FILOCAM

MARZO 2023

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN XXXI

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director — Martín Aldax
Jefa de Redacción y Coordinación General — Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción — Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan

Staff permanente — Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco - Mariana Rozenhauz - Luciana Sofía Frega - Claudia Basiliz - Gustavo Baellia - Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro - Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco - Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi – Gonzalo Rodríguez Naon – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max Molina - Patricia A. Cozzo Villafañe

Arte de tapa — Diana S. Meseri - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXXI 4

Hacia dónde nos dirigimos *Cristian Callegari* 6

Hablemos de empatía judicial *Martín Aldax* 8

La corte suprema y los tributos bajo la sombra del Leviatán *Agustín B. Bonaveri* 14

FILOCAM PREGUNTA entrevista a Juan Antonio Garcia Amado por Jorge Oscar Rossi 21

La neuorciencia como herramienta de política pública *Sandra Elizabeth Balzano* 38

Presentación Andrea Homene *Blanca Medina Borja* 47

Muy pocos tienen paraguas *Andrea Homene* 48

Presentación Filocam Volumen XXXI

Presentación FILOCAM Volumen XXXI

Imagen de portada:

Obra: "Atisbo" de Diana Meseri[1]

[1] Diana Silvia Meseri es Artista Plástica, Diseñadora Gráfica y Operadora en Psicología Social. Comenzó sus estudios de arte en 2001 con los profesores Víctor Davobe, Lapo Cirich y Jorge Martinez. Sus obras fueron expuestas en el Centro Médico CEPEM, en la Municipalidad de Morón, en la Casa de la Provincia de Buenos Aires donde seleccionan sus obras "Concreto inconcreto" y "Siempre amanece"; en la muestra Julio Cortázar, de la TV Pública, donde seleccionan su obra "Cronopios"; en la muestra Aniversario del 24 de Marzo donde seleccionan su obra "Guardados", en la muestra "Trama 2020" donde seleccionan su obra "Entelequia"; en la Universidad Nacional de Córdoba donde seleccionan su obra "Sin Salida" para el concurso de afiches Obreros del Lápiz; en la exposición Museo Casa Raggio donde seleccionan su obra "Abismal"; en la exposición Lunática 2022 donde seleccionan su obra "Guardados"; y en la exposición Museo Casa Paracone donde seleccionan su obra "Oquedad". Obtuvo, además, el Primer Premio Pintura del Colegio de Abogados de Morón por su obra "Concreto inconcreto" y el Primer Premio Mural de la Municipalidad de Ituzaingó.

Hacia dónde nos dirigimos

Cristian Callegari[1]

"Hoy, los lazos fuertes pierden cada vez más importancia. Son, sobre todo, improductivos, porque los lazos débiles aceleran por sí solos el consumo y la comunicación. Así el capitalismo destruye sistemáticamente los lazos. Las cosas queridas también son raras en la actualidad. Dejan paso a los artículos desechables…"

Byung–Chul Han nos enrostra, de algún modo, lo efímeras que se han tornado las relaciones. Los lazos, los vínculos han dejado de ser vínculos.

Hoy discutimos y filosofamos a través del WhatsApp, sin lazos reales, sin profundidad; no leemos, ni escuchamos al otro. Solo queremos expresar pensamientos vacíos, que nadie lee. Vemos y solo nos concentramos en Tik Tok y reels que duran diez segundos, nos relacionamos por Instagram y Facebook y buscamos "pareja" a través de Tinder y no nos ponemos en lugar del otro.

La sociedad, que ha dejado de ser clasista, dando paso a los "status ocupacionales", enfrentándonos a grupos de poder estamentarios sustentados en el conocimiento y el avance tecnológico que determinan que no exista la ética de escuchar, ya que la debilidad metafísica por el prójimo ha fenecido.

---

[1] Cristian Callegari es abogado y procurador (UBA). Además, es diplomado en Filosofía Jurídica y Función Judicial (CEJ/USI), fue profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Morón. Actualmente se desempeña como Revisor de Cuentas y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Tenis (AAT), es Asambleísta en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) donde, también, es Vicedirector del Instituto de Filosofía del Derecho. Además, preside la Comisión de Sistemas Informáticos de la Caja de la Abogacía de la Provincia de Buenos Aires. En el Colegio de Abogados de Morón fue vicepresidente 1° y consejero Titular. Actualmente es Vicepresidente de la Comisión de Deportes, Director de la Caja de la Abogacía y dirige el Instituto del Filosofía del Derecho. Tiene una trayectoria de más de treinta años como dirigente de la colegiación provincial y nacional.

Cuanto más dependemos de la tecnología y más conocemos de ella, más nos alejamos de los otros y quienes no la manejan, no la conocen o no la pueden alcanzar, por motivos económicos y de formación, quedan fuera del sistema de comunicación, de acceso, lo cual genera una diferencia social, que se transformará en inalcanzable.

Los fuertes lazos familiares y de amistad nos humanizan, los lazos débiles nos condicionan, nos separan.

Nuestro corazón se acelera ante el otro, también encontramos al otro en el abrazo de mamá, en el recuerdo del primer beso o solo en escuchar, ya que cuando no se presta atención, el YO levanta su cabeza.

Como dice Byung-Chul Han "el ego que se fortalece es incapaz de escuchar, porque en todas partes se oye hablar de sí mismo".

A todo ello, anestesiados, atados y mirando nuestro ombligo o un espejo como Narciso, entendemos por política, no a la gestión por el otro, sino solo al ejercicio del poder vacío, interesado y saqueador.

El camino post pandemia es escabroso y por ahora no salimos mejores.

Hablemos de empatía judicial

Martín Aldax[1]

De un tiempo a esta parte, hubo una marcada crítica al Sistema Judicial debido a su actuación en casos de gran injerencia y relevancia a nivel Nacional. De hecho, en Filocam, Cristian Callegari y Osvaldo Nan, entre otros, han mostrado sus puntos de vista y opiniones respecto de los problemas del Sistema, así como también acerca del Lawfare. Ahora, si bien es cierto que el Sistema Judicial en alto nivel presenta dudas e incertidumbres sobre su actuación, y sobre sus intenciones detrás de su actuación, también es cierto que de comprobarse esas irregularidades los autores podrían enfrentar un proceso judicial por la comisión de delitos penales.

Pero en la rutina diaria nos enfrentamos a un problema muy grave cuya que no resulta consecuencia de un delito, sino por la imposibilidad de algunos funcionarios pertenecientes a este sistema de ser empáticos con las partes que intervienen en un proceso y con los profesionales que los llevan adelante.

Para clarificar la cuestión voy a poner un ejemplo real, que es uno de los tantos que he vivido en los últimos tiempos, y que ilustran claramente la cuestión que quiero tratar; no daré mayores datos del Juzgado interviniente ni de las partes, pero si contaré los pasos procesales atravesados para demostrar la falta de empatía de parte del Poder Judicial con los litigantes.

En un proceso que tramita por ante el Fueron Nacional del Trabajo, con fecha 09/02/2021 la totalidad de la prueba ofrecida se encontraba

[1] Martín Aldax es abogado; Especialista en Derecho de Daños (UBA); secretario del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM; director de Filocam; director de la Caja de la Abogacía; Autor de diversos artículos de doctrina y divulgación; ex Docente de Derecho Constitucional UM.

producida, ninguna de las partes tenía medios pendientes de producción, se habían corrido todos los traslados pertinentes, y el expediente se encontraba listo para la certificación de prueba y ser colocado para alegar. Razón por la cual, en mi carácter de letrado apoderado de la parte actora, solicite que así se realice, y el Juzgado en cuestión resolvió: "*Agréguese. Por Secretaría procédase a digitalizar la respuesta de oficio brindada por el CORREO ARGENTINO obrante a fs. y oportunamente hágase saber mediante resolución*", de modo que lo único que tenía que hacer el Juzgado interviniente era escanear una carilla para digitalizarla y que pueda ser visualizada en el sistema informático correspondiente.

Sin embargo, el expediente fue colocado nuevamente en letra sin que se produzca la digitalización en cuestión. Lo que motivó una nueva presentación realizada con fecha 10/02/2021 reclamando la digitalización, que fue despachada con fecha 15/03/2021, en la que nuevamente se ordenaba la digitalización, pero sin efectivizarla. Pasaron los meses sin que se dé cumplimiento a tan nimia tarea, lo que provocó que con fecha 30/08/2021 realizará una presentación reclamando su efectivización, y ante la falta de resolución con fecha 15/12/2021 pedí un pronto despacho de la causa.

El organismo despachó con fecha 20/12/2021 que: "*Agréguese. Atento lo solicitado y sin perjuicio de lo ordenado en fecha 15-3-21 pasen los autos a revisar las pruebas rendidas por las partes*". Claro está que no habían digitalizado la prueba pendiente, y además el expediente fue colocado nuevamente en letra, lo que motivó un nuevo pedido de pronto despacho realizado con fecha 28/12/2021, y que fue despachado con fecha 02/02/2022, en el que se ordenaba realizar la digitalización pendiente.

Nuevamente fue el expediente colocado en letra, sin realizar ninguna de las tareas pendientes. Con fecha 25/02/2022 volví a solicitar que se efectivice el cumplimiento de la digitalización y que el expediente sea

colocado para alegar, y con fecha 01/04/2022 volví a solicitar el pronto despacho de la causa, que recién fue resuelto con fecha 20/04/2022 y finalmente efectivizaron la digitalización en cuestión, despachando: "*Agréguese las copias digitalizadas del informe del Correo Argentino obrante a fs.…. Atento el estado de autos, procédase a revisar las pruebas rendidas por las partes*".

Como se imaginarán, el expediente fue colocado nuevamente en letra, sin que se revisen las pruebas rendidas en el proceso. Con fecha 21/04/2022 requerí que se efectivice la revisión de pruebas y se coloque el expediente para alegar. Ante la falta de resolución, presenté un nuevo pedido de pronto despacho con fecha 03/05/2022 y otro más con fecha 15/06/2022, que recién fueron despachados con fecha 21/06/2022, resolución a través de la cual se requería a las partes que manifiesten sobre pruebas pendientes. Con fecha 27/06/2022, ante la falta de presentaciones de las partes, pedí nuevamente que el expediente sea colocado para alegar, y ante la falta de despacho, y ya harto del comportamiento del Juzgado interviniente presente pedidos de pronto despacho con fecha 16/08/2022, 17/08/2022, 22/08/2022 y con fecha 25/08/2022, aclaro que no soy fanático de los pedidos de pronto despacho, pero lo cierto es que había transcurrido prácticamente un año y medio y el expediente no contaba con movimientos útiles reales.

Finalmente, con fecha 26/08/2022 el expediente fue colocado en los términos del artículo 94 de la LO, y las partes pudimos producir los alegatos. Con fecha 16/09/2022 requerí que se dicte sentencia, pedido que ni siquiera fue despachado por el Tribunal, lo que motivó que con fecha 02/11/2022 vuelva a pedir el dictado de la sentencia, y el Juzgado resolvió: "*Agréguese y téngase presente"*, la resolución transcripta ni si quiera resultaba coherente con el pedido formulado.

Con fecha 01/02/2023 nuevamente requerí el pedido de sentencia, que finalmente fue despachado con fecha 14/03/2023, cuando pasaron el expediente para dictar sentencia. Ahora tocará esperar quién sabe cuánto tiempo para que finalmente se dicte la sentencia deseada por las partes.

La situación graficada lamentablemente es una situación que se reitera una y otra vez en muchos de nuestros Juzgados, especialmente en el fuero Laboral, tanto de Nación como de Provincia de Buenos Aires, claro está que no todos los Juzgados y Tribunales se comportan de este modo, pero si hay casos particulares que reiteran este tipo de comportamiento.

Cómo vemos en la situación descripta entre que finalizó la prueba y el expediente pasó a sentencia transcurrieron ni más ni menos que dos años. O sea, dos años que las partes mantuvieron su incertidumbre respecto de sus derechos, mantuvieron su ansiedad sin poder saber cuál sería el final del proceso, dos años en que se mantuvo un expediente sin movimientos reales ya que, pese a que los pedidos de las partes eran despachados, las resoluciones no tenían relación con el estado del proceso ni lo hacían avanzar hacia su lógico final.

El juzgado despachaba los pedidos, pero las resoluciones no tenían coherencia con el estado del proceso, o simplemente no eran cumplidas por el propio juzgado. De modo que no solamente el proceso no avanzaba, sino que los funcionarios intervinientes duplicaban su trabajo, ya que despachaban los pedidos una y otra vez sin impulsar el proceso a un final.

Ante este dilema se puede llegar a dos conclusiones. Me gusta pensar que los funcionarios que intervienen no son empáticos con la situación que viven las partes y los letrados, ya que de lo contrario debería pensar que su actuación es maliciosa y que va dirigida a perjudicar a las partes, y verdaderamente no tengo los elementos para llegar a tan dura conclusión.

En mi humilde opinión, tanto empleados como funcionarios judiciales, deberían ponerse un poco en el lugar del otro, tratar de entender su

problemática y tratar de solucionar de acuerdo a sus convicciones los problemas que se presentan en los distintos procesos, porque esa es precisamente su tarea.

Ni siquiera estoy hablando de "*hacer justicia",* no tengo claro el concepto de justicia -creo que es un concepto muy subjetivo-, pero sí puedo decir que estoy convencido de que para que haya justicia las resoluciones deben llegar a tiempo. Podría decir que pese a la subjetividad del concepto de "Justicia" uno de sus elementos objetivos es que las resoluciones sean dictadas en un plazo razonable, o sea que la celeridad en la resolución de los conflictos es un elemento vital y sano para el Sistema Judicial.

Más allá de las posibles modificaciones que necesariamente se deben producir en nuestros procesos, creo que la empatía por parte de quienes componen el Sistema Judicial es un factor clave y necesario para contar con procesos más expeditivos, y consecuentemente con un Sistema Judicial que cuente con mayor celeridad. Para esto no hace falta ninguna modificación legal, sino que sólo es necesario que quien asume la responsabilidad de formar parte del Sistema Judicial, cumpla con sus tareas y tenga una mirada empática destinada a solucionar los problemas que se presentan de una manera rápida y coherente.

En el ejemplo dado ha quedado demostrado que el juzgado interviniente despachaba los pedidos de las partes, aun cuando esos despachos ni siquiera resultaban coherentes con los pedidos, pero esos despachos implicaban la realización de una tarea, tarea inútil, pero tarea en fin. Si esas resoluciones hubieran estado correctamente dirigidas, la resolución del conflicto ya habría llegado, de modo que la empatía no solamente genera soluciones en los justiciables, sino también beneficiara a los propios funcionarios, quien deberán trabajar menos para llegar a los mismos resultados, pero de manera mucho más rápida.

Desde este pequeño lugar, abogo y milito por un Sistema Judicial que cuente con mayor celeridad y con funcionarios y empleados Judiciales más empáticos, que intenten abordar las problemáticas que se les presentan y que sus resoluciones cuenten, al menos, con uno de los elementos objetivos del término Justicia, y este es que las resoluciones lleguen a tiempo.

La corte suprema y los tributos bajo la sombra del Leviatán

Agustín Bonaveri[1]

El Leviatán es la obra más difundida del filósofo contractualista Thomas Hobbes[2]. Este libro, que vio la luz en el año 1651, se inscribe junto a otras grandes obras de la filosofía del siglo XVII, como son El discurso del método (Descartes, 1637), El tratado teológico-político (Spinoza, 1670) y el Segundo tratado sobre el gobierno civil (Locke, 1690).

El Leviatán hace alusión a una alegoría, un monstruo marino que

1 Abogado. Especialista en Derecho y Economía Ambiental por la Universidad Carlos III de Madrid y Especialista en Organizaciones sin Fines de Lucro por la Universidad de San Andrés. Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en Derecho Ambiental y Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ha publicado diversos trabajos en el área de derecho público. Actualmente se desempeña como director de Asuntos Legales de la Dirección Nacional de Migraciones.

2 Nació el 5 de abril de 1588 en Westport, Inglaterra y falleció el 4 de diciembre de 1679 en Derbyshire, Inglaterra. Respecto a su nacimiento, dijo: "El miedo y yo somos como gemelos". "Hobbes hizo esta declaración al final de su vida, en un poema autobiográfico escrito en latín. Él nació, de hecho, durante el periodo en el que la flota española, la Armada Invencible, amenazaba con desembarcar en las costas inglesas. Es muy probable que ésta alusión al miedo hacía referencia a una debilidad personal. Pero Hobbes era también un pensador audaz hasta el punto de la insolencia, amante de la disputa y la provocación. De modo que con estas palabras, lo que Hobbes quería hacer notar, incluso con cierto orgullo, era más bien su decisión de ubicar el miedo en el centro de su propia filosofía política". Cfr. Ginzburg, Carlo, "Miedo, reverencia, terror: Releer a Hobbes hoy" en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-98142015000200003

representa al Estado, entendido como un tercero imparcial y poderoso que emerge para poner fin a la guerra civil, garantizando, por sobre todas las cosas, la seguridad de los súbditos.

En el frontispicio del libro puede apreciarse su figura, la de un dios mortal descomunal frente a al tamaño de la ciudad, que nuclea y toma para sí o se nutre de los poderes de la época, el civil y el religioso, representados a la izquierda y a la derecha del grabado respectivamente.

Así, se ve en el lado izquierdo como el Leviatán con una mano toma la espada y con la otra en el lado derecho toma el cayado, báculo pastoral de los obispos según la definición de la RAE y que representa la herramienta con la que los pastores conducían a sus ovejas.

Seguidamente puede observarse, contrapuestos, el castillo y la iglesia, la corona y la mitra, el cañón y la excomunión (las armas más poderosas de ambas fuerzas), otras armas y la lógica, el campo de batalla y las cortes religiosas.

Para fundar la necesidad del Leviatán, Hobbes parte de la igualdad entre todos los seres humanos, un concepto innovador frente a la prevalente idea de desigualdad proveniente de la Antigüedad.

Esta igualdad por naturaleza hace que ningún hombre pueda imponerse a otro, por tanto, no hay razón para obedecer. Incluso si algún hombre puede ser más fuerte o más inteligente que otro, la diferencia no es suficiente para generar esa relación de dominación. Y hasta el más fuerte puede descuidarse o debe dormir en algún momento y ahí el débil se impone.

Ahora bien, de la igualdad procede la inseguridad, ya que "*de esta igualdad de capacidades surge la igualdad de la esperanza de alcanzar*

nuestros fines. Y, por lo tanto, si dos hombres… desean la misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos"[3].

Y, como corolario de esto, de la inseguridad deviene la guerra. Todo otro es una amenaza, ya que es un igual que desea lo mismo que yo y puede hacer cualquier cosa por obtenerlo.

El siguiente párrafo resulta clarificador de este estado de cosas: "*Por lo demás, los hombres no derivan placer alguno (sino antes bien, considerable pesar) de estar juntos allí donde no hay poder capaz de imponer respeto a todos ellos. Pues cada hombre se cuida de que su compañero le valore a la altura que se coloca él mismo. Y ante toda señal de desprecio o subvaloración es natural que se esfuerce hasta donde se atreva (que, entre aquellos que no tienen un poder común que los mantenga tranquilos, es lo suficiente para hacerlos destruirse mutuamente), en obtener de sus rivales por daño una más alta valoración…*"[4].

Sin Estado civil, sin un poder común que los obligue al respeto, hay siempre guerra de todos contra todos (*bellum ómnium contra omnes* al decir de Hobbes). La guerra no es sólo las batallas y los enfrentamientos bélicos concretos, sino un espacio de tiempo donde la voluntad y posibilidad de batallar existe, como por caso, lo fue la "guerra fría" entre EEUU y la URSS.

Y esta disposición a la guerra permanece mientras no haya una disposición, asegurada, a lo contrario, que es la paz.

La guerra, entendida como batallas, pero también como tiempo de no paz, no da lugar a la industria, la agricultura, la navegación, el desarrollo del conocimiento, sociedad, etc. Por el contrario, genera miedo permanente y peligro de muerte violenta. Durante el tiempo de guerra "todo hombre es enemigo de todo hombre".

---

[3] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2015, Cap. XIII p. 128.

[4] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, ob. cit., Cap. XIII, p. 129.

Y así, en una guerra civil, nada es injusto. "Las nociones de bien y mal, justicia e injusticia, no tienen allí lugar. Donde no hay poder común, no hay ley. Donde no hay ley, no hay injusticia[5]. La fuerza y el fraude son en la guerra las dos virtudes cardinales. La justicia y la injusticia no son facultad alguna ni del cuerpo ni de la mente. Si lo fueran, podrían estar en un hombre que estuviera solo en el mundo, como sus sentidos y sus pasiones. Son cualidades relativas a hombres en sociedad, no en soledad. Es consecuente también con la misma condición que no haya propiedad, ni dominio, ni distinción entre mío y tuyo; sino sólo aquello que todo hombre pueda tomar; y por tanto tiempo como pueda conservarlo"[6].

Tras este planteo, el modelo que presenta Hobbes es el de I) los hombres que viven en un "estado de naturaleza" y que II) mediante el "contrato social", que se realiza en forma voluntaria y entre iguales, pasan a III) un "orden político".

En el estado de naturaleza no hay ley que se pueda romper, porque no hay ley; al decir de Norberto Bobbio[7], es un es un estado no-político y antipolítico.

El Estado no es algo natural, es fruto de un contrato. Los hombres acuerdan en ese contrato social resignar parte de su libertad a otro que lo

[5] Ni justicia, agrego yo.

[6] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, ob. cit., Cap. XIII, p. 131 (el resaltado me pertenece).

[7] Señala este autor, haciendo referencia la modelo iusnaturalista que establece Hobbes, que "Entre el estado de naturaleza y el Estado político existe una relación de contraposición, en el sentido de que el Estado político surge como antítesis del estado de naturaleza (cuyos defectos está llamado a corregir o eliminar). El estado de naturaleza es un estado cuyos elementos constitutivos son principalmente y en primer lugar los individuos singulares no asociados aunque asociables (...) El paso del estado de naturaleza al Estado civil no se produce necesariamente por la fuerza misma de las cosas, sino mediante una o más convenciones, es decir, mediante uno o más actos voluntarios e intencionados de los individuos interesados en salir del estado de naturaleza, lo que tiene la consecuencia de que el Estado civil se conciba como un ente "artificial" o, como hoy se diría, como un producto de la "cultura" y no de la "naturaleza" (de ahí la ambigüedad del término "civil", que es a la vez adjetivo de civitas y de civilitas)". Bobbio, Norberto, Thomas Hobbes, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 3.

representa con el fin de tener seguridad y una vida más feliz, pudiendo desarrollar industrias, agricultura, artes, etc.

Esta idea contractualista de Hobbes, con diferentes improntas, será retomada posteriormente por Locke y por Rousseau.

Efectuada la introducción precedente, resulta sugerente analizar el siguiente párrafo del Leviatán respecto a la representación y la legitimidad en el obrar del representante.

"Una multitud de hombres se hace una persona cuando son representados por un hombre o una persona siempre que se haya hecho con el consentimiento de cada uno en particular de los de aquella multitud, pues es la unidad del mandatario, no la unidad de los representados, lo que hace de la persona una, y es el mandatario el portador de la persona, y de una sola persona. La unidad en multitud no puede entenderse de otra forma"[8].

Esta frase se encuentra en el cap. XVI "De las personas, autores y cosas personificadas". Allí Hobbes distingue a las personas naturales, que son las que actúan por sí mismas, de las personas artificiales, que actúan en representación de las palabras y acciones de algún otro.

Luego señala Hobbes que "cuando el actor celebra un pacto por autorización, obliga con el ello al autor no menos que si lo hubiera hecho él mismo".

Ahora bien, el Estado es una persona artificial. Como tal, desde la concepción griega, es la máscara del actor. Entonces, cuando actúa obliga con ello a quienes pactaron para su conformación, prestando libremente el consentimiento para ello. De allí que esa multitud deja de serlo al transformarse su representación en una persona (artificial).

[8] Hobbes, Thomas, Leviatán, ob. cit., Cap. XVI, p. 158.

Esto continúa y encuentra explicación en el siguiente Cap. XVII, donde expresamente señala Hobbes que “el que carga con esa persona se denomina soberano y se dice que posee poder soberano; cualquier otro es su súbdito” y ocurre, en este caso, cuando los hombres deciden voluntariamente someterse a esta persona artificial, a los fines de preservar su vida y tener una vida más dichosa. Esto es, el paso del estado de naturaleza al orden político que se realiza mediante el contrato social celebrado voluntariamente, por hombres libres e iguales.

No obstante que la suma de individuos (o personas naturales) autorizan al Leviatán, éstos no pactan con él.

En relación con lo hasta aquí expuesto, resulta muy sugerente la siguiente parte de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El Máximo Tribunal expresó en la causa "Don Manuel Manrique y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero (Impuesto a la herencia)" (Fallos 152:268) del 24/09/1928, que "no existe acuerdo alguno de voluntad entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción, con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, los impuestos no son obligaciones que emergen de los contratos: su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública".

Considero necesario señalar, a efectos de ponderar adecuadamente lo expresado por la CSJN, que con carácter previo los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado a través de sus representantes decidieron darse una Constitución, la cual fue fruto de ese poder constituyente originario (CN 1853/60); esto equivaldría a la autorización que los individuos dan al Leviatán. Además, en función de las reglas establecidas en ese código supremo, se estableció que los tributos debían nacer mediante una ley formal

por aplicación del principio de legalidad o reserva de ley. En esa línea es posible referirse a la autoimposición del tributo.

Asimismo, es importante resaltar que esta cesión de libertad de los individuos a través del pacto constituyente, en términos hobbesianos, trasciende el mandato establecido en el art. 22 de la CN “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”, por referirse este artículo a los poderes constituidos, ya que la cesión abarca también a las decisiones del poder constituyente. Ya en el preámbulo de la CN se establece esta representación (“Nos, los representantes del pueblo de la nación argentina…”) a diferencia del preámbulo de la constitución norteamericana que inicia (“Nos, el pueblo…”).

En esta línea, las palabras del Máximo Tribunal son contundentes, vinculadas a las ideas filosófico-políticas que se desprenden del Leviatán y aplicadas a nuestra realidad político institucional: (una vez efectuado el pacto de unión y establecidas las reglas en la Constitución Nacional) "no existe acuerdo alguno de voluntad entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción".

Pasan los siglos y la sombra del enorme Leviatán sigue campeando sobre nosotros.

FILOCAM PREGUNTA

Entrevista a Juan Antonio García Amado

"El neoconstitucionalismo es una manera de disolver el contenido de las constituciones bajo una apariencia de moralidad extrema que esconde nada más que el cinismo"

Jorge Oscar Rossi[1]

Es casi un lugar común sostener, con bastante prejuicio y un poco de verdad, que los filósofos iuspositivistas son aburridos. Mucha lógica

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones" y "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana.

simbólica, mucha Y, X, (), [ ], { }, < >, mucha abstracción, regla de reconocimiento y norma fundamental, poco de justicia y nada de moral.

Generalizaciones y prejuicios al margen, si hay un filósofo iuspositivista que NO es aburrido, ese es Juan Antonio García Amado.

Frontal, políticamente incorrecto y provocativo, se ha puesto al hombro el debate contra una forma de entender al derecho que goza de gran popularidad, en especial en Latinoamérica: el llamado (según por quién), neoconstitucionalismo, iusmoralismo, principalísimo y otros etcéteras.

García Amado, nacido en Ruedes (Gijón) en 1958, licenciado en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León desde 1994 y tiene en su haber la autoría de numerosos libros[2] y artículos académicos[3]. Como conferencista y docente, se lo puede encontrar en muchos videos[4].

Lo que sigue es la entrevista, surgida a partir de una charla bastante más extensa y con temario "abierto, improvisado y espontáneo", tal como el entrevistado nos pidió que fuera. Además, aquí

[2] Por citar algunos: Teorías de la tópica jurídica (Madrid, 1988), Hans Kelsen y la norma fundamental (Madrid, 1996), La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann (Bogotá, 1997), Escritos de Filosofía del Derecho (Bogotá, 1999), La lista de Schindler. Abismos que el Derecho difícilmente alcanza (Valencia, 2003), Ensayos de filosofía jurídica (Bogotá, 2003), Delito político (Bogotá, 2007), El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica (Bogotá, 2010), Un debate sobre ponderación (con Manuel Atienza, Lima/Bogotá, 2012), Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino (Quito, 2015), Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación (Bogotá, 2016), Ponderación (con Manuel Atienza, Quito, 2016), Filosofía política para juristas. Doctrinas, debates y cuestiones prácticas (Bogotá, 2017), Decidir y argumentar sobre derechos (Ciudad de México, 2017).

[3] Más de doscientos artículos en libros colectivos y revistas españolas y extranjeras sobre temas de Filosofía del Derecho, teoría general del Derecho, Filosofía Política, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Sociología Jurídica, Derecho y Cine, Derecho y Literatura, etc.

[4] Como ejemplo, entre muchos, tenemos este video, que puede encontrase en https://www.youtube.com/watch?v=Xg2aiCozVJ8, realizado en el marco del Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de León, donde analiza en detalle la relación entre Derecho y Moral, haciendo foco en las posturas positivistas y antipositivistas y su vinculación, necesaria o no, con el objetivismo y el relativismo moral.

(https://youtu.be/FHSOSi1HjDg) podrán encontrar el video con la charla completa, más extensa e informal.

FILOCAM: la primera pregunta que le quería hacer se refiere a un tema que en la Argentina ha cobrado mucha fuerza, y es la cuestión de las neurociencias. ¿Usted considera que ese conjunto de disciplinas llamado neurociencias puede aportarle algo a la ciencia del Derecho?

GA: No creo que los descubrimientos de la neurociencia vayan a alterar fuertemente nuestra manera de trabajar como juristas o como abogados. La neurociencia, como otros avances científicos, puede explicar en parte lo que hacemos y contribuir a describirlo bajo la perspectiva del observador, de ese, como si fuera un entomólogo, que nos ve como seres vivos, como humanos, o gusanitos o mosquitos, lo que sea, que nos ve reaccionando de determinada manera a determinados estímulos; y quién sabe si determinados del todo u obrando por algún margen de eso que llamamos libertad. Pero esto no es nuevo. Cada Revolución en las ciencias naturales y en las Ciencias sociales en particular ha planteado las mismas preguntas, los mismos enigmas a la teoría del derecho y a las disciplinas jurídicas, y siempre hemos llegado a la misma conclusión: sea lo que sea que descubra el que como científico nos observa, nosotros vamos a seguir siendo los mismos gusanitos que obran como obran, y que hacen lo que hacen.

Pensemos, por ejemplo, en cuántas veces se han cuestionado los fundamentos del derecho penal. Tomemos el psicoanálisis: Hay un viejo artículo en España desde muchas décadas de esa gran penalista que es Enrique Gimbernat donde decía algo como esto: "oiga, si realmente estamos determinados por impulsos que no controlamos, entonces no somos culpables y, por tanto, decae uno de los pilares del derecho penal y de su justificación, que es esa idea de que la conducta punible ha de ser culpable. Porque si somos robots, máquinas sociales completamente determinadas, no hay como calificar negativamente nuestra conducta". Y siempre hemos

concluido lo mismo: el libre albedrío Existirá o no existirá, pero para nosotros existe en cuanto que en nuestro juego social obramos como como si existiera diga lo que diga cualquier ciencia.

Nosotros no podemos dejar de jugar al juego que jugamos y el derecho y todo ese enorme campo de lo que con otras connotaciones muchas veces se llama la razón práctica o la teoría de la acción, o la interacción social, todo eso funciona con independencia de que en verdad seamos libres o no seamos libres. Es más: el derecho es parte del juego constitutivo de la Libertad en cuanto elemento de nuestra conducta. Somos libres porque nos imputamos cosas, no nos imputamos cosas porque seamos libres. Así que, dejemos al científico que haga su trabajo y que diga, por ejemplo, que yo he aceptado esta entrevista determinado ciento por ciento por mi condición psicológica de persona soberbia o vanidosa. Tenemos aquí que pasarlo bien y fingir que estamos porque queremos. Entonces, no creo que todas las ciencias y ahora las neurociencias tendrán influencia en el modo como nos explicamos e influencia indirecta con el modo cómo se constituye el andamiaje jurídico. No será determinante de ningún cambio sustancial. Lo que nos puede alterar la vida no es ningún descubrimiento científico, sino que son los eventos políticos.

FILOCAM: Estas explicaciones de nuestras conductas, brindadas por la neurociencia, ¿no tienen una especie de afán reduccionista? Lo digo en el sentido de atribuir a determinadas causas la explicación de todo lo que pasa.

GA: Sí y no. Yo diría que depende de cómo entendamos la expresión "reduccionismo". En mi juventud fui lector embelesado de Niklas Luhmann[5] y sus escritos sobre los sistemas. Y entonces conservo mucho de aquella perspectiva, de aquel modo de entender la sociedad y el papel de los distintos

[5] Niklas Luhmann (1927 -1998) fue un sociólogo y filósofo alemán reconocido a nivel académico por su formulación de la teoría general de los sistemas sociales.

sistemas sociales y también de los distintos sistemas científicos. Toda observación se hace desde algún lado y es necesariamente reduccionista. Cuando el cura juzga, cuando observa nuestra conducta, él no ve conexiones neuronales, no ve consecuencias económicas, no ve calificativos jurídicos del ilícito, lo que puede ver es el pecado, porque observa bajo la óptica de su sistema social de referencia, que es el sistema religioso. Cuando la literatura romántica habla de mi corazón, ve sentimientos que no tienen nada que ver con el corazón, pero es una manera de entenderse. El médico ve el corazón como un organismo más que cumple una determinada función fisiológica, etc., entonces ese reduccionismo es normal porque es imposible para nosotros, que estamos intelectualmente y cognitivamente limitados, lo que podríamos llamar la óptica o la perspectiva omni abarcadora, o sea, ver cada cosa en todas sus dimensiones materiales y sociales, sino que no nos especializamos y, esa especialización es la que permite reducir la complejidad. Si todos tuviéramos que saber todo el tiempo de todo y ver cada cosa bajo todas las ópticas posibles, no habríamos salido de la Edad de Piedra.

FILOCAM: tal vez no me expresé bien. Por supuesto, es imprescindible acotar el enfoque, pero en sus ejemplos hay conciencia de que estamos acotando el enfoque. Cuando hablaba del reduccionismo, me refería a que a veces parecen plantearse determinadas soluciones como la solución "total". Es decir, esta respuesta sirve para explicar todo el fenómeno, desde todas las perspectivas.

GA: Si, pero eso es consecuencia de otra propiedad psicológica que tenemos en mayor o menor medida, que tal vez es el narcisismo o la vanidad. Cada uno sueña con estar situado en el eje del mundo y que todos bailen a su alrededor.

Hay muchos científicos sociales y sobre todo hay muchos cultivadores de las ciencias sociales y también mucho cultivador de la filosofía del derecho que se consideran el ombligo del mundo. Ese es un rollo, perdón por la expresión vulgar, ese es un rollo psicológico que tiene mucho que ver con la manera de auto comprenderse como un ser insuperable. Es una enfermedad académica, a partir de los 40 años. El 90% de los profesores padecemos ese mal. Por eso conviene bajarnos la modestia de vez en cuando; y eso nos lo suele hacer, pues, el portero de nuestra casa o ese pariente que no estudió. Permíteme esta provocación: la mayor parte de los académicos que yo conozco, de los profesores de universidades como yo lo soy, son menos inteligentes que el común de los mortales, menos inteligentes que el campesino jubilado de la aldea de la que yo provengo. Lo que pasa es que han cultivado una determinada habilidad de manera intensa y por eso se cree el mejor del mundo, cuando en realidad tiene menos información y la procesa peor que ese conductor del bus que oye la radio todos los días y que habla con mucha gente de muchas cosas. Pero, al mismo tiempo, esa hiper especialización seguramente los académicos la hacemos mejor y con más esfuerzo gracias a creernos dioses. En definitiva, somos patanes con ínfulas que cumplimos una función necesaria.

FILOCAM: en Argentina, con la reforma de la Constitución en 1994, y unos cuantos años después con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, entró a la palestra un tema del que usted se ha venido ocupando mucho, que es el fenómeno de la constitucionalización y convencionalización de los derechos. En la reforma de 1994 se incorporó con jerarquía constitucional una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos. A partir de allí, por poner una fecha quizás un tanto arbitraria, empezaron a aparecer sentencias con cada vez más invocaciones y remisiones a la

Constitución Nacional, y al llamado "bloque convencional". En el año 2015, con el Código Civil y Comercial, la tendencia se intensificó, y hablamos cada vez más de la "constitucionalización del derecho privado". Así, en las sentencias cada vez nos encontramos con más fundamentos donde se aplican términos tales como "prevalencia del bloque constitucional convencional sobre las normas inferiores", la "resolución de antinomias", "el conflicto de derechos fundamentales", la "ponderación" y el "diálogo de fuentes".

¿En qué situación estamos ahora en España? Lo pregunto porque en nuestro país, por lo general, llegamos tarde a estas "olas académicas y jurisprudenciales". ¿Llegamos tarde al "neoconstitucionalismo"?

GA: Para responder a eso hay que hacer un par de consideraciones previas, de tipo metodológica, digamos.

Todos tenemos nuestro pasado en nuestras lecturas y uno es como cualquiera. Yo tengo mi pasado de lecturas marxistas, y eso que uno leyó con pasión y con mucho interés, siempre queda. A esta altura, no me llamaría marxista, pero eso queda y condiciona nuestra capacidad de análisis.

En ese sentido, respecto a lo que usted me plantea, al neoconstitucionalismo en Argentina y en general, yo diría que, en América Latina, lo entiendo desde la categoría marxista de la falsa conciencia y de la alienación. El neoconstitucionalismo es la expresión última de la ideología generada por las clases y grupos dominantes en Latinoamérica para sustraerse a los límites y condiciones puestas por las constituciones de los estados constitucionales y democráticos de derecho. Es una manera de disolver el contenido de las constituciones bajo una apariencia de moralidad extrema que esconde nada más que el cinismo.

Pongo por delante, como consideración preliminar, mi profundo cariño y respeto Argentina y todos los países que como Argentina me han acogido, donde tengo amigos, pero las familias discutimos, y esa es una de las

manifestaciones del cariño. Dicho esto, la situación de la Constitución y los derechos humanos en América Latina o, si quieren, en Argentina; yo creo que la expresa muy bien este refrán: "Dime de qué presumes y te diré de qué careces".

Si en verdad las instituciones y los poderes del Estado tomaran el serio los derechos consagrados en la Constitución, las cárceles argentinas no estarían como están, y las villas miseria ya no existirían y muchas cosas más no existirían. Para tomar de ejemplo, la situación que hay en las cárceles o en las villas miseria no es el producto del orden de la creación, ni es una necesidad ontológica, ni es un imperativo económico insoslayable, sino que es el fruto de políticas contrarias al puro y más elemental texto constitucional.

El renunciar al texto para hacer valer el contexto moral, el fingirse principialista y preocupado por los valores y su ponderación en lugar de tomarse al pie de la letra los derechos cueste lo que cueste y caiga quien caiga, es una manera de burlar la Constitución.

Esos neoconstitucionalistas son cínicos y son hipócritas porque se fingen poseedores de un discurso que honra los derechos, cuando en realidad dan las herramientas y las disculpas para mofarse en los derechos. Es ideología como falsa conciencia, pero con un grado de crueldad extremo. Y el argumento que dan se llama ponderación y consiste en decir: "Doctor, nosotros estamos más preocupados que usted por esos ejemplos que usted menciona y tantos otros, porque nosotros lo vivimos de cerca y en el día a día, pero nosotros no tenemos herramientas jurídicas en este contexto económico para hacer valer los derechos de los pobres o de los presos que son sistemáticamente masacrados y violados y vulnerados en todos sus derechos".

Hay mucha gente que lo piensa así y que lo cree verdad, pero es falso. Es una creencia resultante de un discurso complaciente, que pone el derecho

en el Cielo. Es el Cielo de los Valores, para no encontrarse a la cruda realidad de la práctica.

Herramientas jurídicas las hay y las da la Constitución y las da el Código Civil y Comercial y otras normas.

Tomemos el ejemplo de los presos: Cada vez que un preso demanda ante un tribunal diciendo que este y el otro y todos los derechos más básicos están en serio peligro, o cuando demanda el hijo de un preso que resultó muerto en la cárcel donde estaba, después de ser violado y torturado, existen los instrumentos jurídicos más elementales relativos a la responsabilidad patrimonial de la administración carcelaria y los funcionarios y se puede condenar a indemnizar a esas personas con un millón de dólares, digamos. A las diez sentencias que se cumplan se soluciona el problema. Eso es análisis económico del derecho: al estado tiene que salirle más barato velar por los derechos de los ciudadanos más débiles que no hacerlo.

Lo que pasa es que la "ponderación", el principialismo y la "huida hacia los valores" es una forma de no enfrentarse con la realidad de los hechos, y la ponderación es una manera de hacer un cálculo de utilidad del que sistemáticamente resulta que son importantísimos los derechos de los presos, pero, en el contexto del interés general prevalecen otros intereses o necesidades que impiden dedicar los recursos necesarios para hacer valer los derechos de los presos.

Hay en Argentina y en cualquier país recursos necesarios y suficientes como para garantizar el núcleo mínimo de todos, absolutamente todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales. Lo que pasa que la ponderación se hace cómplice de la injusticia de los repartos, porque es una manera de no enfrentarse a los problemas de justicia distributiva.

Con lo de la justicia distributiva vamos al eje de la cuestión social. Aquí vamos a ver si de verdad somos progresistas o reaccionarios.

Lo que pasa es que el esquema de la ponderación es un esquema particularista y casuístico. Es la manera de decir que la justicia tiene que resolver caso por caso en función de las circunstancias del momento y del caso y mirando en todos los casos el interés particular y del interés social, de manera que el problema social no se plantea sino como uno más de los elementos a tener en cuenta. Este es un planteamiento utilitarista. Es decir, "mire doctor, es que no tenemos dinero para salvarle la vida a ese preso". Bueno, pues venda la hacienda del ministro de Justicia, rebaje el sueldo un 80% al gobierno, aumente la presión fiscal sobre quien sea, pero el núcleo duro de los derechos fundamentales de todos y cada uno no se toca y al que y el que la hace la paga; y si el Estado es responsable de no poner la seguridad necesaria para los presos, el Estado la paga.

Mi postura es ideológica y es de defensa de los derechos fundamentales. El núcleo duro de los derechos fundamentales es sagrado, es inviolable, no se admite ninguna vulneración, en ninguna circunstancia, ni, aunque se acabe el mundo. Este es el planteamiento kantiano.

Entonces, en ese contexto, y pasando a la segunda parte de la pregunta, la constitucionalización del derecho privado bueno la constitucionalización del derecho es una forma de hacer que todo sea moral y ponderación evitando precisamente los límites que pone la legalidad plenamente constitucional y los límites que pone una dogmática fuerte. Una dogmática fuerte, es la combinación de legislación sectorial más teoría de esa legislación sectorial, para estudiarla, precisarla y enseñar a aplicarla. Necesitamos un derecho civil fuerte, con una dogmática civil fuerte; un derecho penal fuerte con una dogmática penal fuerte, etc.

Claro que hay que hacer control de constitucionalidad, eso es evidente, pero otra cuestión es esta "constitucionalización" que, curiosa y paradójicamente, pero con toda claridad es una manera de recortar el derecho, para que tengamos menos derechos y para que todo todos nuestros

derechos sean "ponderados" por algún tribunal en un contexto de falta de Independencia judicial, de falta de formación judicial y de falta de

Formas. No hay Estado de derecho y estado con garantías de todo tipo, al hacer que todo sea Constitución.

La constitucionalización que va de la mano del neoconstitucionalismo es una forma de deslegalizar y flexibilizar y eso es neoliberalismo aplicado al derecho y a su teoría y a su práctica; y nada cambia por el hecho de que estos neoconstitucionalistas, que en el fondo son ultraliberales en lo económico y que lo saben y que quieren un poder del estado con las manos libres, nada cambia por el hecho de que ya no llevan corbata de seda, sino que van con un fular o con un pañuelo. Nada cambia. Son los mismos perros con distintos collares.

Así, se da el drama de que ahora se puede uno burlar de los ciudadanos y sus derechos, apareciendo como el colmo del progresismo y de la liberación humana, cuando en verdad son unos auténticos falsarios.

Respecto a lo otro que usted me decía, le apunto que en Europa no existe el neoconstitucionalismo. No es que Argentina esté llegando tarde a esta tendencia, sino que en Europa no existe el neoconstitucionalismo. Si pensamos en Alemania, de donde está el origen de esta corriente que, multiplicada por diez, se llamó en Latinoamérica el "neoconstitucionalismo", vemos que allí, en Alemania, no existe esa cuestión. El neoconstitucionalismo es la importación latinoamericana de la síntesis que hace Alexy de la jurisprudencia de valores de los años 60 y 70 del constitucionalismo alemán, con elementos de la terminología de Dworkin. Y esta postura, esto hay que resaltarlo, es marcadamente conservadora, cuando no francamente reaccionaria. Lo que pasa es que las élites jurídicas y sociales de Latinoamérica tienen una doble habilidad: importan con su fachada legitimatoria una doctrina alemana y europea, así se legitiman y ocultan su cariz profundamente conservador presentándolo en Latinoamérica como

liberador. Por otro lado, comparten con ese constitucionalismo reaccionario los años 70 de 60 de Alemania y de parte de Europa, el fomento al descrédito del legislador. El argumento es: "con estos legisladores que tenemos, no nos sirven las leyes, ya no vivimos en un Estado de Derecho. Vayamos directamente a la Constitución, aplicada y ponderada por las Cortes supremas, a las que elegimos nosotros, que salen de nuestros barrios, de los barrios de los ricos; o que salen de nuestras universidades, las universidades más caras, y que son de nuestra clase social.

Pero en Europa no existe el neoconstitucionalismo. En Europa hay muchos problemas, estamos mal por muchas cosas y no somos ejemplo de nada, pero no es que Latinoamérica haya llegado tarde, es que Latinoamérica importó y sobreactuó esas ideas y fue víctima de un engaño. Pero no fue engañada por Robert Alexy. Los juristas y sobre todo la sociedad latinoamericana están siendo engañados por sus profesores, por sus académicos y por los magistrados y magistradas de las altas cortes que naturalmente alaban un tipo de teoría que, ante todo, aumenta su propio poder y las hace, a sus ojos, acreedoras de un homenaje mayor por parte de los otros poderes.

Y una última cosa. Me atrevo a plantear esta hipótesis: no es tanto problema, no es lo más grave, la constitucionalización del derecho privado. El objetivo último de esta tendencia es la constitucionalización del derecho penal para acabar con el principio de legalidad penal.

FILOCAM: Cuando usted daba el ejemplo del preso al que había que salvarle la vida y supuestamente no había fondos y decía "*El núcleo duro de los derechos fundamentales es sagrado, es inviolable, no se admite ninguna vulneración, en ninguna circunstancia, ni, aunque se acabe el mundo", yo pensaba en esa definición de Alexy de principio* como "mandato de optimización". Para usted no hay "mandato de optimización que valga", no hay nada que optimizar, hay que cumplir…

GA: Déjeme decir una cosa. Usted acaba de mencionar al "eje del mal", por lo siguiente: Si una norma cualquiera, por ejemplo, desde la norma constitucional que busca garantizar el derecho a la vida de cualquier ciudadano o de los presos en particular hasta la norma constitucional que dice que la función de la pena es la de la resocialización y cualesquiera otras que aquí vengan al caso, si esa norma es un mandato de optimización, significa exactamente esto, y es la interpretación literal de lo que es mandato de optimización. Es decir: hay que asegurar la vida, la integridad física y moral y la dignidad de los presos "lo más posible" en cada momento y a la luz de las circunstancias del caso concreto. Por esta vía entran estas consideraciones que estamos diciendo. O sea, ahí vienen los planteos de "Bueno, qué presupuesto tenemos, qué otras necesidades tienen este Estado, etcétera. La Fuente del mal se llama "mandato de optimización". Mi derecho a no ser torturado, mi derecho a conservar mi vida, mi integridad física y mi libertad sexual, si mañana entro en una cárcel no es un mandato de optimización: es un derecho absoluto en su contenido esencial. Hay una teoría que estaba y sigue existiendo, aunque minoritaria y es la que tenemos que recuperar y que la que tienen que recuperar mis hermanos de América Latina, que se llama la "teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales". En síntesis, y para seguir con el ejemplo de los presos, su derecho a la libertad sexual y a la dignidad y a la vida es absoluto. No se pondera. Si a un preso lo van a matar, hay que ponerlo en una celda, si aun así no lo salvamos, hay que sacarlo de la cárcel y si a pesar de todo la matan, el Estado tiene que indemnizar, y hay que indemnizar "a lo bestia", para escarmentar a ese Estado y a sus operadores, sea con daños punitivos, sea con altos resarcimientos en materia de daño moral.

FILOCAM: En la República Argentina, en los últimos años han salido muchas leyes que tienen grandes listados de derechos: derechos del paciente, derechos del alumno, derechos de la mujer embarazada. En definitiva, gran cantidad de normas de reconocen muchos derechos. El problema es que luego esos derechos no se pueden ejercer…

GA: Este tema de la superabundancia de derechos que en la práctica solo existen en el texto tiene un nombre en la vieja sociología jurídica y se llama "legislación simbólica". Hay un libro de hace muchos años, que hace poco ha tenido su segunda edición, un gran libro de un colombiano, de un gran investigador que se llama Mauricio García Villegas y que se titula "La Eficacia Simbólica del Derecho".

La legislación simbólica está compuesta por aquellas normas que el legislador emite como un puro ánimo propagandístico, con un puro ánimo de legitimación, para fingir interés, preocupación y compromiso, pero sin poner en absoluto los medios técnicos, jurídicos y de cualquier otra clase, necesarios para asegurar la efectividad de sus derechos.

Para empezar, toda la legislación se vuelve simbólica cuando se relativiza el derecho procesal, y el derecho procesal, con sus garantías, está siendo otra de las víctimas de esta oleada de legislación simbólica, acompañada de un interés social que es meramente fingido.

Yo siempre lo explico así: Si un habitante de otro planeta de pronto llegará a España o la Argentina; y usted o yo le mostramos el compendio de legislación medioambiental que tenemos en nuestro país, ese extraterrestre quedaría fascinado. Él diría: "oiga, pero aquí no hay un río sucio, no hay un mar contaminado. Esto es el Paraíso". ¿Y usted cómo le explica que la sobreabundancia de legislación protectora va de la mano de una auténtica carencia de protección efectiva del objeto supuesto a la protección? Porque es legislación simbólica, porque se hace una ley que tiene un preámbulo donde repite muchas veces "sostenibilidad y dignidad" y otras palabras cursis

con terminología pseudo jurídica. El Derecho se demuestra andando, no con frases. Le tendremos que explicar a ese marciano que el legislador se quedó en la formulación de objetivos y en la enumeración teórica de derechos, pero no desarrolló ningún tipo de garantías. Por ejemplo, procesos de colectivas. No basta con decir que el agua no debe estar contaminada, tiene que haber maneras de hacer valer efectivamente ese derecho.

Sino, terminamos en sentencias hermosas que no se cumple. Al rio no se lo protege nombrando una comisión que se reúne cada seis meses y cobra dietas.

FILOCAM: Este ejemplo del río me recuerda una tendencia que ya en algunos países se ha positivizado, que es la de designar nuevos sujetos de derecho. Por ejemplo, designar sujeto de derecho a la Naturaleza, a los ríos, a los animales no humanos. ¿Es un ejemplo de legislación simbólica?

GA: Mire, para muchos la Constitución ya no es un texto jurídico, sino que es un entramado de valores implícito. Este es el subterfugio por el cual se nos llega a considerar que como abogados ya no tenemos una específica técnica, ya no tenemos que saber interpretar, ya no tenemos que buscar la relación de normas, sino que tenemos que colocarnos a la posición del loto, o algo así, y reflexionar para que la ponderación nos salga justa. Nos falta teoría y, cuando nos preguntamos por el sujeto de derecho, lo que tenemos que hacer es teoría. ¿se trata de crear sujetos de derecho u objetos de protección?

Le doy un ejemplo. Yo vivo en la ciudad de León, España, que tiene la que seguramente es la catedral gótica más importante y más bonita de España. Esa catedral está tremendamente protegida, pero eso no significa que sea sujeto de derecho.

Por otra parte, si decimos que la catedral es un objeto de derechos y la protegemos mal, mediante una normativa mal construida o que no se aplica y entonces cambiamos eso y la convertimos en sujeto de derechos y

la protegemos igualmente mal, no hemos ganado nada con hacerlas pasar de objeto a sujeto. Por el contrario, si es objeto y no sujeto y la protegemos bien, ¿Cuál es la necesidad de convertirla en sujeto? Otra vez estamos con una posible maniobra conceptual que oculta la falta de medidas prácticas reales tangibles y efectivas.

No es necesario nombrar al río sujeto de derecho. Lo que es necesario es evitar la contaminación y evitar que mueran los peces y evitar que no puedan utilizar sus aguas los ribereños. Si eso usted lo consigue y además nombra al río titular de un derecho fundamental, bueno, para mí eso es secundario. Llámelo Felipe al río, pero protéjalo.

FILOCAM: Otra de las tendencias que impregnan fuertemente la sentencias y la jurisprudencia hoy día en Argentina es la llamada "perspectiva de género", es decir, el deber que tienen los jueces de interpretar la normativa y resolver los casos más variados con perspectiva de género.

GA: Yo no estoy en contra de la perspectiva de género, estoy a favor. Lo que no me gusta, es que eso sea la vía para terminar con ciertas garantías que nuestras Constituciones dicen que tienen que ser universales como, por ejemplo, la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, o la presunción de inocencia.

Venimos y estamos en una sociedad profundamente machista y patriarcal. Para mí eso es indiscutible. La gran revolución de los siglos XX y XXI ha sido la revolución feminista y eso es absolutamente loable y necesario, en ese contexto de sociedades machistas y patriarcales.

Hay ciertos comportamientos y maneras de hablar donde revelamos un sesgo, revelamos la presencia inconsciente de eso que en realidad hemos mamado y que nos han enseñado nuestros padres y nuestras madres. Porque todos hemos sido víctimas y transmisores, si queremos con distintos grados de responsabilidad.

Este sesgo es un elemento de discriminación cuando se legisla y también cuando el juez o la juez sentencia.

Pero la lucha en favor de la igualdad y contra ese sesgo discriminatorio no puede llevarnos a su opuesto, es decir, un sesgo ahora en contra de los de los varones.

En España se está tendiendo ahora a confundir las cosas. Ahí creo que vamos bien a la par con Argentina. Se está empezando a sostener que la lucha contra la discriminación de la mujer y la forma de tener una perspectiva de género consiste en que la declaración o el testimonio del hombre y el de una mujer tienen que contar distinto. Que mientras que a la mujer acusada de un delito hay que presumir su inocencia, al hombre por ser hombre, si se trata de un delito sexual hay que presumirlo culpable. Entonces cambiamos una desigualdad por otra cambia. Si mañana alguien dijera, en países con diversidad étnica, que cuando un aborigen es acusado hay que presumirlo inocente, pero que cuando se trata de un "blanquito citadino" hay que presumirlo culpable, creo que nos echaríamos las manos a la cabeza. Estaríamos combatiendo un mal a base de producir otro mal y ahí asistiríamos a una especie de guerra civil entre mujeres y hombres.

Entonces, mi postura ante la igualdad de género y mi postura ante el feminismo es favorable, pero siempre y cuando no haya daños colaterales que nos lleven a una situación tan mala como la que queremos corregir.

La neurociencia como herramienta de política pública

Fundamentos y medidas alternativas a la política criminal sobre la corrupción y la criminalidad empresarial.

Sandra Elizabeth Balzano[1]

Para realizar una reflexión de la política criminal de Argentina, entiendo que primero debo establecer el concepto de MÁRGENES, entendiendo como tal, los límites o extremos de una sociedad. Cuando hablamos de MARGINALIDAD, lo primero que se nos aparece es el margen inferior del entramado social y olvidamos el margen superior en donde se desarrollan los delitos de cuello blanco y de cuello rosa[2].

En todos los trabajos que hicimos, siempre se miró la política criminal y la impunidad o innecesaridad de imponer al delincuente una sanción penal a cumplir en establecimientos penitenciarios, bajo el argumento de que estos no "necesitan ser resocializados"; cuestión que, a estas alturas, luego de un extenso estudio en esta materia, dudo, tomando en cuenta que la política criminal se construye con la colaboración de la Criminología, el Derecho Penal y Procesal Penal y la Sociología. Lo cierto es que la nueva incorporación de la Neurociencia, se amplía la mirada con los estudios científicos de la Psicología y psiquiatría Criminal, permitiendo establecer

1 Abogada, Docente Universitaria, Abogada del Niño del Departamento Judicial de Morón, directora de la Comisión de enlace con la Comunidad del CAM, Especializada en derecho de familia (UBA); Posgrado en Derecho de Familia e Interdisciplina UNMDP-CAM.

2 Se utiliza esta distinción de acuerdo al género del/la autor/a del delito, haciendo mención que siempre el porcentaje femenino es menor en razón de que también es menor su incorporación a cargos directivos o CEOs de Empresas o Cargos jerárquicos Estatales.

perfiles de la personalidad de los delincuentes, lo que permite mi duda respecto a si es o no es viable o aconsejable cambiar la mirada del concepto de resocialización haciendo una clara distinción con el de reinserción social/reeducación.

Sustento mi postura en el trabajo publicado por la Cidh del Dr. Álvaro Burgos[3], destacando la utilización del "Psicodrama de MÁRGEN" (utilizado por el FBI, para la criminalidad de cuello blanco)[4].

Entonces, si lo miramos con este prisma que completa los estudios actuales criminológicos, los delincuentes de cuello blanco/rosa, no dejan de ser delincuentes comunes sin violencia a los que, tranquilamente, se le puede aplicar todo el peso de la Ley y de la Ley Procesal.

Y es aquí donde me detengo, porque resulta obligatorio referirme a dos cuestiones, si bien una es de orden sociológico, no por ello menos importantes: una es la estructura del estatus social carcelario y otra, de orden legal, es la estructura normativa.

Aunque a los sociólogos no le guste el término, las cárceles construyen una sociedad sustentada en la contracultura y, los delincuentes de cuello blando/rosa, tiene la aptitud de contar con el Estatus Superior

[3] CUELLO BLANCO Y DELITO, Revista de Ciencias Jurídicas N0 138 (57-88) Setiembre-diciembre 2015, (Recibido 23/06/14 • Aceptado 26/11/14), que sostiene la postura de otros autores como ser, SARMIENTO SOSA, 1992: 223). Para esta tesis, los principales rasgos del criminal económico son (LEGANÉS GÓMEZ Y ORTOLÁ BOTELLA, 1999: 254)

[4] Los principales rasgos del criminal económico son (LEGANÉS GÓMEZ Y ORTOLÁ BOTELLA, 1999: 254): Materialismo, sólo da valor a los bienes materiales. Es un auténtico maníaco, su tensión patológica se libera con la ganancia siendo su psicología similar a la del jugador. Egocentrismo (propio del estado primario, conforme a las teorías del psicoanálisis, hoy en día abandonadas), no alcanzan a lograr afectividad, esta soledad la compensan mostrándose caritativos y generosos. Narcisismo, los hace soberbios, insensibles y se traduce a su situación social, ropas, dinamismo y audacia e Inteligencia. Peligrosidad, porque no valoran límites éticos. La Hipocresía, son fríos y se muestran generosos. Neurosis, demuestran falta de conciencia de culpabilidad, se debe a que estos actos no provocan reacción social, por lo que no son considerados como delito. Dinamismo, son muy activos y prevalece en ellos la acción al pensamiento. Audacia, no analizan los riesgos. Inteligencia

porque sus delitos no involucran violencia, de ahí la peligrosidad dentro de un sistema carcelario, por el respeto y admiración de los estratos sociales contraculturales inferiores. Su perfil psicopático o sociopático y ese "respeto" de la población menos 'capacitada' intelectualmente, pone en riesgo al sistema, ya que - los delincuentes de cuello blanco/rosa- son los ideólogos de situaciones de peligro convenciendo a los otros de realizarlos sin quedar ellos involucrados.

La segunda cuestión es La Ley, que para estos delitos los máximos penales son mínimos (6 años, en su mayoría, salvo que se compruebe una asociación ilícita o constituya un Organización Criminal -droga, trata con servidumbre, etc.). En estos casos, la ley argentina permite el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, teniendo en cuenta las condiciones personales del imputado, la inexistencia de antecedentes criminales, el arraigo, su situación familiar y laboral, aplicando el criterio amplio, es decir, la pena en expectativa.

Otra cuestión a la que debe apuntarse para poder trabajar con la criminalidad de cuello blanco y rosa, como así también en relación a la corrupción estatal, es sin duda alguna, deconstruir el concepto de impunidad por estar en las altas esferas relacionadas con la alta corrupción.

La forma de deconstrucción es -evidentemente- con un trabajo educativo diseñado por especialistas en pedagogía, psicología cognitiva, neurólogos neurocognitivos, que permita establecer distintas estrategias de que permita un nueva co-construcción que desbarate los principios adquiridos y enquistados, permitiendo insertar las ideas de respeto a la ley, para volver a vivir en paz y construir sociedades más humanas, si se logra cambiar el concepto de impunidad que subyace en el imaginario colectivo y que permite recibir el beneficio de las garantías constitucionales en oposición a los ciudadanos comunes que sufren el embate del punitivismo polulista, en

razón de que son los que arman las agendas públicas y desarrollan la información

En este sentido voy a hacer míos los conceptos:

'Es obvio, que la escuela, para cumplir su función educativa, necesita, en distintos grados, la ayuda y la acción de las familias, los servicios sociales, las empresas, las organizaciones no gubernamentales (ONG), las asociaciones de inmigrantes y refugiados, los sindicatos, los partidos políticos, etc., pues cuentan con profesionales que trabajan fuera del ámbito escolar (pedagogos, psicólogos, educadores, animadores socioculturales, trabajadores sociales, etc.), que pueden ser de gran utilidad para la labor educativa. También supone aceptar que el respeto a otras culturas, la educación intercultural, la atención a la diversidad, la integración de las minorías –los gitanos son una minoría étnica muy extendida, especialmente por Europa, donde habitan 12 millones de personas. España cuenta con una población gitana estimada en unas 600.000 personas (Ramírez-Heredia, J. de Dios, 2002:21)-, etc., es responsabilidad de los individuos e instituciones en general y, en particular, de los profesionales de la educación, ya que son las personas más competentes para ofrecer al alumnado una educación liberadora, enseñándole sus derechos y deberes, asignándole tareas y responsabilidades, transmitiendo valores de participación, desarrollando su capacidad de ejercer la libertad personal, ayudándole a valorar las consecuencias de sus actos, concienciando sobre cómo producir cambios en las estructuras sociales, los grupos, las relaciones personales, etc. Todo ello, a través de estrategias de enseñanza y aprendizaje que favorezcan un clima de clase donde las relaciones entre enseñantes y estudiantes se caracterizan por la responsabilidad, la participación, la comprensión, la cooperación y el trabajo'. [5]

[5] Gallardo Vázquez, P. y Coral Ruiz Curado, S. D. (2008). Inmigración, educación y trabajo. Sevilla, Spain: Wanceulen Editorial. Recuperado de https://elibro.net/es/ereader/uvirtualorg/33737?page=32.

Entonces, teniendo en cuenta que ambas márgenes opuestas de las sociedad necesitan tratamientos penitenciarios acorde a sus capacidades y que en algún punto, sea por exceso de conocimiento, sea por defecto del capacitación, lo cierto es que en algún punto se unen y ese punto es el concepto de impunidad que da el poder y punitivismo al margen inferior.

El concepto de Poder se utiliza para describir la facultad, habilidad, capacidad o autorización para llevar a cabo una determinada acción por su capacidad intelectual o fortaleza corporal. Ese concepto de poder, es sobre el que hay que trabajar, pero surge una pregunta ¿quién le pone el collar al león? Adviértase que el Poder político es el que establece las políticas públicas y genera las licitaciones.

Entonces, si damos por cierto la conexión indiscutible entre el Poder Político y los Intereses de las grandes multinacionales, el panorama es desolador y la única forma de romper con dicho panorama es dotar de herramientas a las agencias de contralor para denunciar las irregularidades y no solo informarlas.

Esto permitiría mejorar la calidad educativa y volver a tener educandos en las instituciones públicas construyendo la vieja excelencia educativa que portaba Argentina antes de que el Banco Mundial y otros organismos internacionales exigieran la merma de nuestra calidad educativa. Mejoras en la prestación de servicios de salud, de salud mental y seguridad pública.

Cuando hablo de neurociencia cognitiva, me refiero al estudio que tiene por objeto principal la comprensión de la mente humana; en particular, desde esta disciplina se pretende identificar la relación entre los fenómenos cognitivos (así como sus manifestaciones observables) y las estructuras

cerebrales en las que se asientan. Dicho de otro modo, esta ciencia busca las bases biológicas de la cognición[6].

Al decir de Torres '*Entre los procesos y aspectos de la experiencia humana que se enmarcan en el área de interés de la neurociencia cognitiva encontramos el aprendizaje, el lenguaje, la inteligencia, la creatividad, la conciencia, la atención, la memoria, la emoción, la toma de decisiones, la empatía, la cognición social, la percepción del propio cuerpo o el ciclo sueño-vigilia. Un aspecto particularmente relevante para la neurociencia cognitiva es el análisis de los déficits cognitivos presentes en personas con lesiones y alteraciones cerebrales, puesto que la relación entre el daño neurológico y los trastornos cognitivos y conductuales consiguientes permite inferir las funciones que dependen de las regiones afectadas. Por otra parte, la neurociencia cognitiva del desarrollo es una subdisciplina que se ocupa de analizar los cambios que se producen en el cerebro, y en consecuencia en las funciones cognitivas y en las conductas correspondientes, a lo largo de toda la vida, desde la gestación hasta el envejecimiento*".

Podría decirse que sería una nueva forma de control social, pero lo cierto es que es una nueva forma de poder lograr sortear el déficit cognitivo y conductuales, sin dejar de lado la bioética rigurosa para evitar el uso indebido del conocimiento científico. Aplicar la neuroimagen para estudiar la estructura del cerebro, los mapeos cerebrales y la electroencefalografía permite conocer su funcionamiento y aplicar tratamientos con objetivo específico de corrección o deconstrucción mediante los métodos aplicados por la psicofísica.

La genómica cognitiva y la conducta permite conocer qué Durante el desarrollo los niños adquieren pautas sociales que les permiten vincularse de una manera adecuada. Esta experticia, que posibilita la comprensión del

[6] Arturo Torres Licenciado en Sociología por la Universitat Autónoma de Barcelona. Graduado en Psicología por la Universitat de Barcelona. Posgrado en comunicación política y Máster en Psicología social.

mundo social, depende de procesos individuales y sociales que actúan en conjunción. Dentro de los primeros, hay variables cognitivas que tienen una influencia directa sobre el funcionamiento social y se incluyen en el constructo denominado cognición social. Éste es un proceso neurobiológico, psicológico y social por medio del cual se perciben, reconocen y evalúan los eventos sociales para construir representaciones de la relación entre uno mismo y los otros que guían el comportamiento social. En la actualidad, los procesos cognitivos más frecuentemente incluidos dentro de la cognición social son, entre otros, la percepción de los estímulos socialmente relevantes, la teoría de la mente y la empatía[7].

Ochsner (2004) plantea diferentes niveles de análisis para explicar los fenómenos socio-emocionales propios de las neurociencias sociales: 1) un nivel social, que incluye claves socioemocionales del contexto social, descripciones del contexto y las experiencias; 2) un nivel cognitivo, que implica la capacidad de procesamiento de la información; 3) un nivel cerebral, que se refiere a las bases neuronales de dichos mecanismos; y 4) un nivel genético. La neurociencia social, por lo tanto, integra diversos niveles de análisis que incluyen y permiten interrelacionar aspectos micro y macro en la comprensión del desarrollo y las experiencias sociales[8].

Concluyendo: Por más que intentemos diferenciar las génesis delictivas, lo cierto es que, acorde a los nuevos descubrimientos relacionados con la neurociencia, el delincuente de cuello blanco/rosa, soporta -en su infancia- las mismas situaciones que la margen inferir estigmatizada, la diferencia está en el nivel cultural, que fue posible gracias a su margen superior, afectando su empatía, su percepción del mundo, la interacción

[7] Lieberman, 2012 A geographical history of social cognitive neuroscience. NeuroImage, 19(35), 432–436 https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Fdoi.org%2F10.1016%2Fj.neuroimage.2011.12.089+

[8] Ochsner, K. N. (2004). Current directions in social cognitive neuroscience. Current Opinion in Neurobiology, 14(2),254-258, https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Fdoi.org%2F10.1016%2Fj.conb.2004.03.011+

social y surgió que cierto circuitos cerebrales cumplen un papel importante en el procesamiento social[9] .

De ahí que, una política criminal adecuada a esta tipología delictiva debiera conllevar primero, la determinación de si el sujeto puede ser o no ser reeducado, ya que -como bien se sabe científicamente- un sociópata no tiene dicha posibilidad. Lo cierto es que, determinar su estructura psíquica es fundamental para establecer medidas de prevención, sanción, programas y ejecución de las posibles penas (multas, trabajo comunitario, inhabilitación perpetua o temporal, prisión con medidas de seguridad, sin medidas de seguridad pero alejado de la población general, etc.).

Crear programas que contengan los nuevos descubrimientos científicos, a fin de lograr mayor igualdad entre los delincuentes de cuello blanco/rosa y los delincuentes mal llamados 'comunes', para ser aplicado en los "tratamientos" penitenciarios y en el control de la ejecución de la pena[10]. Entendiendo que los objetivos no podrán evaluarse como se hace con la población general, deberán fijarse acorde al delito de cuello blanco que sea, teniendo en cuenta el estudio previo del perfil psicológico del sujeto, ya que no se puede centrar en el trabajo o educación. Se tendrá que ser creativo para establecer objetivos adecuados a cada sujeto/a.

Otra medida es, separarlos de la población general cuando se le imponga una pena de prisión con cumplimiento efectivo, evitando así la manipulación de los comunes, como medida de seguridad preventiva y resguardo de la población y funcionarios.

---

[9] Garden, 2009, Grande. Social neuroscience: The marriage between social psychology and cognitive neurosciences. A review and an introduction to a new discipline. Anales de Psicología, 1-2

[10] Pongo en conocimiento que el tratamiento penitenciario en argentina es un trabajo que realiza el Consejo Criminológico con el Interno, estableciendo objetivos, herramientas para llegar a los mismos, progresiones y beneficios acorde a sus progresiones.

De esta forma, se estaría viabilizando el camino para que se construya una política criminal que equilibre el positivismo exorbitante al delincuente común con el exorbitante garantismo al delincuente corrupto de cuello blanco. Mientras que los primeros atacan al individuo, los segundos destruyen comunidades y Estados, obligando a convivir al victimario con las víctimas, sujetando la suerte de estas últimas a la decisión de las primeras o a los descubrimientos judiciales que eventualmente puedan suceder[11].

[11] Caso Odebrecht

Presentación Andrea Homene

Blanca Medina Borja

Estimados lectores: tenemos el agrado de anunciar que a partir de este mes de marzo contaremos con la participación de la Lic. Andrea Homene, psicoanalista, perito psicóloga del poder judicial de Morón, docente especializada en salud y escritora, autora del libro Psicoanálisis en las trincheras, práctica analítica y derecho penal, quien entre otros profesionales contribuirá con diversos textos de su autoría, los que seguramente nos llevarán a explorar otras miradas en la intersección del campo del derecho y el de la salud mental.

Celebramos esta incorporación con las ansias de que disfruten de la lectura de sus textos.

Muy pocos tienen paraguas

Andrea Homene[1]

La práctica cotidiana con jóvenes en conflicto con la ley penal, acentúa cada vez más la necesidad de formularse algunas preguntas acerca de las condiciones de imputabilidad de un sujeto. Como decía el Dr. Zaffaroni en una charla informal días atrás, "no es lo mismo la ley del padre que el código penal". Cuando leo informes en los que se sostiene que el joven en cuestión desconoce la ley, me pregunto de qué ley se habla, y si se trata de la forclusión del Nombre del Padre como significante de la ley o se refieren a la ley en términos jurídicos. Son tantos los casos en los que se informa que "el joven no ha interiorizado la ley", que ya no sé si se está hablando de una proliferación de psicóticos o de alguna otra cosa.

Sin embargo, frente a la dureza extrema con que son tratados los jóvenes que trasgreden la ley (penal), es posible advertir la liviandad con que se trata a un Estado que trasgrede la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual, estando por encima de la Constitución, tiene más peso que cualquier ley local. Si las convenciones internacionales, y la Constitución nacional, estipulan derechos inalienables para todos los niños (salud, educación, vivienda, alimentación, etc.), todo sistema social que vulnere dichos derechos es un sistema infractor que tiene para con la ley idéntica "no interiorización" que se le atribuye al joven transgresor.

Por otra parte, el Código Penal argentino, en su art. 34 inc. 1º establece que no serán punibles quienes por insuficiencia de sus facultades mentales o por alteraciones morbosas de las mismas …no hayan podido comprender la criminalidad del acto o dirigir libremente sus acciones. Ahora

[1] Andrea Homene, es psicoanalista, perito psicóloga Defensoría General Morón, autora del libro "Psicoanálisis en las Trincheras. Práctica Analítica y Derecho Penal". Ed. Letra Viva

bien, ¿qué significa comprender? ¿es la mera distinción entre lo que está bien y lo que está mal? Creo que no, que se trata de mucho más que eso. Se trata de poseer capacidad de abstracción, la que a su vez permite la reflexión crítica, la capacidad de anticipación de las consecuencias de los actos, reversibilidad de los mismos, capacidad de elección. Todas estas son características, según el modelo propuesto por Piaget, de un desarrollo cognitivo que haya alcanzado el estadio de las operaciones formales.

En la práctica, una gran cantidad de jóvenes (por no arriesgar que se trata de la mayoría) en conflicto con la ley, no han superado el estadio preoperatorio; es decir, que su desarrollo cognitivo se corresponde con el esperable para niños de 7 años de edad. Sus acciones mentales aún no son caracterizables como operaciones por su vaguedad, inadecuación y falta de reversibilidad. Los procesos característicos de esta etapa son la centración, la intuición, el animismo, el egocentrismo y la no reversibilidad.

Por consiguiente, la requerida capacidad para comprender la criminalidad de un acto, y en función de ello, para dirigir libremente la acción, se encuentra obstaculizada por la falta de desarrollo cognitivo. Esta última podrá estar vinculada a diversos factores: desnutrición infantil o nutrición deficitaria (lo que produce un impacto neurológico irreversible), falta de "estimulación cultural" (muchos de ellos han abandonado tempranamente la escolaridad), déficit del capital simbólico.

Colette Soler, en su último trabajo, "Los afectos lacanianos", sostiene que "El capitalismo no es tanto el régimen de la explotación del proletario por el capitalista explotador, como el régimen de la producción de lo que llamo el proletario generalizado, al que el capitalismo no propone otros lazos que los que mantendrá, cualquiera será su lugar social, con los objetos de la producción/consumo a los que Lacan llama plus-de-gozar. Ahora bien, no hay lazo social sin las producciones de lo simbólico. . el capitalismo en cuanto tal, los ha reemplazado por los objetos de su producción. Se habla mucho

del aumento de la depresión en nuestra época, pero la verdadera enfermedad del humor del capitalismo es la angustia…es lógico porque la angustia es el afecto de la "destitución subjetiva", afecto que surge cuando el sujeto se percibe como objeto…hoy en día la angustia es rebautizada stress, presión, ataque de pánico, etc., pero eso no cambia nada. Este afecto no prevalece solamente porque el universo del capitalista sea duro …sino porque destruye lo que Pierre Bourdieu llamaba el capital simbólico. Este no se reduce al stock de saberes transmitidos…incluye lo que se denomina los valores estéticos, morales, religiosos, que permiten dar un sentido a las tribulaciones, y que, por ende, permiten soportarlas".

Retornando a Freud, en el Malestar de la Cultura, las pulsiones encuentran su regulación en el sujeto humano, justamente por la necesidad de la convivencia social. Dicha renuncia a la satisfacción no es sin consecuencias, la neurosis es la prueba de ello. Ahora bien, sin capital simbólico, los padecimientos emergentes por las renuncias pulsionales se tornan insoportables.

Sin capital simbólico, frente a la imposición sistemática del "empuje al consumo de objetos", el acto no encuentra mediatización. "Llame ya y tenga su multiprocesadora", o "Obtenga su tarjeta X y dése el gusto", son mensajes que instalan la inmediatez de la satisfacción como el modo de alcanzar la felicidad, esto es, de disimular la imposibilidad del encuentro con el objeto causa de deseo.

No es extraño que asistamos a una declinación de la frecuencia y la satisfacción del acto sexual. El ejercicio de la sexualidad escapa a las normativas del capitalismo. El deseo, en tanto deseo sexual, no implica el consumo de objeto, y, por consiguiente, no hay mucho "marketing" destinado a incrementar el hábito.

Volviendo a los jóvenes en conflicto con la ley, la pretendida satisfacción inmediata de objetos que procuren obturar la falta, les es

absolutamente ajena. Y la pregunta que me formulo es ¿por qué si algunos podemos obtener de inmediato, tarjetas mediante, los objetos codiciados, ellos deben resignarse a la imposibilidad? Además, ¿con qué caudal simbólico cuentan como para soportar las renuncias, no sólo pulsionales, sino de toda clase?

La dinámica del sistema jurídico requiere que para acreditar cualquier hipótesis diagnóstica que se proponga hay que presentar "pruebas". Y en el campo pericial, las pruebas las constituyen las técnicas psicométricas y proyectivas, mucho más que la opinión, por más elaborada que sea, de la "lectura clínica". Esto, al margen de señalar que los psicólogos podremos tener mucho para decir, pero, como decía una jueza días atrás," lo que importa es lo que diga el psiquiatra". Aún no ha repercutido en el Código Penal la flamante Ley de Salud Mental.

Volviendo al punto, una de las "pruebas" más utilizadas es el Test de la Persona bajo la lluvia. De los cientos de test administrados, en la enorme mayoría de los dibujos de los jóvenes, el paraguas no está presente. La propuesta interpretativa de este aspecto del test es que el sujeto "carece de defensas frente a las presiones ambientales". Y este es un aspecto muy interesante. Sobre todo, si podemos leer más allá de lo estrictamente técnico proyectivo. Efectivamente, muchos de estos jóvenes se encuentran indefensos frente a las presiones ambientales.

Si en un esfuerzo de compatibilización de distintas corrientes teóricas, traducimos las "presiones ambientales" como las consecuencias del encuentro del sujeto con el Otro, podemos inferir que ese Otro goza demasiado del sujeto. En consecuencia, si el sujeto, atravesado por el lenguaje, se constituye en una falta en ser, el objeto a es lo que falta, y todos los objetos que no faltan en la realidad intentan hacerlo olvidar. Es decir, el objeto a funciona como causa de deseo, causa que el deseante desconoce, y sólo puede conocer aquello a lo que apunta. Ahora bien, si los objetos de

la realidad, aquellos que velan la falta en ser, son los que faltan, el sujeto queda objetualizado para Otro que aparece como aquel que lo priva, que lo frustra, que lo goza. Parafraseando a Colette Soler: el Otro del capitalismo desubjetiviza al sujeto, haciendo surgir la angustia como el afecto predominante.

Frente a la emergencia de la angustia, la respuesta del sujeto, desprovisto de capital simbólico, es el acto, bajo las formas del acting out o el pasaje al acto. Acto que está lejos de ser calculado, y mucho menos dirigido libremente por un supuesto sujeto de la conciencia.

En consecuencia, resulta imprescindible revisar la definición de inimputabilidad. Desde el punto de vista del sujeto, porque es evidente que la comprensión de la criminalidad del acto y la capacidad para dirigir libremente las acciones escapa largamente a muchos de los jóvenes en conflicto con la ley que asistimos en la defensa pública; por otro lado, porque castigar el acto de quien en estas condiciones transgrede la ley, es cortar el hilo por lo más delgado, ya que, de este modo, el sistema condena aquello mismo que genera.

El sistema capitalista deja como resto expulsado a una enorme cantidad de sujetos, de los cuales se ocupa reduplicando dicha expulsión con la pena y la reclusión. La destitución subjetiva es así efecto del sistema, la angustia, el afecto que no engaña, y el pasaje al acto, el único "paraguas" que el sujeto encuentra para mediatizar su relación con el Otro. El círculo se cierra con cientos de jóvenes presos, a los que casi como una ironía, "hay que reinsertar en la sociedad".

.

Arte de tapa Diana S. Meseri meseri2@gmail.com - Juana Illia juaillia@gmail.com

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde https://camoron.org.ar/filocam/

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09