimas hace a sus derechos fundamentales y puede ser útil para poner en crisis aquel principio según el cual el proceso penal expropia el conflicto dejando de lado el interés o la opinión de quienes se encuentran involucrados en ellos en calidad de víctimas. Por otro lado, plantea un gran desafío, en tanto los derechos y garantías de las víctimas se deben armonizar con los de las personas imputadas.

IV. Algunos hitos en torno a la defensa pública en estos cuarenta años

Al hablar de defensa pública, es inevitable referirse a algunos hitos en estos cuarenta años bajo un sistema democrático que sentaron las bases sobre las cuales deben desarrollarse, de modo ineludible, los sistemas de defensa pública de nuestro país.

La reforma constitucional del año 1994 trajo, entre otras novedades, la incorporación del artículo 120 a la Constitución Nacional, de acuerdo al cual se establece la independencia del ministerio público, como su autonomía funcional y autarquía financiera, teniendo por misión la promoción de la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad. Ese mismo artículo dispone que el ministerio público está conformado por un procurador general de la Nación, un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Se pueden hacer algunas observaciones sobre la técnica legislativa, en tanto puede generar, en una primera lectura, cierta confusión que pueda llevar a afirmar que ministerio público fiscal y de la defensa deban funcionar bajo la misma institución. Tampoco resulta del todo acertada la fórmula según la cual el ministerio público debe actuar en defensa de los intereses generales de la sociedad, sobre todo si se considera que es misión de la defensa pública la defensa exclusiva y excluyente del interés que representa. Para ser claros, los defensoras y defensores públicos –y, por cierto, también quienes ejercen la profesión como defensores particulares–

no son auxiliares del sistema judicial. Esta idea, de profundo cuño inquisitivo, debe ser desterrada no solo de las normas, campo en el que indudablemente se avanzó, sino también en el ámbito de las prácticas judiciales.

En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la misma reforma constitucional le dio jerarquía constitucional a dos instrumentos que considero centrales en la configuración del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De allí, surgen algunas pautas que no pueden ser ignoradas a la hora de dar forma a los sistemas de defensa pública de las provincias como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También existen otros desarrollos en el marco del *soft law*, de los cuales por razones de espacio no nos podemos ocupar ahora, pero que ayudan a delinear el contenido del derecho al acceso a la justicia.

En resumen, del *corpus iuris* mencionado y sus condiciones de vigencia, surgen algunas pautas tan elementales como inevitables que deben ser seguidas en la configuración de la defensa pública como institución. Se trata, a fin de cuentas, de dar institucionalidad a la defensa pública, dotándola de autonomía y autarquía; como también de asegurar la existencia de una carrera profesional, de espacios de capacitación para quienes integran la institución, de control efectivo sobre la actuación de las y los defensores, y de que puedan actuar en igualdad de armas con su contraparte. Y, por supuesto, la defensa debe ser abastecida de recursos suficientes para su actuación. Será difícil, más allá del compromiso que puedan exteriorizar quienes trabajan en la institución, que la defensa pueda cumplir con sus funciones si no se le garantizan los recursos necesarios para ello.

Para que quede claro, los estándares reseñados no son privilegios corporativos para la defensa pública y quienes la integran, sino garantías funcionales para asegurar su correcto funcionamiento.

V. Un acercamiento a la realidad de la defensa pública en nuestro país. Avances, deudas, perspectivas y desafíos

El diseño federal de nuestro país que surge de la Constitución Nacional implica que cada provincia, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), se encargue del diseño de sus propias instituciones públicas. Ello comprende, naturalmente, a aquellas que integran el sistema judicial, como es el caso de la defensa pública. Una aproximación al tema, que merece ser profundizada, podría hacernos pensar que las pautas que hacen a la configuración de la defensa pública deben ser respetadas por los estados provinciales y la CABA, sea porque el federalismo no es una excusa válida para desentenderse de las obligaciones asumidas por nuestro país ante la comunidad internacional. Al respecto, la cláusula federal contenida en el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no deja espacio para las dudas; como también por el propio diseño del federalismo en nuestra Constitución, en particular por el artículo quinto de acuerdo al cual cada provincia dicta su constitución bajo el sistema representativo republicano que respete los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, asegurando su administración de justicia.

Partiendo de ese escenario, creemos importante estudiar a la defensa pública desde una perspectiva federal, tarea que estamos emprendiendo, muy bien acompañados por un grupo de jóvenes investigadoras e investigadores, en el marco de la investigación que lleva por título *La realización de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública desde una perspectiva federal*», radicada en la Universidad Nacional de José C. Paz, una de las llamadas «universidades del bicentenario». En el marco de esta investigación el primer acercamiento al análisis de la situación de la defensa pública se ocupó del grado de cumplimiento de la autonomía de la defensa pública, desde una perspectiva normativa.

La elección de la autonomía para iniciar nuestra pesquisa no fue casual ni inocente.

Antes que nada, debe decirse que la exigencia de dotar a la defensa pública de institucionalidad se encuentra abastecida en nuestro país, dado que en todas las provincias existen instituciones

de defensa pública. No cabe duda de ello luego de la reciente sanción de la Ley 10.915 en la provincia de Córdoba, promulgada el pasado mes de septiembre. Ello, nos llevó, en nuestra investigación, a descartar en un primer momento el estudio de la institucionalidad, sin perjuicio de que el modo en el cual se organiza la defensa pública es una cuestión central para el cabal cumplimiento de su misión, que no es otra que garantizar el acceso a la justicia y trabajar en pos del respeto de los derechos humanos.

La autonomía de la defensa pública implica su independencia de otros organismos. Como ya hemos visto, las normas de máxima jerarquía de nuestro orden normativo no dejan espacio para las dudas sobre la obligación de dotar de recursos a la defensa pública. Pese a ello, sobrevive una rémora inquisitiva en nuestros sistemas de administración de justicia, que en el tema bajo estudio se traduce en la falta de autonomía de la defensa pública, subordinándola al Poder Judicial o al Ministerio Público Fiscal. No hace falta demasiado esfuerzo para advertir que una institución que actúa como contraparte de los fiscales o planteando demandas vinculadas al respeto de los derechos humanos al sistema judicial, debe ser autónoma.

En el primer informe publicado a partir del trabajo realizado por el grupo de investigación de Defensa Pública de la UNPAZ (Vargas, 2023b) advertimos que, de las veinticinco jurisdicciones que la integran –considerando el estado nacional, las provincias y la CABA–, catorce garantizan la autonomía de la defensa pública. Observando la cuestión desde una perspectiva cronológica, es indudable el carácter pionero de la Ley 24.946 que reglamentó el artículo 120 de la Constitución Nacional, interpretándolo a su mejor luz, y dio autonomía a la Defensoría General de la Nación, sendero que se mantuvo y se profundizó con la Ley 27.149. Luego vinieron las leyes de la Ciudad Autónoma, con una primera regulación que data del año 1998 y fuera reemplazada por otra norma en el año 2005; y las de Chubut, en 2002, Entre Ríos y Salta en 2004, y Santa Fé en el año 2019.

La última década implicó un salto cuantitativo de importancia en el lote de provincias que le dieron autonomía a sus defensas públicas. A las mencionadas en el párrafo anterior, se debe agregar a Neuquén,

Jujuy, Mendoza, Tucumán, Santiago del Estero, San Juan, San Luis y La Rioja.

Quedan once provincias –La Pampa, Corrientes, Formosa, Misiones, Río Negro, Chaco, Catamarca, Buenos Aires, Córdoba, Tierra del Fuego y Santa Cruz– en la cuales aún no se avanzó en el otorgamiento de autonomía a la defensa pública. En la gran mayoría de esas provincias el obstáculo surge de las constituciones locales, donde se establece una ubicación institucional de la defensoría pública que va a contramano de las pautas y estándares antes reseñados. En otras provincias –como es el caso de Córdoba, Tierra del Fuego y Santa Cruz– al no haber disposiciones constitucionales sobre defensa pública se puede avanzar con menos obstáculos hacia el otorgamiento de autonomía.² También en concreto Buenos Aires y Corrientes se dieron litigios para detener procesos de fortalecimiento de la defensa pública (Vargas, 2020 y 2021), lo que demuestra que se trata de una cuestión que genera resistencias hacia el interior del sistema de administración de justicia.

Un balance sobre la situación de la defensa pública en nuestro país a cuarenta años de la recuperación democrática da cuenta de importantes avances que se traducen en específicas regulaciones y definiciones que ya forman parte del conjunto de nuestros derechos fundamentales. Por cierto, se avanzó mucho en la concreción de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública, al menos en lo tocante a la autonomía, aunque aún falta un largo camino por recorrer; como también se debe estar alerta frente a posibles retrocesos.

Nuestros mejores esfuerzos deben estar enfocados hacia el fortalecimiento de la defensa pública. Una defensa pública fortalecida es fundamental en un sistema democrático.

VI. Bibliografía

- Fernández, Diego Lucas (2014). La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino. En Gauna Alsina, Fernando (coordinador), Por una

² La cuestión es ampliamente desarrollada en el quinto informe del Laboratorio de Estudios sobre el Proceso Penal de la Universidad Nacional de José C. Paz (Vargas, 2023b), donde se da cuenta de cada una de las normas provinciales sobre la materia. El informe puede consultarse en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/99>

- agenda progresista para el sistema penal, Siglo XXI Editores, Buenos Aires,
- Gutiérrez, Mariano Hernán (2023). Epílogo. La defensa como institución y como vocación. En La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
 - Juliano, Mario Alberto (s/f) Preocupante sanción a un defensor en el ejercicio de su magistratura. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30108-preocupante-sancion-defensor-oficial-ejercicio-su-magistratura>
 - Vargas, Nicolás Omar (2020). Litigios contra la autonomía de la defensa pública, ¿Activismo judicial contra la autonomía?. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2020, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá.
 - Vargas, Nicolás Omar (2021). Nuevos aires para la defensa pública bonaerense, en Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires, Vol. 7, Bertelotti, Mariano y Racca, Ignacio (directores), Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
 - Vargas, Nicolás Omar (2023a). La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
 - Vargas, Nicolás Omar (2023b). Programa de Estudios sobre Poder Judicial: Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales: Informe N° 5. Defensa pública y autonomía, Edunpaz, José C. Paz. Disponible en <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/99>

Avances democráticos en materia de legislación ambiental

Franco Nicolás Gorini¹

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

Artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina.

I. Introducción

El 30 de octubre de 1983 el pueblo argentino ejerció su derecho a elegir, depositó sus esperanzas dentro de una urna e hizo valer su voluntad de contar con un gobierno democrático para guiar el futuro de la Nación y dejar atrás años de violencia interna.

El 10 de diciembre de ese mismo año, el Dr. Raúl Alfonsín asumió la presidencia y dio inicio a un período ininterrumpido de cuarenta años de democracia.

¹ Abogado graduado con Diploma de Honor en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Especialista en Derecho Ambiental (UCA). Estudios de Maestría en Derecho Penal en la Universidad Austral (UA) y en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Diplomatura en Ciberdelincuencia y Tecnologías aplicadas a la Investigación (con titulación conjunta por la Universitat Abat Oliba CEU de España y la Universidad Austral de Argentina). Posgrado Especial en Teoría del Delito organizado por la Universitat Pompeu Fabra de España (UPF – Barcelona) y la Universidad Austral de Argentina (UA). Responsable a cargo de la sección de Derecho Ambiental de la Revista Pensamiento Penal. Docente de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Miembro Investigador del Proyecto DeCyT “Ecocidio como crimen internacional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Funcionario en el Poder Judicial de la Nación.

El camino transitado no ha sido sencillo. Numerosos episodios – que no vale la pena recordar– sirven de ejemplo para ilustrar la ardua tarea que ha recaído sobre los habitantes del suelo argentino desde ese momento: velar todos los días por el mantenimiento de nuestra anhelada democracia.

Al mismo tiempo, ese deber de proteger un sistema de gobierno que acobije las distintas pluralidades se ha visto desde su génesis acompañado por otro, insoslayable, como es el del cuidado ambiental.

Desde una perspectiva histórica, la preocupación argentina por la protección del ambiente ha estado presente desde hace mucho tiempo.

Julio Argentino Roca se preguntó alguna vez si los hombres tenemos el derecho a invadir y violar los derechos de la naturaleza, y hasta dónde se puede avanzar sobre las frondosidades de la tierra desbordante en búsqueda de progresos.²

Desde esa misma senda, Juan Domingo Perón advertía ya en 1972 que

«[...] ha llegado la hora en que todos los pueblos y gobiernos del mundo cobren conciencia de la marcha suicida que la humanidad ha emprendido a través de la contaminación del ambiente y la biosfera, la dilapidación de los recursos naturales, el crecimiento sin freno de la población y la sobreestimación de la tecnología. Es necesario revertir de inmediato la dirección de esa marcha, a través de una acción mancomunada internacional. Tal concientización debe originarse en los hombres de ciencia, pero solo podrá transformarse en la acción necesaria a través de los dirigentes políticos. El ser humano ya no puede ser concebido independientemente del ambiente que él mismo ha creado. Ya es una poderosa fuerza biológica, y si continúa destruyendo los recursos vitales que le brinda la tierra solo puede esperar verdaderas catástrofes sociales para las próximas décadas».³

En esta ocasión, atravesando el cuadragésimo aniversario del retorno a la democracia, le propongo a usted, lector, y a usted, lectora, que en conjunto repasemos los principales hitos legislativos en materia ambiental sucedidos desde el retorno a la democracia.

² Cfr. Luna, F. (1989) "Soy Roca", Buenos Aires, Sudamericana.

³ Perón, J.D., "Mensaje a los Pueblos y Gobiernos del Mundo", del 16 de marzo de 1972.

II. El Convenio de Viena y la conciencia democrática por el cambio climático

Respetando un orden cronológico, vale destacar que el 8 de julio de 1989 se sancionó en nuestro país la ley 23.724, por la que se aprobó el Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono.⁴

Según el preámbulo del Convenio, ya en aquél entonces la República Argentina era consciente del impacto potencialmente nocivo de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el ambiente.

Del mismo modo, se remarcó allí la decisión de proteger la salud humana y el ambiente de los efectos adversos resultantes de las modificaciones de la capa de ozono.

Sin embargo, el gran hito nacional en materia de legislación democrática ambiental se dio en el año 1994.

III. La reforma constitucional de 1994

En efecto, la reforma de la Constitución Nacional se vio embebida del espíritu de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del año 1992.

La necesidad de contar con un ordenamiento legal que persiga un desarrollo sostenible y un ambiente sano era aceptada internacionalmente y los convencionales constituyentes se hicieron eco de ello.

De esa forma, el texto constitucional reformado introdujo en su artículo 41 el derecho a contar con un ambiente sano. En concreto, se estableció que

«[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El

⁴ Valga recordar que, en esa oportunidad, la República Argentina rechazó la ratificación del convenio para la protección de la capa de ozono efectuada por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 15 de mayo de 1987 y comunicada por el secretario general de las Naciones Unidas por nota CN. 112.1987 Treaties - 1 (Depositary Notification), con respecto a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y reafirmó su soberanía sobre dichas islas que forman parte integrante de su territorio nacional.

daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

De ese modo, la Constitución Nacional plasmó, entre otras cosas, la relación entre ambiente sano y equidad intergeneracional, el deber de recomposición ambiental y la obligación de proveer una correcta educación ambiental.

A su vez, la manda constitucional para que la Nación establezca los presupuestos mínimos de protección ambiental se vio cumplida en democracia, en forma de ley sancionada por el Congreso.

IV. La Ley General del Ambiente

Sancionada en el año 2002, la ley 25.675 –conocida como Ley General del Ambiente– se erigió como pilar fundamental del Derecho ambiental argentino y en ella se establecen los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Tanto la sanción de esta norma general del ambiente en particular, como la fuerte acogida en democracia de la tutela ambiental –evidenciada, por ejemplo, en las distintas normativas provinciales– se debió, entre otros puntos, al trabajo de ambientalistas que dedicaron gran parte de sus vidas en bregar por un adecuado sistema de desarrollo sostenible y un ambiente sano.

Entre ellos, no puede dejar de destacarse el trabajo de quien fue la primera secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de nuestro país y de América Latina, Yolanda Ortiz.

V. La Ley Yolanda y la Ley de Educación Ambiental Integral

La dedicación de Ortiz se vio recientemente reconocida con la sanción en el año 2020 de la ley 27.592, también conocida como Ley Yolanda en honor a esta activista ambiental.

La Ley Yolanda tiene como objeto garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y con especial énfasis en cambio climático, para las personas que se desempeñen en la función pública.

Por medio de esa norma se busca que los distintos operadores de los Poderes del Estados adquieran una concientización y una visión holística de la problemática ambiental que coadyuve a un desarrollo sostenible.

Pero esa necesaria educación ambiental no se ve limitada a quienes se desempeñan en la función pública. Por el contrario, es necesaria una capacitación ambiental en todas las esferas de la sociedad.

Es por ese motivo que se sancionó en el año 2021 la ley 27.621, cuyo objeto es establecer el derecho a la educación ambiental integral como una política pública nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional y de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º de la Ley General del Ambiente, 25.675; el artículo 89 de la Ley de Educación Nacional, 26.206; y otras leyes vinculadas, tales como Ley Régimen de Gestión Ambiental del Agua, 25.688; Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios, 25.916; Ley de Bosques Nativos, 26.331; Ley de Glaciares, 26.639; Ley de Manejo del Fuego, 26.815; y los tratados y acuerdos internacionales en la materia.

Garantizar una educación ambiental es necesario para poder proteger la casa común y, además, para que las personas puedan hacer valer sus derechos a participar en la toma de decisiones con fuertes impactos ambientales.

Esta última observación no es caprichosa. Por el contrario, responde a la lógica de la participación ciudadana propiciada por el recientemente ratificado Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en

Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, mejor conocido como Acuerdo de Escazú por la ciudad costarricense en la que fue sancionado.

VI. El Acuerdo de Escazú

Aprobado por la República Argentina en el año 2020 por ley 27.566, el Acuerdo de Escazú tiene por objeto garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un ambiente sano y al desarrollo sostenible.

De la misma manera en que la capacitación para la participación ciudadana es vital en vistas a la persecución de un desarrollo sostenible, también es necesaria esa formación ambiental entre quienes integramos la comunidad académica nacional.

Esta observación se erige como corolario del mandato pontificio en una reciente misiva del papa Francisco a la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

En esa oportunidad, Francisco hizo un llamado a los juristas a debatir y proponer nuevas formas de protección jurídica a la Naturaleza, remarcando que el derecho humano a la vida no tendría sentido en un mundo en el que los ecosistemas que sostienen a la humanidad dejaran de existir.

Tal como lo hizo saber en su encíclica *Laudato Si'*, el papa considera que la situación actual obliga a reconocer nuevas figuras jurídicas como la del crimen de ecocidio, al que definió como «la contaminación masiva del aire, de los recursos de tierra y agua, destrucción a gran escala de la flora y la fauna, y cualquier acción capaz de producir un desastre ecológico o destruir un ecosistema».

Retomando el panorama legislativo argentino en materia ambiental, cabe recordar que el último proyecto de reforma integral del Código Penal de la Nación advirtió la necesidad de contar con la tipificación de delitos ambientales dentro de su articulado.

Así, se propuso la inclusión de un Título especialmente referido a los delitos ambientales y se buscó dotar al ambiente de autonomía como bien jurídico a tutelar por su valor en sí mismo, siguiendo una concepción ecocéntrica superadora de la mirada antropocéntrica históricamente dominante.

VII. Consideraciones finales

A partir de todo lo expuesto, puede observarse cómo los avances en materia legislativa ambiental han estado presentes de forma palmaria desde el retorno a la democracia y permanecen a la fecha en el centro de la agenda, cobrando incluso cada vez más protagonismo en razón de la conocida crisis climática global.

Es nuestra tarea como integrantes de la ciudadanía velar por el mantenimiento de un sistema de gobierno democrático que permita que el pueblo exprese su voluntad en las urnas, respetar siempre y de modo irrestricto su decisión y garantizar una correcta convivencia.

Del mismo modo, estamos obligados a mantenernos por el camino del cuidado de nuestra casa común y seguir impulsando normativa que colabore a un correcto y armonioso desarrollo sostenible con su triple enfoque: social, económico y ambiental.

El camino ha sido arduo y mucho se ha recorrido desde aquél 30 de octubre de 1983. Sin embargo, tanto más queda aún por hacer. Será nuestra obligación aunar esfuerzos y no cesar en la persecución de un ambiente sano para nosotros y las generaciones venideras, a la par del aseguramiento de un sistema democrático en el cual gozar de ese derecho.