

DOSSIER / ARTÍCULO

Ojeda, Natalia Soledad y Lombrana, Andrea Natalia (2017). "El ars iuris: Estado, derecho, moralidades e ideología", *Papeles de Trabajo*, 11 (19), pp. 99-120.

RESUMEN

Las decisiones de los jueces no son la expresión de la aplicación del derecho en tanto fórmula matemática, sino que tras ellas se despliega un complejo entramado de interpretaciones y acciones de diversos actores. Aún así muchas veces la opinión pública, los medios de comunicación, ciertos actores políticos, los funcionarios y hasta los propios operadores judiciales, ante hechos aberrantes, tienden a invisibilizar la complejidad de la experiencia jurídica. Esta particularidad expresa la tendencia a presentar el derecho penal como una herramienta de "eficacia" abstracta, de naturaleza punitivista, y sin referencia alguna a su contexto de producción y desarrollo. Dicho posicionamiento es evidente al recorrer los documentos producidos en el caso que este artículo analiza, donde se le reclama a un juez de ejecución - en el marco de un *jury* de enjuiciamiento - un proceder "sensato" sobre la base de un modo particular de entender el "el arte de hacer lo justo" o "dar a cada uno lo suyo" (*ars iuris*). Las siguientes reflexiones destacan la necesidad de analizar las dimensiones morales e ideológicas que intervienen en la construcción del campo jurídico, para poder dar cuenta de éste como un modo específico de imaginar y crear realidad.

Palabras clave: *Procesos legales, Moralidades, Jury de enjuiciamiento, Administración de justicia.*

ABSTRACT

THE ARS IURIS: STATE, LAW, MORALS AND IDEOLOGY

The decisions of judges are not the expression of the application of law as a mathematical formula, but behind them a complex structure of interpretations and the actions of various actors unfolds. Even so, in many cases, public opinion, the media, certain political actors, officials and even the judicial operators themselves, in the face of heinous acts, tend to make the complexity of the legal experience invisible. This particularity expresses the tendency to present the law as an abstract "efficacy" tool, essentially punitive, and without any reference to its context of production and development. Such positioning is evident when reviewing the documents produced in the case that is analysed in this article, where - within the framework of an impeachment *jury* - a "sensible" approach on the basis of a particular way of understanding "the art of doing what is right" or "rendering to each his/her own" (*ars iuris*) is claimed before an execution judge. The following reflections highlight the need to analyse the moral and ideological dimensions involved in the construction of the legal field, in order to account for it as a specific way of imagining and creating reality.

Key words: *Legal processes, Morals, Jury Trial, Administration of Justice.*

Recibido: 25/7/2016

Aceptado: 20/9/2016

El *ars iuris*: Estado, derecho, moralidades e ideología

por **Natalia Soledad Ojeda¹** y
Andrea Natalia Lombrana²

A modo de introducción

Hacia fines del año 2010 se conoció la noticia de la aparición del cuerpo sin vida de una joven en una provincia del norte del país, quien había sido golpeada y estrangulada luego de un intento de violación. Todos los medios de comunicación dirigieron su mirada al juez de ejecución penal que le había otorgado la libertad condicional al principal implicado en el homicidio, dos semanas antes del hecho. Le objetaban no haber tenido en cuenta los informes periciales que le habían recomendado no liberar al detenido, al tiempo que resaltaban actuaciones similares del magistrado en otras causas con consecuencias parecidas.

Familiares de las víctimas y distintas asociaciones que los agrupan, expresaron y manifestaron públicamente su repudio, y solicitaron el pedido de remoción de su puesto al juez en cuestión. El argumento que favorecía esta

1 Doctora en Antropología social (UNSAM). Investigadora Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. (CONICET). natalyaojeda@gmail.com.

2 Antropóloga y Doctora de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es Investigadora Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET).

posición tuvo cierto acompañamiento de la opinión pública en general, y hacia fines del año 2014 se dio curso al enjuiciamiento del magistrado por mal desempeño de sus funciones.

En las páginas que siguen se describen y analizan los distintos argumentos esgrimidos por los actores que participaron de este proceso, destacando sus acuerdos y disputas en torno a los modos de concebir el Estado, el derecho, la autoridad, el ejercicio del poder, el castigo, la libertad y la administración de justicia; con la intención de mostrar cómo la gestión de la ley penal no se reduce simplemente a proporcionar parámetros de castigo para determinadas infracciones (Kalinsky, 2004), sino que más bien supone la legitimación de sentidos sociales que se otorgan a ciertos valores considerados importantes, en contextos específicos.

Vale aclarar que la construcción analítica del caso bajo estudio, constituye una herramienta conceptual y metodológica sustentada en el reconocimiento de la acción social como situacional, cambiante y dinámica (Boltanski, 2000). Por ende, consideramos que la atención del investigador no debe ponerse en las características presupuestas de las personas que realizan la acción, sino en la propia constitución y desarrollo del caso. En este sentido, los nombres de las personas involucradas en el proceso analizado fueron preservados y sólo aparecen identificados por sus cargos, ya que, siguiendo a Tiscornia: “importan sus acciones en relación al lugar estructural que ocupan en una determinada red de relaciones institucionales (...)” (2008:12).

El jury de enjuiciamiento

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en su artículo 115³, la creación de un órgano especial destinado al enjuiciamiento de los magistrados de los tribunales inferiores por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo fue recién en 1999 que se legisló específicamente sobre su conformación y funcionamiento⁴.

3 “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.”

4 Se trataba de la ley 24.937 del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento, que fue reformada posteriormente en el año 2006 por la ley 26.080, normativa que actualmente

Según la normativa vigente, para que un juez llegue a esta instancia, debe existir una denuncia en su contra ante el Consejo de la Magistratura, que puede ser presentada por cualquier ciudadano. Quien se hace cargo en primera instancia de atenderlas, es la Comisión de Acusación y Disciplina de dicho consejo, quien puede sugerir desestimar la acusación, aplicar una sanción disciplinaria o abrir un procedimiento de destitución. En éste último caso el plenario del consejo discute la decisión, y de aprobarse, instruye la conformación del *jury* de enjuiciamiento. Lo cierto es que la mayoría de las denuncias originales no prosperan.

El pedido de destitución en el caso que aquí analizamos, sí lo hizo. Sin embargo, a diferencia de otros procesos, durante el tiempo transcurrido entre el dictamen de la comisión y el desarrollo efectivo del juicio que se extendió por casi un año, el magistrado no fue suspendido en sus funciones y continuó desempeñando su cargo como juez de ejecución penal.

Su jurado, como todos los de su tipo, estuvo conformado por siete miembros: dos camaristas federales (uno del interior y otro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), cuatro legisladores (dos por la minoría y dos por la mayoría) y un abogado de la matrícula federal.

El *ars iuris*: sobre el arte de hacer lo justo (o “dar a cada uno lo suyo”)

Afirmar que el derecho es una construcción íntegramente humana (Supiot, 2007), parece a estas alturas una obviedad. Sin embargo no lo es tanto cuando advertimos cómo, un gran número de funcionarios, operadores políticos y judiciales, continúan presentándolo como una simple herramienta que podría medirse a partir del parámetro de una supuesta “eficacia”, que definen de modo abstracto y sin referencia alguna a su contexto – histórico, social, ideológico, moral y político - de producción.

Este posicionamiento es muy evidente al recorrer los documentos producidos en el marco del *jury* bajo estudio. Entre ellos, resultan muy interesantes algunas de las alocuciones producidas durante el alegato de la parte acusatoria; allí se leen aseveraciones tales como:

“Estamos pidiendo también que los jueces actúen con sensatez y de acuerdo a los tiempos que nos tocan vivir”.

regula el funcionamiento de los *jury* de enjuiciamiento a nivel nacional.

En estos dichos se advierte en primer lugar la construcción de una “sensatez” que se pretende universal y compartida por todos, pero que sin embargo está fundamentada sobre un modo particular de entender al *ofensor sexual* y en especial a la administración de justicia en estos casos:

“...este no es un delito común, no estamos hablando de un homicidio, no estamos hablando de un reiterado robo” (fragmento de alegato de la acusación).

“...cada uno de los casos, los cuales fueron hechos con una perversidad que es... que debe ser considerada” (fragmento de alegato de la acusación).

“Esa perversión que tenía, como bien lo aclaró uno de los testigos (...) que declaró en el día de la fecha (...) y en esto, vamos a hacer hincapié, no se trata de un delito cualquiera, se trata de una agresión, de un delito donde fueron violadas cuatro mujeres, cuatro mujeres jóvenes indefensas” (fragmento de alegato de la acusación).

Según esta perspectiva las personas acusadas por delitos contra la integridad sexual, deberían recibir un trato especial y más restrictivo en sus derechos que el resto de los condenados, por tratarse de una población “peligrosa” simplemente por sus condiciones personales, que además se piensan como inmodificables. Por eso también, los mecanismos sociales que despiertan están orientados a su expulsión fuera de la comunidad, el establecimiento de distancias marcadas y el trazado de límites tajantes (D’hers, 2011). Durante los intercambios con los testigos en el caso que aquí nos ocupa, incluso, la parte acusatoria consulta especialistas sobre la factibilidad de que los ofensores sexuales una vez en libertad, pudieran seguir concurriendo a los espacios penitenciarios para continuar con su tratamiento en el marco de manera ambulatoria:

“Nadie de los que estaban hoy o de los que pasaron por este Tribunal seguramente se iban a oponer a soluciones sencillas; por ejemplo, que el juez pueda ordenar que el interno (...) esté en libertad condicional pero que se acerque al mismo establecimiento penal para que pueda continuar con este tratamiento, que lo saludamos que me parece que es buen tratamiento y que hay que seguir profundizándolo” (fragmento de alegato de la acusación).

Algo similar ocurre con el contexto en el que la acusación inscribe la “sensatez” que le exige a los jueces, al cual refiere en términos de “los tiempos que nos toca vivir”. En esta afirmación, construye un “nosotros” que supone homogéneo en relación al diagnóstico de una realidad histórico-social que diluye cualquier posible disidencia:

“Máxime hoy. Creo que hoy la sociedad políticamente está atravesando momentos difíciles, momentos duros, donde aquellos que ejercen la magistratura tienen que tener mayor celo al momento de dictar sus sentencias, mayor celo al momento de proteger a la sociedad y mayor celo sobre todo si nosotros venimos apuntando desde hace mucho tiempo en tratar de resocializar a los detenidos y poder insertarlos nuevamente en la sociedad” (fragmento de alegato de la acusación).

“Por eso hoy no hacemos una evaluación técnica, por eso no es tan importante la calidad de la defensa o la calidad del ataque o de la acusación, sino que hoy es importante que este Jurado de Enjuiciamiento recepte políticamente lo que reclama una sociedad para que se desenvuelva mucho mejor. Ahora yo les pregunto: ¿cómo puede un caso que simplemente se aplica la legalidad provocar tan conmoción social? Y digo de una magnitud enorme” (fragmento de alegato de la acusación).

Es posible inferir de estas palabras y de las actuaciones que se desarrollan a lo largo de todo el proceso, una cadena de significantes específicos referidos a ese contexto como signado por la inseguridad, el aumento de delito y la demanda social por mayor severidad en las penas administradas por el poder judicial. Diversos investigadores dedicados al estudio de la modernidad, la vulnerabilidad y la (des)protección en distintas sociedades del occidente contemporáneo, han señalado que la inseguridad *percibida* por la población, no es exactamente proporcional a los peligros reales que amenazan a las personas (Becker, 2010; Castel, 2011; Comaroff y Comaroff, 2009). Los sistemas de seguridad - incluso si quisiéramos pensar la administración de justicia como uno de ellos - “son construcciones complejas y frágiles las cuales conllevan en sí mismas el riesgo de fallar en su objetivo y de frustrar las expectativas que generan” (Castel, *Op Cit.*: 13).

En este sentido, es interesante notar que los abogados de la acusación durante el *jury*, señalaron con especial énfasis que “ser previsores” debería ser la misión principal de cualquier juez de ejecución; es decir, poder anticipar y “calcular” el comportamiento de aquellos a quienes les debe otorgar derechos. Es un hecho que mucho de nuestro lenguaje moral y legal surgió originalmente del lenguaje de las antiguas finanzas, en particular de los conflictos entre acreedores y deudores (Graeber, 2012): “Las discusiones acerca de quién debe realmente qué a quién han jugado un papel esencial en la formación de nuestro vocabulario básico de lo que está bien o mal” (*Óp. cit.*: 16). Sin embargo, la capacidad de cálculo no conforma la totalidad de la razón ya que “para calcular es preciso poder olvidar la diversidad de las cosas y los seres (...) el comportamiento humano no puede ser calculado y programado” (Supiot, *Op Cit.*:14).

Derrida establece una importante distinción entre el ejercicio de la justicia como derecho y la justicia en sí. La primera está ligada a la

generalidad de las normas y a la legalidad; conforma un dispositivo estabilizante, un sistema de prescripciones reguladas y codificadas ligadas al orden de lo universal, lo finito y lo predecible. La segunda, en cambio, es definida como ámbito de lo singular, lo particular y lo infinito: "El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo (...); la justicia es incalculable, exige que se calcule lo incalculable" (Derrida, 1997: 184). En este esquema, la justicia funciona como dadora de cierta legitimidad al derecho. Pero no es menos cierto que cada acto jurídico supone el quiebre del carácter totalizador del derecho y deja al descubierto su naturaleza provisoria. Lo provisorio emerge precisamente en cada acto jurídico, ya que es en la aplicación del derecho donde la fractura de su supuesta totalidad permite observar lo singular de la experiencia subjetiva de los actores.

En las afirmaciones de la parte acusatoria, la ley se presenta desestimando el peso que la complejidad del fenómeno social posee en su desarrollo y determinación. Oculta su verdadera génesis, omitiendo que ella misma constantemente se (re)genera y se transforma en el mismo proceso de su elaboración como tal, pero también como consecuencia de las luchas entre grupos de interés que tienen lugar tanto dentro de las sociedades nacionales como de la comunidad internacional (Segato, 2004). El carácter simbólico de la ley construye el mundo social y produce importantes efectos (Sandoval, 2007). Sin embargo, la acusación parece pensar la ley como una letra muerta, como un compendio ajeno al mundo social del cual es producto y en el cual se inscribe: "Porque el ordenamiento jurídico ¿qué le exige y qué le exigimos al juez? No es nada más que la *mera* dicción matemática de la conjugación de las leyes" (fragmento de alegato de la acusación).

Desde los abordajes pragmáticos, Boltanski y Thévenov (1996) señalan que la acción social es siempre una acción situacional que se inscribe en *regímenes de acción* específicos y diferenciables: "cada régimen de acción intenta dar cuenta de la acción en ciertas situaciones (...), en la dinámica de ajuste de las personas entre ellas mismas y con las cosas. Recurriendo a apoyos preconstituidos a la vez internos y externos a las personas" (Corcuff, 1998:98).

Así, renuncian a buscar los fundamentos de la acción en cualquier característica de los sujetos previa a la situación en la que ponen en juego sus competencias (Marmissolle, 2011). La justicia es, para estos autores, uno de esos registros capaces de reglar las disposiciones que organizan la actividad social. Lo que prima en el régimen de la justicia es la disputa sobre qué tipo de orden debe prevalecer entre las personas, y se movilizan una diversidad de argumentos para criticar o justificar cierta representación "justa del mundo" (Ramirez Arcos y Guerrero Bernal, 2011;

Supiot, Óp Cit.). Esta postura reconoce la actividad dinámica y variable de los actores sociales según la situación a la cual se ven confrontados, y exige al investigador la tarea de evaluar los distanciamientos de sus prácticas respecto a un determinado conjunto de normas (Girola, 2005). Así, el abordaje del derecho y sus procedimientos necesita de una mirada capaz de entender las posturas morales, sociales e ideológicas que le dan sentido a la técnica jurídica (Supiot, *Op. cit.*: 25).

En el pensamiento weberiano la moral aparece ligada a la razón:

“A través del ejercicio de la razón, el individuo puede transformar los impulsos inconscientes y los hábitos semi-conscientes en propósito conscientes, integrarlos a un plan sistemático de vida y en ese sentido darle forma y crear conscientemente una personalidad que trascienda la contradicción de los impulsos...”⁵ (Brubaker, 1985).

Sin embargo, no habría una manera racional de decidir en relación a la pluralidad de valores disponibles en una sociedad (muchas veces contradictorios y en franco conflicto) sobre los cuales argumentar una acción, por lo cual debería aceptarse que la elección de cada actor está basada finalmente en una decisión “no racional”. Así, el único criterio para definir un comportamiento como amoral sería la ausencia de reflexión del actor sobre la misma. De allí se desprende su idea de responsabilidad (Weber, 1996).

En el caso que aquí nos ocupa, es justamente la cuestión de la actitud de “responsabilidad” del juez al momento de decidir sobre la libertad del condenado, el argumento central de la acusación:

“...lo que se le pide al juez es que haya responsabilidad al momento de dictar sentencia” (fragmento de alegato de la acusación).

“...en igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que los tribunales de enjuiciamiento de magistrados no tienen un carácter judicial ni tampoco son órganos administrativos sino que solamente ejercen atribuciones de tipo políticas atinentes a la responsabilidad que tienen que tener los jueces” (fragmento de alegato de la acusación).

Es innegable que el juez acusado, elaboró su sentencia a partir del ejercicio responsable (en el sentido weberiano) de su función, tal y como puede leerse en la presentación de sus consideraciones, a partir de las cuales decidió desestimar las objeciones de la fiscalía para negar

5 En el inglés del original: “Through the exercise of reason, an individual can transform unconscious impulses and semi-conscious habits into conscious purposes, integrate these purposes into a systematic life plan, and in this way consciously shape and create a personality out of the tangle of contradictory impulses...” (traducción propia).

el derecho de la libertad condicional del condenado. Allí, ofreció reflexiones muy precisas no sólo sobre las cuestiones técnico-legales que lo obligaban a otorgar el derecho en cuestión (el cumplimiento de los tiempos y plazos de detención establecidos, las calificaciones otorgadas por el Servicio Penitenciario Federal⁶, las recomendaciones del Consejo Correccional⁷, la ausencia de reincidencia y condenas pendientes del condenado), sino también sobre un conjunto de cuestiones más amplias que le permitieron dar sentido al modo en que decidió resolver el conflicto planteado.

La primera de estas ideas, es una consideración del condenado - y de los *ofensores sexuales* en general - muy diferente a la sostenida por aquellos que un tiempo después decidirían acusarlo por mal desempeño de su cargo. El magistrado discute con el presupuesto de que todo agresor sexual indefectiblemente reiterará su conducta, apoyado en la “convicción de que las personas pueden cambiar” y echando mano incluso a las estadísticas oficiales respecto al delito cometido. En este sentido critica la *peligrosidad* como principio de identificación y marcación, señalando que su uso implica “condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha sido iniciado y ni siquiera pensando”⁸; y plantea serias dudas respecto a las conclusiones a las que había arribado el perito psiquiatra interviniente a partir del pedido de la fiscalía. Su crítica al informe pericial es por un lado de tipo formal, basado en la ausencia de explicitación tanto de las técnicas utilizadas para establecer el diagnóstico, como de la bibliografía consultada y la fundamentación de sus conclusiones. El juez decide priorizar entonces los informes producidos por el equipo de profesionales a cargo del tratamiento del detenido y su seguimiento

6 Sobre la complejidad de considerar las calificaciones penitenciarias como condicionantes para el otorgamiento de la libertad de los condenados y las limitaciones impuestas por las propias condiciones materiales del espacio de encierro penal y las de custodia a través del personal de seguridad para el desarrollo de buenas conductas por parte de los detenidos, puede consultarse: Vacani, Pablo (2014) “¿Hacer “conducta” o hacer lo que se pueda? La observancia de reglamentos carcelarios ante las condiciones de inseguridad intramuros”, en Actas Illas Jornadas de Debate y Actualización en Temas de Antropología Jurídica. Disponible en: http://www.idaes.edu.ar/pdf_papeles/GT3-%20Vacani.pdf

7 Es el organismo que reúne profesionales de distintas disciplinas (un psiquiatra o un psicólogo, un trabajador social, un educador y un abogado) que tiene la misión esencial de contribuir a la individualización del llamado *tratamiento penitenciario* de los presos condenados. Participan en este órgano el Director de la Unidad penitenciaria y los jefes responsables de la seguridad interna y externa de los establecimientos. Estos en reunión producen un acta que reúne el conjunto de los informes de los profesionales penitenciarios que luego serán elevados a los juzgados con una opinión (positiva o negativa) sobre el acceso a ciertos derechos de los presos como libertades anticipadas al cumplimiento efectivo de las penas, salidas por estudio, laborales y/o transitorias.

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación; Recurso de Hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”; causa nro. 1174; Fallos 328:4343. Citado en la sentencia del Juzgado Nacional N°3; “Cabeza, Juan Ernesto s/libertad condicional”; legajo nro. 2675.

cotidiano dentro de la cárcel. Pero también apunta seriamente su preocupación a las consecuencias que podría tener para ejecutar constitucionalmente una pena, el hecho de aceptar que el condenado en cuestión (y por ende cualquier otra persona condenada por un delito similar), está impedido de cualquier tipo de mejoramiento; tal y como propone el informe pericial desestimado.

En este sentido, un reconocido integrante de la defensa del juez en el marco del *jury*, sostiene una reflexión similar:

“Honorable jurado, tengamos cuidado con las cosas de la psiquiatría. Yo sé que muchas veces las ignoramos. Yo sé que tenemos poca preparación a veces los del ámbito jurídico y nos impresiona la ciencia. Bueno, cuidado. Cuidado con esto. Cuidado y recordemos la historia. El primer encuentro que tuvimos con la psiquiatría históricamente fue un encuentro feo. Fue el encuentro con una psiquiatría de reduccionismo biológico que, a través de Morel y de todos ellos, nos legitimó el racismo. Cuidado con los reduccionismos. Cuidado con lo que hoy está pasando con las neurociencias. Cuidado que es un renacimiento del lombrosianismo un tanto peligroso” (fragmento de alegato de la defensa).

Estos argumentos parecen venir a discutir la idea de “sensatez” sostenida por la parte acusatoria, proponiendo al contrario que lo moralmente irrazonable sería sostener el encierro penal de estas personas, sobre todo si se supone que nada de lo que se haga con ellas allí, podrá finalmente favorecer su reinserción.

Otra de las reflexiones ofrecidas por el juez, que hacen de su sentencia un acto responsable, es su evaluación del contexto en el cual se enmarca su decisión. El magistrado advierte ya en su resolución, las posibles críticas que desde cierto discurso público - sostenido mayormente por los medios de comunicación y algunos sectores de la política local - podría recibir: “... el malintencionado mensaje que (...) se brinda a la población general, en cuanto a que los jueces de ejecución penal *trabajan para los presos*” (fragmento de sentencia, caso original sobre libertad condicional).

El juez tuvo muy en cuenta al momento de resolver, al contrario de lo que sostienen sus acusadores, “los tiempos que nos tocan vivir”; sólo que maneja una idea bastante distinta de qué características tiene este momento. Pueden resultar muy ilustrativos en este sentido, los dichos de una de las testigos propuestas por la defensa en el marco del *jury*. Se trata de una jueza de ejecución de la provincia de San Juan, que consultada sobre si sus decisiones están ajustadas a la ley o al sentido común, dijo:

“...están ajustadas a la ley, pese a las presiones que sufrimos constantemente por parte de los medios de comunicación para resolver violando la ley (...) Sí hay instalado por parte también, y esto amplificado por los medios de comu-

nicación, que la liberación de cualquier persona que está cumpliendo penas privativas de la libertad provoca un efecto real de inseguridad sobre el resto de la población. Entonces, permanentemente somos denostados, yo como juez que soy la única en la provincia, denostados de que liberamos personas para poner en riesgo a la sociedad” (fragmento de declaración testimonial).

Incluso durante los alegatos, otro de los abogados defensores del juez se encargó de profundizar aún más acerca de la percepción del contexto en el cual se inscribe la sentencia original:

“Hace unos días (...) la señora Presidenta de la Nación dio un discurso en el Congreso. La Presidenta habló de la independencia de los jueces. Y acá hay sentado un juez que no se independizó de la Constitución ni de la ley y que no forma parte del partido judicial. El 23 de octubre del 2014 el Papa Jorge Bergoglio advirtió a los jueces y operadores del sistema penal (...) a cuidarse de la presión de los medios de comunicación masivos y de algunos políticos sin escrúpulos, y de las pulsiones de venganza que serpentean en la sociedad” (fragmento de alegato de la defensa).

Finalmente, de estas aseveraciones también comienza a vislumbrarse la percepción que el magistrado construye sobre el propio rol del juez de ejecución. Lo primero que reconoce, es que los judicantes de su tipo desempeñan “su función apostando sobre conductas futuras y, por tanto, con un margen incierto de probabilidad y careciendo de dotes proféticos que permitan prever, sin margen de error cualquier contingencia futura” (Racionero Camona, *Derecho Penitenciario y Privación de la libertad*. Citado en la sentencia del caso original sobre libertad condicional).

Es decir, que resuelve a sabiendas de que puede equivocarse, pero en la certeza de que una interpretación integral de los elementos aportados a la causa en el marco de las normas locales que rigen el Estado de Derecho y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que las refuerzan, otorgan un “justo equilibrio entre el proporcionar el mayor bien posible al privado de la libertad y provocar el menor riesgo social”.

Sus dichos configuran un modo de entender y valorar la ley muy diferente al sostenido por sus acusadores. Zaffaroni señala en este sentido que el saber de los juristas no está destinado al ejercicio del poder punitivo, sino por el contrario a la programación de su contención, sin la cual “el Estado de Derecho desaparece e impera el estado de policía” (Zaffaroni, 2006: 1121). Se corresponde entonces en las normas un componente histórico, una demanda social que ha intervenido en la construcción y administración de un derecho penal como un sistema de garantías, como un modo de limitación del poder punitivo, que los jueces están compelidos a sostener. Esto se vislumbra, por ejemplo, en el tipo de testigos que la defensa del juez ofreció durante el *jury*: la directora del

área de justicia y seguridad de una importante organización defensora de los Derechos Humanos, una ex presa política de la última dictadura militar, un reconocido militante a nivel internacional e integrante de la Comisión Provincial por la Memoria. A su turno, cada uno se refirió a la importancia de que los jueces de ejecución ajusten sus resoluciones a las leyes vigentes y no a sus opiniones personales, sentidos comunes, presiones mediáticas y/o discursos partidarios. Todos ellos apelaron a la necesidad de sostener el Estado de Derecho, y los riesgos que significan las arbitrariedades del accionar judicial recordando los avances en este sentido desde la recuperación democrática:

“...los jueces deben atenerse a lo que rige la ley, en este caso el Código Penal y la ley de ejecución específicamente. Obviamente, siempre en el marco de la interpretación que debe realizar el juez de esas normas, pero a partir de lo que el legislador y la Constitución le fijan como marco normativo de actuación, sobre la base fundamentalmente del principio de legalidad, que es lo que nos da seguridad a todos de qué tipo de decisiones van a tomar los jueces.”

“DEFENSA - Doctora, en ese tiempo usted o sus compañeros de militancia, si es que la ha tenido –yo lo sé, pero bueno, no surge de este proceso-, ¿le hubiera gustado que los jueces de ese momento hubiesen aplicado la ley y la Constitución?”

TESTIGO.- Sí. Obviamente que sí, doctor (...). Sí nos hubiera gustado a todos no ser sometidos a Consejo de Guerra y no permanecer largos años detenidos a disposición de los militares y con jueces que convalidaban absolutamente todas esas actuaciones, de ser sometidos a proceso en el que el ejercicio de defensa nuestro era prácticamente muy limitado.

A mí, a pesar de no tener una sola prueba en mi contra, cuando me dictan después de varios años el sobreseimiento fue en carácter de provisorio. Entonces, si nos hubiera gustado que obviamente hubiera jueces... que hubiera existido en esa época jueces que hubieran actuado con apego a las normas, porque creo que se hubieran podido evitar muchas cosas en el país.”

“...pienso que los jueces se basan en el derecho, en la Constitución Nacional y en las leyes vigentes. Esto es fundamental. De ahí es donde tienen la base para impartir justicia.”

Estado, derecho, moralidades e ideología

El sistema penal en particular es un espacio social complejo, con características específicas que definen las relaciones sociales y las prácticas de quienes lo habitan. Se trata de un entramado compuesto por una serie de actores que se ordenan de manera fuertemente jerárquica en torno a un conjunto de símbolos bien arraigado (Villalta, 2004), que define al

mismo tiempo un alto grado de explicitación en relación a la delimitación de funciones y responsabilidades, tanto como una particular fuerza en la definición de los “modos esperados de conducta” establecidos en leyes y reglas de procedimiento específicos.

Por esa razón los operadores y funcionario judiciales en particular, se ven obligados a justificar en todos los casos las decisiones y acciones que llevan adelante. Es decir, se ven forzados a reflexionar sobre los valores que movilizan en el mismo acto de su activación. Dicha fundamentación no es nada más ni nada menos, que la explicitación de la motivación de las sentencias, resoluciones, peritajes, informes, etc. donde “están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente” (Gavier, 1961:13). Además, los modos en que estas argumentaciones se conforman se encuentran definidos normativamente, influenciados y constreñidos por el bagaje doctrinario y jurisprudencial.

Ahora bien, aun en un contexto como éste, cada actor dispone de una pluralidad de esferas de valores y dentro de cada una de ellas de valores disponibles para su elección (Noel, 2012), razón por la cual resulta indispensable una mirada sobre los modos de funcionamiento del campo de la moralidad y la ideología en el campo jurídico, que debe ser abordado con la previsión de reconocer cierta inconsistencia, incoherencia y desarticulación inherentes.

Sobre un argumento sostenido en esta línea de pensamiento, uno de los defensores del juez dijo:

“...si cada vez que hay una divergencia doctrinaria vamos a terminar en un jurado de enjuiciamiento, Dios nos libre y guarde (...) La mala praxis judicial no es sostener una doctrina que no comparto; la mala praxis judicial es una sentencia arbitraria. No hay sentencia arbitraria cuando media biblioteca dice una cosa, media biblioteca dice otra. Es sentencia arbitraria cuando ni el más mínimo folleto de la biblioteca disiente. En ese caso hay sentencia arbitraria exactamente. No es este el caso. Con que no se esté de acuerdo con el criterio sostenido por el [el juez], este no es el caso. No se trata de sentencia arbitraria y, por tanto, no se está tratando de una mala praxis judicial” (fragmento de alegato de la defensa).

Estas especificidades resultan claves al momento de analizar el sistema penal, como aquí hemos propuesto, porque problematizan la capacidad y libertad de elección/acción de los actores en este contexto. Laidlaw (2002) retoma la noción de *tecnologías del yo* -en términos foucaultianos- para referirse al tipo de libertad que permitiría la acción moral, diferenciándola de las ideas utópicas de la libertad que la entienden como posible sólo en la eliminación de todas las relaciones de poder.

Cada una de las personas involucradas en el *jury* bajo estudio: el juez acusado, los agentes penitenciarios encargados de las distintas áreas que

intervinieron en el caso original, el perito psiquiatra que escribió el informe negativo sobre el otorgamiento del derecho a la libertad condicional en aquella oportunidad, los abogados que acusaron al juez y los que lo defendieron, los integrantes del tribunal de enjuiciamiento, todos se vieron expuestos a explicar a lo largo del proceso, sus conductas. Y en esa práctica fueron dejando explícitas sus ideas, pensamientos, representaciones y valores acerca del modo de concebir el Estado, el derecho, la autoridad, el ejercicio del poder, el castigo, la libertad y el “arte de hacer lo justo” en un caso tan aberrante como el aquí implicado.

Colocar la discusión por fuera de estas reflexiones, estimula un abordaje que se conforma con descargar la culpa sobre ciertos sujetos en particular (el violador reincidente, el juez de ejecución) y permite situar el caso en la categoría de un comportamiento extraordinario y susceptible de castigo: “La culpa del criminal establece la inocencia de la sociedad (...) simultáneamente asegura la exculpación a través de la proyección de todas las culpas hacia la misma anomalía cultural” (Valier 2000:13).

Reflexiones finales

Los procedimientos judiciales ofrecen una oportunidad única para observar y analizar los mecanismos de justificación que hacen referencia a un campo más amplio de elementos, y que sólo pueden estudiarse en los momentos de ruptura, aquellos en los cuales “las personas o los grupos son forzados a dar un paso al costado de la irreflexividad cotidiana y repensar, imaginar o reflexionar sobre sus concepciones para responder a ciertos dilemas éticos, conflictos o problemas” (Zigon 2007:140)⁹.

En este sentido, entendemos que la demanda de lo que Sozzo (2015) ha denominado “populismo penal desde abajo” - con fuerte apoyatura en cierta *criminología mediática* (Zafaroni 2012) y el involucramiento de algunos operadores políticos y judiciales - que promueven la apertura de más cárceles y penas más severas para las personas implicadas en delitos de agresión sexual, contiene el riesgo de ser expansivo a la totalidad de la población penal. Frente a esta embestida se vuelve de vital importancia recordar que es justamente la práctica jurídica (judicial) la responsable de contener el poder punitivo, que de otro modo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas. Si asumimos las virtudes del Estado de Derecho, debemos reconocer que el sistema de garantías abarca

9 En inglés del original, “...persons or groups of persons are forced to step-away from their unreflective everydayness and think-through, figure out, work on themselves and respond to certain ethical dilemmas, troubles or problems.” (Traducción propia).

a la totalidad de las personas privadas de su libertad, sea cual fuera la causa de su detención.

Reflexiones éstas que indefectiblemente devuelven al juez de ejecución a su competencia exclusiva para encargarse de las distintas cuestiones de la etapa procesal del cumplimiento de penas y en particular al ejercicio de controlar el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad en el ámbito carcelario; desestimando las intenciones de demandarlo por hacer justamente aquello que atañe a su tarea específica. Sobre todo si se tiene en cuenta que el caduco *sistema progresivo de la pena*¹⁰, lo es aún más cuando se trata de agresores sexuales, debido a que no fue diseñado en particular para la gestión de esta población.

Así como el sistema de garantías no distingue causas penales, tampoco lo hace la normativa que regula el tratamiento penitenciario, que no prevé abordajes específicos para estos casos¹¹. No habría argumento alguno, entonces, a favor de pensar que la extensión de la estadía en prisión o el recrudescimiento de las condiciones de detención de estas personas, sería capaz de producir alguna mejora en las expectativas de su reincidencia. Dicha inexistencia nos pone frente al debate de replantearnos el funcionamiento de las cárceles y sus llamados “programa de tratamiento” de modo integral, incluso en relación a las decisiones de los jueces de sentencia. Pero mientras no se lleve a cabo esta discusión, cuestionar el actuar del juez de ejecución por su supuesta “ineficacia” nos interpela en nuestra calidad de ciudadanos (y humanos) al colocarnos frente al mayor interrogante del “ser social en el Estado liberal de nuestro siglo (...): ¿cuánta libertad debe perderse en aras de la seguridad de un sistema regulador, especialmente cuando su legitimidad está en duda?” (Comaroff y Commaroff, *Op. cit.*: 86).

10 Se encuentra establecido en la Ley de Ejecución de la Pena actualmente vigente. Establece que los detenidos pueden ir alcanzando mayores niveles de acceso y su alojamiento en instituciones penales con modalidades y dinámicas cada vez más abiertas, a medida que van cumpliendo una serie de objetivos propuestos de antemano por el Servicio para cada caso. En el marco del Servicio Penitenciario Federal, el régimen progresivo está compuesto por cuatro etapas sucesivas: *observación, tratamiento, prueba y libertad condicional*.

11 Si bien la Ley de Ejecución Penal no realiza esta distinción, el Servicio Penitenciario Federal ha diseñado e implementado recientemente (mediados del año 2014) el Programa de Tratamiento para Ofensores Sexuales (POS) que se lleva adelante exclusivamente en el anexo de la Prisión Regional del Sur (Unidad N°9) en la localidad de Senillosa, provincia de Neuquén, y cuenta actualmente con un número aproximado de 125 detenidos. Anteriormente existía el Programa de Tratamiento Para Internos condenados Por Delitos de Agresión Sexual (CAS).

Bibliografía

Becker, Howard (2010). *Outsiders*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Boltanski, Luc (2000) *Amor y Justicia como competencias. Tres ensayos de sociología de la acción*, Buenos Aires: Amorrortu.

Boltanski, Luc y Thévenot, Laurent (1996). *On Justification. Economies of Worth*. Princeton, Princeton y Oxford University Press.

Brubaker, Rogers (1985). *The limits of rationality. An essay on the social and moral thought of Max Weber*. Londres, George Allen & Unwin.

Castel, Robert (2011). "Políticas del riesgo y sentimientos de inseguridad", en Castel, Robert, Kessler, Gabriel, et ál (2013) *Individuación, precariedad, inseguridad ¿Desinstitucionalización del presente?* Buenos Aires, Paidós.

Comaroff, Jean y Comaroff, John (2009). *Violencia y ley en la poscolonía: una reflexión sobre las complicidades Norte-Sur*. Buenos Aires, Katz Editores.

Corcuff, Philippe (1998). *Las nuevas sociologías. Construcciones de la realidad social*. Madrid, Alianza.

D'hers, Victoria (2011). "¿Entre lo efímero y lo duradero? Improvisación teórica sobre lo repugnante" en D'HERS, V., y E. GALAK, (comps.), *Estudios sociales sobre el cuerpo: prácticas, saberes, discursos en perspectiva*, Buenos Aires: Estudios Sociológicos Editora.

Derrida, Jacques (1997). *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid, Editorial Tecnos.

Fish, Stanley (1980). "Demonstration versus Persuasion: Two Models of Critical Activity", en Fish, S. *Is There a Text in this Class?* Cambridge: Harvard University Press.

Gavier, Ernesto (1961). "La motivación de las sentencias", en *Comercio y Justicia*, 15 y 16 de octubre.

Graeber, David (2012). *En deuda*. Barcelona, Ariel.

Kalinsky, Beatriz (2004) "El contexto de la ofensa: un concepto significativo pa-

ra el análisis del delito” en *Urbe et Ius, Revista de Opinión Jurídica*, Buenos Aires. Disponible en: www.urbeetius.org.

Laidlaw, James (2002). “For an anthropology of ethics and freedom”, en *Royal Anthropological Institute*, Vol.8, pp. 311-332.

Marmissolle, Gastón (2011). “La expresión pública del descontento”, en *Intersecciones en Comunicación*. Nro.5, Olavarría, UNICEN.

Noel, Gabriel (2012). “Cuestiones disputadas. Repertorios morales y procesos de delimitación de una comunidad imaginada en la costa atlántica bonaerense”, en *Revista Publicar en Antropología y Ciencias Sociales*, Año IX Nro. XI, Buenos Aires.

Ramírez Arcos, Hugo y Guerrero Bernal, Juan Carlos (2011). “La justicia, la crítica y la justificación. Un análisis desde la perspectiva de la sociología pragmática”, en *Revista Colombiana de Sociología*, Vol. 34, Nro. 1, pp. 41-73.

Sandoval, Mary Luz (2007). *Diacrítica del terror*, Bogotá, Tercer mundo Editores.

Segato, Rita (2004). “Alteridad y ética en el movimientos de los derechos universales”, en *Serie antropología* Nro. 356, Brasilia, Departamento de Antropología Instituto de Ciências Sociais Universidade de Brasilia.

Sozzo, Máximo (2015) “¿Más allá del neoliberalismo? Cambio político y penalidad en

América del sur”, en *Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano*, N°23, Segunda Época, pp.1-4.

Supiot, Alain (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

Tiscornia, Sofía (2008). *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires: Editores del Puerto, Colección Revés Nro. 1/CELS.

Weber, Max (1996). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México: Fondo de Cultura Económica.

Zaffaroni, Eugenio (2006). “La legitimación del Control Penal de los Extraños”,

en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid, Edisofer.

—(2012) *La Cuestión Criminal*. Buenos Aires: Editorial Planeta.

Zigon, Jarret (2007). “Moral Breakdown and the Ethical Demand. A Theoretical Framework for an Anthropology of Moralities”, *Anthropological Theory*, Vol. 7, pp. 131-150.

Agradecimientos

Agradecemos especialmente a Vilma por habernos permitido acceder a una serie de documentos sobre el caso que han sido fundamentales para la escritura de este artículo, así como también por nuestros fecundos intercambios.