

Revista Taripawí

Revista semestral de estudios sobre Sociedad y
Justicia



IEFyC – UEJN

ISSN 1853-0877

Versión en línea: www.institutouejn.org.ar/taripawi.html

Taripawí

Revista semestral de estudios sobre
Sociedad y Justicia
Nº1 - Tomo 1 - Año 2010



IEFyC



**Instituto de Estudios, Formación y Capacitación
de la
Unión de Empleados de la Justicia de la Nación**

<http://www.institutouejn.org.ar/taripawi>
Venezuela 1875/77 (C1096ABE) C. de los Pozos 453 - Teléfonos: 4381-9241
Personería Gremial Res. M.T. Nro. 1543 Adherida a la C.G.T.



Atribución-No Comercial 2.5 Argentina

ISSN 1853-0877



Consejo Editorial

Director

Dr. Julio Gómez Carrillo



Equipo de trabajo

Lic. Juan José Nardi
 Lic. Martín Giambroni
 Lic. Ana Ziliani
 Lic. Laura Bejarano Moreno



Consejo Académico

Director

Dr. Raúl E. Zaffaroni



Equipo Asesor

Dr. Alejandro Alagia
 Dr. Sergio Delgado
 Dr. Luis Donatello
 Dr. Julio Godio
 Dra. Cristina Iglesias Caamaño
 Dr. Federico Lorenc Valcarce
 Dra. Stella Maris Martínez
 Dr. Luis Niño
 Dr. Julio César Neffa
 Dr. Alejandro Slokar



Agradecemos la imagen de los separadores a:

Andrés Bestard

<http://www.andresbestard.com.ar/>

INDICE

Editorial

Pag. 4 - ¿Por qué Taripawi?
Julio Gómez Carrillo

Artículos

Pag. 6 - Precariedad laboral y organización del trabajo en el Fuero Penal Ordinario.
Lic. Juan José Nardi

Pag. 22 - La violencia detrás de los muros. Una reflexión crítica sobre las prácticas de las agencias de control penal.
Florencia Graziano, Silvia Guemureman, Karen Jorolinsky, Ana Laura López, Julia Pasin

Pag. 37 - La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura.
Dr. Sergio Delgado

Pag. 52 - Guerra y genocidio. De la diferenciación a la convergencia. Un estado de la cuestión y algunas reflexiones.
Lic. Pablo Mestrovic

Pag. 69 - Del SIJP al SIPA. Cambios recientes en el sistema de previsión social argentino.
Gabriel Calvi y Elsa Cimillo

Entrevistas:

Pag. 98 - Julio Juan Piumato
Entrevista por Juan Nardi.

Pag. 103 - Raúl Eugenio Zaffaroni
Entrevista por Julio Gómez Carrillo y Juan Nardi.

Reseñas

Pag 107 - La fuerza del derecho de Gunther Teubner y Pierre Bourdieu
Lic. Laura Bejarano Moreno

Debate

Pag 113 - El caso Baltasar Garzón.

Editorial:**¿Por qué Taripawi?***Dr. Julio Gómez Carrillo¹*

Tal vez en esta editorial -de este primer número- de la Revista **Taripawi**², valga la pena reflexionar acerca de los motivos de producir una revista con publicaciones académicas acerca de la justicia y el derecho. Frente al posible argumento de que literatura de este tipo existe y de a montones, se nos ocurre ensayar una respuesta sencilla: sí, existen... pero con una mirada restrictiva de ambos. Decimos restrictiva porque estas no toman casi en cuenta una dimensión central de estas temáticas: los trabajadores que, con su trabajo y su intervención política le dan vida a estos dos conceptos. El lugar del trabajo se constituye así en una referencia necesaria e imprescindible para profundizar la cultura del trabajo, la actividad sindical y la consecuente ampliación de los derechos económicos, políticos y sociales.

Para nosotros se trata, en definitiva, de retomar la historia del gremio y de su instituto. El **Instituto de Estudios, Formación y Capacitación (IEFyC)** fue creado en el año 1995 en el ámbito de la **Unión de Empleados de la Justicia de la Nación (UEJN)**. Desde ese año, orientamos todos nuestros esfuerzos en pensar, y llevar adelante, una propuesta de formación que permitiera mejorar las prácticas laborales de los trabajadores y mejorar el servicio de justicia de manera de alcanzar la justicia democrática y eficaz que los ciudadanos demandan y que a la sociedad corresponde.

En la experiencia acumulada durante nuestra trayectoria de 15 años hasta hoy, múltiples y variadas actividades de formación y capacitación fueron delineadas e implementadas en virtud de los principios de la UEJN. A través de estas experiencias se fueron definiendo modos de observar la realidad social y política de los trabajadores, desde una visión crítica del mundo que proyectara acciones para superar la crisis del Sistema de Justicia.

El surgimiento del Instituto en la década de los noventa significó un doble desafío para la propuesta de renovación de las prácticas del sindicalismo tradicional que la UEJN enunciaba. La política neoliberal profundizó los procesos de exclusión que ya se venían gestando y llevando a niveles insospechados la pobreza y la marginalidad social. El aumento creciente del desempleo se combinó con procesos de flexibilidad laboral que permitieron ensanchar la franja de desigualdad existente. En este clima de recorte, en la Justicia, institución pública, los procesos sociales de trabajo se vieron igualmente afectados.

El compromiso del Instituto, y de la UEJN con los trabajadores se basa en la escucha y la promoción de encuentro entre los empleados que los fortalezca en su lucha y supere la práctica puramente reivindicativa-laboral, incorporando a las acciones nuevas necesidades del trabajador que recuperen el sentido y dimensión social del trabajo que realiza.

¹ Director del Instituto de Estudios, Formación y Capacitación de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación.

² Voz aymara que significa Justicia

Es por eso que indicábamos en la primera convocatoria para la presentación de artículos para la revista que no entendemos a la justicia y al derecho sólo como a la letra que puede cristalizarse en códigos, fallos, resoluciones, etc., sino también a la estructura judicial. A sus trabajadores y funcionarios, a sus formas de trabajo y, por supuesto, a las relaciones de poder que se dan al interior de la misma. Es, en este sentido, que consideramos de suma importancia que una revista, como la que hoy estamos editorializando, se publique y que, además, se lo haga desde el Instituto de Estudios, Formación y Capacitación de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación.

Tomar como objeto de estudio a la justicia, al poder judicial, y a las distintas carreras de derecho, es retomar esa escucha de la experiencia de los trabajadores y profesionales del derecho y a su vez posicionarlos en sus distintos espacios de desempeño cotidiano como marcados a fuego por el sistema judicial. Comprender además las estructuras de desigualdad de la institución nos puede ayudar a generar diagnósticos certeros de las necesidades de los trabajadores judiciales, de la justicia y del derecho.

En función de lo dicho creemos que una de las formas de hacerlo es a través de una revista académica que respete los mecanismos habituales de evaluación de las producciones científicas. Es por eso que todos los artículos que se presenten para cada número serán puestos a consideración de un comité evaluador externo al consejo editorial, el cual garantizará la objetividad y pertinencia de los mismos. Además, en torno a esta publicación se buscará constituir un espacio de trabajo interdisciplinario en donde abogados, antropólogos, sociólogos, politólogos y científicos sociales en general aporten a la discusión a partir de sus producciones y de sus diversos puntos de vista.

Vale la pena aclarar que por ser justamente una revista editada desde las entrañas del sindicalismo argentino no buscamos que la misma circule sólo dentro de los habituales canales académicos, sino también entre todos aquellos miembros y funcionarios de los poderes del estado argentino que consideren que un debate de estas características es necesario. En definitiva la creemos una herramienta importante tanto a la hora de discutir la política gremial como la política pública en general.

**Precariedad laboral y
organización del trabajo en el
Fuero Penal Ordinario**

IEFyC

Lic. Juan José Nardi

Precariedad laboral y organización del trabajo en el Fuero Penal Ordinario.³**Juan José Nardi (IEFyC-UEJN)****Resumen:**

La delegación implícita de tareas con la consecuente sobrecarga de trabajo para los empleados es más difícil de cuestionar cuando la inestabilidad laboral, producto de la precariedad en la modalidad de contratación, genera una relación de dependencia frente a las autoridades. En el presente artículo mostraremos cómo los contratos e interinatos se han convertido en un factor estructural de la organización del Fuero Penal Ordinario que posibilita el trato discrecional a los empleados. Por ejemplo, la no asignación de labores como método de castigo y/o el cambio arbitrario de funciones, también aspectos positivos como posibilidades de ascensos de las autoridades hacia sus empleados.

Palabras clave: Precariedad laboral, Organización del trabajo, Poder Judicial.

Abstract:

The implicit delegation of tasks with the consistent overload of duties for the employees is more difficult to question when the labor instability, product of the precariousness in the modality of contracting, generates a relation of dependence to the authorities. In the present article we will show how the contracts have turned into a structural factor of the organization of the crime Ordinary Jurisdiction that makes the discretionary treatment possible to the employees. For example, not assignment of labors like method of punishment and / or the arbitrary change of functions, also positive aspects like possibilities of ascents of the authorities towards his employees.

Key words: Labor precariousness, work organization, Judicial Branch.

³ Agradezco los comentarios de la Prof. Ana Eva Ziliani. No está de más aclarar que la eximo de cualquiera de los errores u omisiones que puedan existir en el presente artículo.

Introducción

El presente trabajo tiene su origen en un pedido de la Comisión Interna del Fuero Penal de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación al Instituto de Estudios, Formación y Capacitación del mismo sindicato para realizar una encuesta a los trabajadores del fuero. La misma buscaba relevar las condiciones y expectativas laborales de los empleados, encuadrada, a su vez, en la estrategia general del gremio: implementación de un sistema de ingreso democrático a la justicia, respeto de la carrera administrativa y la adecuación del régimen disciplinario.

El cuestionario era auto-administrado y consistía en una batería de 11 preguntas. El sector del Fuero con el que trabaja la mencionada comisión Interna cuenta con 1500 empleados y se estimaba que contestarían al mismo por lo menos 500 trabajadores. Sin embargo, fue contestado por sólo 30 empleados. Cuando los miembros de la Comisión Interna retiraron los cuestionarios, la gran mayoría fueron devueltos en blanco por los empleados diciendo que no los contestaban porque no querían tener problemas con las autoridades.

La existencia de contratos eventuales en el fuero facilita el trato discrecional -maltrato, sobrecarga de tareas, la no asignación de labores como método de castigo y/o el cambio arbitrario de funciones, también aspectos positivos como posibilidades de ascensos, de las autoridades hacia sus empleados. La no respuesta al cuestionario y la justificación que acompañaba a la devolución de los mismos en blanco, fue tomada como un indicador de que realmente existía un problema en esta línea que merecía ser indagado.⁴ La Comisión viene trabajando sobre esta hipótesis como línea de acción para el trabajo político al interior del Fuero. El objeto de este artículo es profundizar el análisis de la misma como un problema de investigación que a su vez pueda contribuir a la práctica política.

Según lo expuesto se comenzó a trazar una estrategia entre los miembros de la Comisión Interna y algunos integrantes del instituto acerca de cómo desarrollar un relevamiento que permita obtener los datos buscados a partir de otra aproximación a la temática y al objeto.

El primer fruto de este trabajo fue la ponencia presentada en el Pre-Aset 2009 con el título *Precariedad laboral y violencia laboral, condiciones y medio ambiente de trabajo en Fuero Penal Ordinario* (Nardi et al, 2009). En el presente artículo intentaremos retomar algunos de los puntos de aquel trabajo tratando de integrar al análisis sistematizaciones previas dentro de la temática. (Piumato, 2008) y (CIEL-PIETTE CONICET, IEFyC-UEJN, 2010)

Retomando algunos trabajos previos: las condiciones de trabajo en el fuero penal

En relación al trabajo planificado con el grupo de investigadores del CEIL-PIETTE CONICET dirigidos por el Dr. Neffa a partir de varias entrevistas realizadas con delegados de la Comisión Interna del Fuero Federal Penal de la UEJN, e integrantes del Instituto de Estudios, Formación y

⁴ Nos estamos refiriendo aquí a un problema de investigación. En términos políticos el problema existe y es parte de las cuestiones que la actividad militante de la comisión enfrenta todos los días.

Capacitación y otros miembros del fuero, fueron identificadas fundamentalmente las siguientes dimensiones:

- a) La estructura organizacional de los juzgados: es descripta como excesivamente jerárquica, rígida, aislada, piramidal y autoritaria;
- b) Organización del trabajo y contenido de tareas: se considera que predomina un modo discrecional de asignar las funciones a los empleados y que faltan pautas claras en la definición del contenido de las tareas por parte de los secretarios de cada juzgado;
- c) Ingreso y promociones: se estima que hay una ausencia de reglas claras para el ingreso y las promociones o no se respeta la normativa vigente;
- d) Configuración y duración del tiempo de trabajo: con frecuencia la jornada de trabajo se extiende más allá del horario habitual y no es remunerada;
- e) Supervisión y evaluación de las tareas: existen quejas respecto del modo arbitrario de algunos funcionarios para supervisar y valorar las tareas de los empleados a su cargo y la frecuente falta de reconocimiento al esfuerzo que implican las tareas realizadas por el personal.
- f) Delegación de funciones: que implica asumir tareas jurisdiccionales por parte del personal de categorías administrativas o el desfase entre tareas prescriptas para cada puesto o función y tareas reales.

De la ponencia presentada en el congreso de Costa Rica podrían extraerse de las cuestiones generales planteadas en torno a las condiciones laborales del Poder Judicial, consideraciones específicas relacionadas al fuero penal ordinario. En la misma se sostiene que la forma de trabajo en la justicia -como en toda institución- posee un modelo organizacional instituido, tanto explícita como implícitamente, que influye decisivamente sobre la actividad que desarrollan sus miembros.

En este caso, la organización del trabajo en el sistema de Justicia ha sufrido muchas y variadas transformaciones las cuales tuvieron como denominador común una disposición vertical y fuertemente jerarquizada de la forma de organizar trabajo.

Esta característica se encuentra mediada por la delegación de tareas que impacta directamente en la organización del trabajo y que va mucho más allá de las competencias que en muchos casos le corresponden por reglamento al personal.

En este sentido, el desempeño como empleado más allá de los límites del reglamento es impensable bajo una organización del trabajo basada en el modelo taylorista y supone, sobre todo cuando esa delegación se encuentra implícita, relaciones de poder y sometimiento que atentan contra la salud psíquica y corporal de los trabajadores.

En este contexto, cubrir una gran cantidad de competencias asumiendo responsabilidades sin tener realmente una responsabilidad efectiva reconocida supone una forma de organización del trabajo en donde los criterios de formalización y reconocimiento efectivo de esta asunción están completa-

mente ausentes. Se produce así, una diferencia entre el trabajo prescripto y el trabajo realmente ejecutado.

Recapitulando, de ambos trabajos podrían extraerse dos conclusiones generales:

- 1) Por un lado tenemos un sistema de delegación de funciones de los magistrados hacia los empleados, que rompe implícitamente con la organización explícita de la administración de la Justicia.
- 2) Por otro lado, nos encontramos con empleados que deben arbitrar, implícitamente, los conflictos que sobrevienen de la carga de esas competencias que oficialmente son de la jerarquía de los magistrados.

El trato discrecional al que hacíamos referencia en la introducción del presente artículo y su relación con la existencia de contratos eventuales en el fuero son, para nosotros, una dimensión importante de las dos características mencionadas y descriptas en el párrafo anterior. En efecto, la delegación implícita de tareas con la consecuente sobrecarga de trabajo para los empleados es más difícil de cuestionar cuando la inestabilidad laboral, producto de la precariedad en la modalidad de contratación, genera una relación de dependencia frente a las autoridades. Si bien volveremos sobre este punto más adelante queremos decir que a partir de la interpretación de los datos relevados, los contratos e interinatos se han convertido en un factor estructural de la organización del Fuero Penal Ordinario que posibilita el trato discrecional a los empleados.

Es por eso que en los apartados que siguen vamos a tratar de explicar cómo impacta en la organización del trabajo, la forma en que se encuentran distribuidos los contratos en los juzgados de instrucción y correccionales.

Metodología utilizada

Lo expuesto a continuación es un primer acercamiento al tema a partir de la recopilación y procesamiento de datos secundarios existentes en la página web del Poder Judicial de la Nación Argentina y una serie de entrevistas en profundidad acerca de las intervenciones de la Secretaría Gremial a la comisión interna del fuero.

Los datos utilizados para relevar los contratos existentes en las oficinas judiciales analizadas fueron las renovaciones que tendrán vigencia en el ámbito de competencia funcional de la Comisión Interna a partir del 30 de noviembre del corriente año. Se confeccionó una base de datos en la cual se tuvo en cuenta el tipo de juzgado, el número de juzgado, el cargo

administrativo que figura en el contrato, el sexo del beneficiario y si tiene título universitario o no.

En relación a la organización del trabajo en los juzgados se entrevistó a los miembros de la Comisión Interna y se tomaron en cuenta las presentaciones administrativas que se realizaron ante la Cámara así como también los procesos de negociación que se llevaron adelante prestando especial atención a los juzgados en donde éstas se realizaron.

Presentación de los datos

La Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional está compuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con tres secretarías y una prosecretaría que dependen de ella, cinco salas criminales y correccionales, cuarenta y nueve juzgados de instrucción, un juzgado de rogatorias, catorce Juzgados Correccionales, Siete juzgados de Menores, treinta Tribunales Orales en lo criminal y tres Tribunales Orales de Menores.⁵

La Comisión Interna de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación cuenta con dieciséis miembros y representa a la totalidad de los juzgados mencionados, exceptuando a los Orales, donde trabajan una 1500 personas. En total trabajan unas 1500 personas. La misma se constituyó el 24 de septiembre de 2008.

Dentro de este universo existen unos 91 contratos eventuales que generan un conflicto gremial muy fuerte que es importante tener en cuenta. En un primer momento estos contratos fueron para causas puntuales y por cuestiones de excepcionalidad. (Por ejemplo cinco contratos por una derivación de la causa AMIA). A partir del año 2004 la cantidad de contratos fue creciendo hasta convertirse en una herramienta de precarización del trabajo en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional causando serios problemas en la carrera administrativa. Esto se desprende del hecho que de estos 91 contratos sólo 5 contratos figuran como asignados a causas especiales según se desprende de la Resolución 3102/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶ Es por eso que es necesario analizar cómo se encuentran distribuidos los contratos en la actualidad:

⁵ Ver página web del Poder Judicial de la Nación. (www.pjn.gov.ar).

⁶ Además de ello se encuentran en vigencia hasta el 30/11/09 otros ocho contratos correspondientes a la denominada causa "Cromagnon" que a la fecha no fueron renovados.-

Cuadro 1: Distribución de los contratos según lugar de trabajo

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos Juzgados de Instrucción	40	44,0	44,0	44,0
Juzgados Correccionales	31	34,1	34,1	78,0
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional	20	22,0	22,0	100,0
Total	91	100,0	100,0	

Fuente: Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial de la Nación.

Cuadro 2: Distribución de los contratos según el cargo del contratado

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos Secretario	22	24,2	24,2	24,2
Prosecretario	30	33,0	33,0	57,1
Jefe de Despacho	20	22,0	22,0	79,1
Oficial	1	1,1	1,1	80,2
Escribiente	1	1,1	1,1	81,3
Escribiente Auxiliar	15	16,5	16,5	97,8
Medio Oficial	2	2,2	2,2	100,0
Total	91	100,0	100,0	

Fuente: Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial de la Nación.

Como puede verse en el **cuadro 1** el 78% de los contratos están distribuidos entre los juzgados de instrucción y los juzgados correccionales. En el **cuadro 2** se presenta la misma distribución de contratos pero según el cargo del contratado. Del mencionado cuadro se desprende que casi el 80% de los contratos se ubican en los cargos administrativos superiores - Secretario, Prosecretario, Jefe de despacho. Otro dato a tener en cuenta es el significativo valor al que ascienden los escribientes auxiliares (16,5%) en la distribución mencionada. En este sentido, es necesario desagregar los datos para ver cómo se distribuyen en los Juzgados de Instrucción y en los Juzgados Correccionales.

Cuadro 3: Distribución de los contratos según el cargo del contratado en los Juzgados de Instrucción

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Secretario	11	27,5	27,5	27,5
	Prosecretario	21	52,5	52,5	80,0
	Jefe de Despacho	5	12,5	12,5	92,5
	Oficial	1	2,5	2,5	95,0
	Escribiente	1	2,5	2,5	97,5
	Escribiente Auxiliar	1	2,5	2,5	100,0
	Total	40	100,0	100,0	

Fuente: Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial de la Nación.

IEFyC

Cuadro 4: Distribución de los contratos según el cargo del contratado en los Juzgados Correccionales

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Secretario	2	6,5	6,5	6,5
	Prosecretario	1	3,2	3,2	9,7
	Jefe de Despacho	14	45,2	45,2	54,8
	Escribiente	14	45,2	45,2	100,0
	Auxiliar				
	Total	31	100,0	100,0	

Fuente: Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial de la Nación.

Del **cuadro 3** se desprende que el 92,5% de los contratos en los Juzgados de Instrucción se ubican en los cargos administrativos superiores y en los Juzgados Correccionales (**cuadro 4**) el 98,2% se ubican en los cargos de Jefe de Despacho y Escribiente Auxiliar.

La asignación de contratos ya no obedece en la actualidad a las cuestiones excepcionales mencionadas en párrafos anteriores sino que no tiene ningún tipo de criterio. Además la asignación de contratos en los juzgados no se reparte equitativamente, habiendo juzgados que no tienen contratos frente algunos que tienen tres o más. (Ver **cuadro 5**). De los 49 Juzgados de Instrucción hay 13 juzgados que no tienen contratos. Si se tiene en cuenta que el argumento de las causas especiales ya no tiene peso a la hora de justificar los contratos hay que buscar los motivos de los mismos en otros factores.

IEFyC

Cuadro 5: Distribución de contratos por juzgado según Lugar de trabajo

	Lugar de trabajo			
	Instrucción		Correccional	
	Número de Sala/Juzgado		Número de Sala/Juzgado	
	Recuento	%	Recuento	%
Juzgado N° 1	2	5,0%	2	6,5%
Juzgado N° 2			4	12,9%
Juzgado N° 3	1	2,5%	2	6,5%
Juzgado N° 4	2	5,0%	2	6,5%
Juzgado N° 5	2	5,0%	2	6,5%
Juzgado N° 6	1	2,5%	2	6,5%
Juzgado N° 7	1	2,5%	2	6,5%
Juzgado N° 8			3	9,7%
Juzgado N° 9			2	6,5%
Juzgado N° 10			2	6,5%
Juzgado N° 11	2	5,0%	2	6,5%
Juzgado N° 12			2	6,5%
Juzgado N° 13	2	5,0%	2	6,5%
Juzgado N° 14			2	6,5%
Juzgado N° 15	1	2,5%		
Juzgado N° 17	2	5,0%		
Juzgado N° 21	1	2,5%		
Juzgado N° 22	1	2,5%		
Juzgado N° 23	1	2,5%		
Juzgado N° 24	1	2,5%		
Juzgado N° 25	1	2,5%		
Juzgado N° 28	1	2,5%		
Juzgado N° 31	2	5,0%		
Juzgado N° 32	1	2,5%		
Juzgado N° 33	1	2,5%		
Juzgado N° 35	2	5,0%		
Juzgado N° 36	1	2,5%		
Juzgado N° 37	1	2,5%		
Juzgado N° 38	1	2,5%		
Juzgado N° 42	2	5,0%		
Juzgado N° 43	2	5,0%		
Juzgado N° 44	2	5,0%		
Juzgado N° 46	1	2,5%		
Juzgado N° 47	1	2,5%		
Juzgado N° 48	1	2,5%		

Fuente: Elaboración propia en base a datos suministrados por el Poder Judicial de la Nación.

Análisis de los datos

En relación a que los contratos no cubren más situaciones excepcionales, es posible afirmar que con ellos se cubre una necesidad general de mayor cantidad de personal para cubrir las labores cotidianas. En vez de ampliar la dotación de los juzgados con la consecuente generación de cargos de planta permanente se buscar atenuar la faltante de recursos con contratos que no gozan de la estabilidad propia de la función pública. La pregunta que surge frente al hecho de que estos contratos se renuevan cada seis meses -y en algunos casos se vienen renovando desde hace dos años y medio- es por qué no se crean los cargos efectivos para los puestos cubiertos.

Es claro que los recursos económicos no faltan si tenemos en cuenta la constante renovación de los contratos a la que se hizo mención. Por lo cual hay que buscar otra explicación. En primer lugar, podría decirse que el fuero penal, en tanto parte de un poder del Estado, no está exento de las prácticas de "achique" propia de décadas anteriores en el país. En otras palabras, la precarización del trabajo impulsada desde la década de los noventa hizo mella en la estructura estatal y, por ende, en el Poder Judicial.

Lo dicho hasta aquí responde a un análisis macro-estructural, es necesario ahora profundizar el análisis en relación a la función que cumplen los contratos al interior de los juzgados.

Según la forma en que se encuentran distribuidos los contratos pueden construirse dos modelos generales acerca de cómo afectan estos últimos a la organización del trabajo en el fuero. Estos modelos pueden cumplir la función de un instrumento unificador de la realidad de la forma en que se encuentran estructurados los juzgados. Implican una forma de agrupación mediante la selección de ciertos rasgos esenciales para los objetivos propuestos (Weber, 1973). En este sentido, lo que aquí vamos a describir para los juzgados de instrucción y correccionales son dos mecanismos de estructuración que no necesariamente se darían en todos los casos, sino que sirven como una herramienta de interpretación para poder comprender el impacto de los contratos en la organización de los juzgados. Además, podrían trasladarse, tomando los recaudos metodológicos del caso, hacia otros juzgados de otros fueros para poder ser comparados. Avancemos entonces con la descripción.

Si tomamos el caso de los Juzgados de Instrucción (ver **cuadro 3**) podríamos inferir que al aparecer un contrato de Secretario el mismo es tomado por un Pro-secretario generando una cadena de interinatos en los cargos inferiores que siempre van a estar sujetos a la renovación del primero.⁷

En el caso de los Juzgados Correccionales podríamos reconstruir un proceso similar con una diferencia no menor que vale la pena resaltar. Al ubicarse los contratos en los caso de Jefes de Despacho la "corrida hacia

⁷ Existen casos en donde los contratos no respetan ni el orden de jerarquía ni la antigüedad al interior de los juzgados, y un contrato de secretario puede ser asignado a un escribiente. También puede suceder que el contrato sea asignado a alguien que viene de la calle. Este es otro factor que licua la carrera administrativa de los empleados del fuero. Todos estos son casos con los que Comisión Interna se enfrentó desde que asumió la conducción en setiembre del año pasado. Lo pondría en el cuerpo del texto

arriba" de interinatos (ver **cuadro 4**) genera vacantes interinas en el cargo de Escribiente Auxiliar que deben ser cubiertos con personas que no vienen del poder judicial -de la calle-. En otras palabras, se genera en el último puesto administrativo del escalafón un cargo interino que se llena con una persona que ingresa sin ningún tipo de criterio. Esto se debe a la ausencia de un mecanismo que regule el ingreso a la justicia con criterios de idoneidad y mecanismos democráticos de elección.

Hoy, el criterio de designación dentro de la justicia es que el empleado que ingrese sea de "confianza del juez". Según los miembros de la Comisión Interna esta afirmación se escucha y defiende en los pasillos de tribunales no sólo por los jueces sino también por los empleados. La pregunta que surge es ¿qué significa que un empleado sea de confianza? Como se planteará más adelante se verá que está relacionado con aceptar sin cuestionar lo dispuesto por la autoridad.

Es dable destacar que esta situación impide asimismo el ingreso como personal de planta permanente de los denominados "meritorios" que luego de una extensa lucha sindical han sido finalmente reconocidos, exclusivamente a los fines remunerativos y reglamentarios, "...como formando parte de la planta del personal permanente en el cargo de escribiente auxiliar..." - cfr. Acordada 35/2007 CSJN-, en tanto la cadena de interinatos generada por vía del contrato, imposibilita que se genere la vacante efectiva del último cargo, que haga efectivo lo dispuesto por la propia Corte en dicho decisorio, a saber "serán nombrados en las vacantes que se generen en la respectiva jurisdicción". El problema que existe es que estas personas serán nombradas si los cargos que se abren son permanentes, no interinos.

Si bien el problema de los contratos y el de lo meritorios corren por carriles distintos, en el caso del fuero penal ordinario se mezclan y generan conflictos que se potencian. Por un lado, al no generarse cargos efectivos se impide el ingreso de estos últimos y, por el otro, se diluye la carrera administrativa por perpetuarse en el tiempo la existencia del contrato.⁸

Esta situación de precariedad -contratos e interinatos- genera una relación de dependencia e inestabilidad o, por qué no, una relación de deuda con aquella persona que consiguió el contrato que excede la función laboral, en cuanto tanto el contratado como los interinos, dependerán de la voluntad de la autoridad para sostener, según sea el caso su rango jerárquico o bien, el trabajo propiamente dicho. Esto genera la sumisión frente a las arbitrariedades que puedan cometerse por parte de la autoridad.

Esta relación de don y contra don es descripta para el fuero penal por María José Sarabayrouse Oliveira: "los intercambios adquieren las características de prestaciones o favores ofrecidos generosamente, sin embargo estos "dones" generan deudas y obligaciones a devolver" (Sarabayrouse Oliveira, 1999: p. 83)

⁸ Al momento en que este artículo se encontraba en proceso de evaluación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la Acordada 08/2010 terminó de regularizar la situación de los llamados meritorios. La lucha de la UEJN tuvo su pico máximo con La Carpa de la Justicia y 11 días de ayuno. Hoy, tres años después, se terminan de efectivizar todos los meritorios en la Justicia. Según el Secretario General de la UEJN: "se termino la esclavitud en el Poder Judicial argentino".

Las acciones y presentaciones de la Comisión Interna del Fuero Penal pueden contribuir aún más a comprender lo dicho hasta aquí. En este sentido, la comisión manifiesta que sus líneas principales de acción están dirigidas al respeto del horario reglamentario de trabajo, el respeto de la carrera administrativa y los problemas generados por el régimen disciplinario del fuero.

El horario de trabajo dentro del poder judicial es de 7:30 hs. a 13:30 hs. El problema es que en la gran mayoría de los juzgados este horario no es respetado y, además, los empleados no obtienen ni exigen la habilitación para trabajar las horas de más ni, por ende, se obtiene la compensación horaria a la cual tendrían derecho. La habilitación consiste en un pedido del juez al tribunal superior explicitando la necesidad de prolongar el horario atendiendo a situaciones de excepcionalidad de diversa índole que así lo requieren -por ejemplo: que el tribunal se encuentre en turno, que haya detenidos a cargo del tribunal, etc.-. Esta habilitación no puede ser indefinida sino que debe estar acotada en el tiempo debido a que se trata de una situación extraordinaria. La compensación consiste en la adjudicación de francos por las horas trabajadas en exceso a lo estipulado reglamentariamente -cfr. 1733/05 CSJN-.

La no exigencia de la habilitación responde a dos cuestiones. Una que podría llamarse cultural, que puede resumirse en los dichos de muchos empleados "en instrucción se trabaja hasta tarde" y la otra que está vinculada con la relación de sumisión mencionada anteriormente. En efecto, a pesar de que existe una resolución de la Corte Suprema que autoriza la compensación horaria aún así no se pide a la máxima autoridad de su juzgado que lo habilite para poder obtenerla. Además, la habilitación horaria es un deber del juez que está contemplado en el reglamento para la Justicia Nacional dictado -y vigente- por el máximo tribunal. De acuerdo a lo dicho existirían dos maneras de describir la relación de los empleados con sus superiores: aquellos que ni siquiera consideran como apropiado el pedido de habilitación horaria al juez y quienes dudan de hacerlo por temor a las represalias, más allá de que lo consideren justo.⁹

Según lo comentado por los miembros de la comisión interna el problema de la habilitación horaria está muy ligado a los problemas causados por el régimen disciplinario. Dicho de otra forma, los juzgados en donde más se extiende la jornada laboral estipulada es donde existen más sanciones formales e informales a los empleados.

Por ejemplo, se hacen sumarios administrativos a los empleados por dejar el trabajo luego de cumplido el horario reglamentario para luego archivarlos con recomendaciones del tipo "que no se vuelva a repetir" sin seguir los pasos administrativos reglamentarios -que es elevarlos a la cámara- violando el derecho de defensa a la persona. Esto funciona como un mecanismo de presión porque no existe motivo que dé lugar a este sumario puesto que no existe infracción alguna.

Por vías informales se realizan actuaciones que quedan al interior de los juzgados, que no son elevados a la Cámara y se utilizan como mecanismos de presión hacia los trabajadores que conocen de su existencia pero, a su vez, desconocen el contenido de los mismos.

⁹ En este punto, vale la pena mencionar que el 100% de las respuestas de la primera encuesta fallida contestaron afirmativamente por la falta de habilitación y compensación horaria de los empleados.

Otra forma de castigo es darles tareas a los empleados que no se corresponden con su función y, en casos extremos, darle tareas que no competen a las tareas del juzgado.

Conclusiones

El Poder Judicial desde sus inicios se constituye como una estructura jerárquica y cristalizada en el tiempo, conformada y dirigida por los sectores de elite de la sociedad. Históricamente esta forma se mantuvo, incluso como reducto de los sectores más conservadores en distintos momentos de la historia de nuestro país.¹⁰

La precarización laboral, hecha carne, en los contratos también toca a esta institución agudizando las características a las que hicimos mención. En efecto, la jerarquía, entendida como la autoridad del juez que es quien puede decidir sobre todo: incluso sobre la disposición y sobre la continuidad laboral a partir de la inclusión y renovación de los contratos.

La situación que se genera con los contratos retroalimenta el sistema de relaciones que se dan al interior del fuero penal donde el ingreso y ascenso en la justicia se da por vínculos personales que crean una dinámica de favores y lealtades al interior. Desde el análisis que realiza María José Sarabayrouse "La diferencia instaurada puede en algunos casos transformarse en **jerarquía**. Si ésta ya existía, el don viene a expresarla y legitimarla; sino, la crea. *"De este modo dos movimientos opuestos quedan contenido en un solo y mismo acto. El don aproxima a los protagonistas porque se constituye en reparto y los aleja socialmente porque hace de uno el deudor del otro"* (1998:25)"¹¹. En el caso que estamos analizando los contratos funcionan como dones que generan obligaciones a los que ingresan a la justicia. Esta situación hace que se vulneren derechos laborales como el ingreso, el respeto al escalafón, la jornada laboral, etc. que son aceptadas por la amplia mayoría y solo son cuestionadas por lo bajo por las lealtades comprometidas.

Por otro lado, esta estructura que explicamos se complejiza cuando sumamos no sólo los contratos vistos desde la persona que los recibe sino lo que produce en la estructura del juzgado debido a la vinculación que genera con los interinatos. En efecto, la relación original entre dos impacta en toda la estructura, ya que permite a los otros trabajadores ascender, produciendo movilidad aunque sea interina. En este sentido, la relación de deuda no se concentra sólo en aquel que recibe el contrato sino que se traslada a aquellos que acceden a un ascenso en el escalafón de forma interina. De esta forma, se fortalece el sistema de lealtades a la autoridad debido a que todo el juzgado debe su nivel de ingresos al sostenimiento de un contrato.

En este contexto nos queda reflexionar en torno a qué justicia se administra si los derechos de los trabajadores no son respetados al interior de la estructura, no sólo por la autoridad judicial, sino por el sistema

¹⁰ Para este tema ver el libro de Arturo Pellet Lastra sobre la historia política de Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹¹ Sarabayrouse Oliveira, María José, (SD) *Poder judicial y dictadura. Relaciones patrimonialistas e intercambio de favores: el caso de las excusaciones en la causa de la morgue judicial*. Equipo de Antropología Política y Jurídica, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

de favores y lealtades que existe entre autoridades y empleados. En este sentido, es fundamental el papel de los trabajadores judiciales como aquellos que conocen y sufren las situaciones injustas que se dan en la tarea cotidiana. Los trabajadores judiciales son los que pueden cuestionar y luchar por el mejoramiento de las condiciones laborales, por ingresos y ascensos democráticos, logrando no sólo el respeto de sus derechos, sino una mejora en la administración y gestión judicial.

IEFyC

Bibliografía

- Korinfeld, S.; Biafore, E. (2005), *Estudio de las condiciones y medio ambiente de trabajo y salud de los integrantes de la Policía Judicial de la provincia de Córdoba*. Asesoría Técnica para la Asociación Gremial de Empleados Judiciales de la Provincia de Córdoba. (Publicación en preparación)
- Neffa, J. (Coord.); Giraudo, E.; Korinfeld, S.; Mendizábal, N.; Poy, M.; Vera Pinto, V. (2001): "Telegestión: su impacto en la salud de los trabajadores". Trabajo y Sociedad. CEIL-PIETTE-CONICET. FOESITRA.
- Sarrabayrouse Oliveira, María José (2005), *Grupos, Lealtades y Prácticas: El caso de la justicia penal argentina*, Revista de Sociología e Política, noviembre, N° 13, Universidade Federal do Paraná. pp. 81-104.
- Sarrabayrouse Oliveira, María José (SD), Poder judicial y dictadura. Relaciones patrimonialistas e intercambio de favores: el caso de las excusaciones en la causa de la morgue judicial. Equipo de Antropología Política y Jurídica, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.
- Nardi, Juan, et al (2009), *Precariedad laboral, condiciones y medio ambiente de trabajo en el Fuero Penal Ordinario* ponencia presentada en el III Encuentro Regional de Estudios del Trabajo "Problemáticas del trabajo, crisis, resistencias y construcción de alternativas" Pre-Aset 2009 (PROIEPS-FCH-UNCPBA) 9 y 10 de noviembre de 2009, Tandil, Buenos Aires.
- CEIL PIETTE CONICET y IEFyC-UEJN (2010), *Diagnóstico de la condiciones de trabajo y su relación con la salud de los empleados del Fuero Federal Penal*, Buenos Aires, mimeo.
<http://www.institutoueijn.org.ar/investigacion.html>
- Pellet Lastra, Arturo (2001), *Historia política de la Corte (1930 - 1990)*, Ad - Hoc, Buenos Aires.
- Piumato, Julio (2008), *Política remunerativa y condiciones de trabajo en el poder judicial de América Latina*, ponencia presentada en el "I Forum Internacional de Administración de Justicia y Alternativas a la Problemática Laboral del Poder Judicial en el Perú y América Latina", Lima.
- Weber, Max (1973), *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires.

Resoluciones y acordadas

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 35/2007
 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Resolución 1733/2005
 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 08/2010

**La violencia detrás de los muros
Una reflexión crítica sobre las
prácticas de las agencias de
control penal**



**LIC. FLORENCIA GRAZIANO
DRA. SILVIA GUEMUREMAN
LIC. KAREN JOROLINSKY
LIC. ANA LAURA LÓPEZ
LIC. JULIA PASIN**

RESUMEN

Este artículo presenta y analiza los resultados de una investigación sobre violencia institucional intramuros desarrollada en unidades penales de la provincia de Buenos Aires (Argentina) durante el año 2008. En particular, se analizan los resultados obtenidos para el subconjunto de los jóvenes detenidos, dando cuenta de la agudización de la violencia institucional aplicada sobre este grupo etario, que se constituye -a través de la visibilización de las prácticas institucionales- como un grupo sobrevulnerado al interior de la población penal.

PALABRAS CLAVE

Juventud, cárcel, violencia institucional

ABSTRACT

This paper presents and analyzes results of a research project on institutional violence inside Buenos Aires (Argentina) state prisons during 2008. Specifically, the analysis focuses on general findings for the subgroup of young inmates, revealing the deepening of institutional violence imposed over this age group, which appears -through the visibilization of institutional practices- as the most repressed group within penal population.

KEY WORDS

Youth, prison, institutional violence

Introducción

Día a día, miles de jóvenes sobreviven a las penosas condiciones de detención impuestas en las unidades penitenciarias o comisarias de la Provincia de Buenos Aires; días que transcurren con muchas más restricciones que la mera "privación de la libertad". Aún frente a su reconocido "fracaso" en términos de los objetivos "tratamentales" enunciados en la normativa vigente (resocialización, reeducación, reinserción, entre algunos de los preceptos que se configuran detrás de la progresividad de la pena y de la propia constitución nacional) la cárcel -sin embargo- aún cuenta con su alícuota de "éxito", en tanto modulación de los ilegalismos y lo delictual, y quizás desde el inicio de la etapa neoliberal, como mera gestión de la excedencia social (De Giorgi, 2006). Habida cuenta del reconocimiento teórico que las corrientes críticas del sistema penal han logrado imponer en el orden discursivo, acerca de sus falencias y funcionalidades sociales y económicas, la cárcel continúa sobreviviendo bajo un discurso paradójico que pone en tensión sus objetivos declarados y su ejercicio real.

En su *performance* actual, el encierro recrudece su objetivo a la mera disposición de cuerpos excedentes bajo dispositivos de neutralización -violentos, vejatorios, subordinantes- permeados por una violencia institucional constitutiva, que en nada se asemeja a sus enunciados normativos que también nutren sentencias, dictámenes y acusaciones producidas regularmente desde las estructuras burocráticas judiciales. Investigar el despliegue "real" de las instituciones de castigo supone describir, develar, hacer visible aquello que allí acontece, por veces naturalizado, por veces negado y -también por veces- *estratégicamente ignorado por las agencias estatales*. En este sentido, producir conocimiento sobre la violencia ejercida por las fuerzas de seguridad penitenciarias se constituye como punto ineludible de la actual agenda política en materia de derechos humanos así como una ineludible interpelación a las prácticas judiciales que *penan por anticipado*-inclusive en el orden de lo concreto a través del uso generalizado de la prisión preventiva, dictada en los tramos procesales en que los sujetos aún gozan de la presunción de inocencia.

Creemos que a partir de los resultados obtenidos en investigaciones empíricas es posible realizar una reflexión crítica sobre la praxis institucional, que habilita el acontecer de la violencia intramuros, en una malla específica de sociabilidades institucionales. Dar cuenta de algunas de sus tramas es parte del objetivo del presente artículo. Específicamente nos orientamos a problematizar la situación específica de los jóvenes capturados y atravesados por el sistema penal, en tanto grupo especialmente vulnerable al interior del universo de las personas privadas de libertad. Para ello, trabajaremos algunas dimensiones obtenidas en un relevamiento cuanti-cualitativo efectuado durante el segundo semestre de 2008 en 5 penales de la Provincia de Buenos Aires, todos ellos a cargo del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB). Dicho relevamiento se llevó a cabo en el marco de la investigación: *"El "programa" de gobernabilidad penitenciaria: Un estudio sobre el despliegue del régimen disciplinario-sanciones y aislamiento, los procedimientos de requisa, los mecanismos de traslados y agresiones físicas institucionalizadas en cárceles del Servi-*

cio Penitenciario Bonaerense"¹² realizada por el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (GESPYDH) a partir de un acuerdo inter-institucional con el Comité contra la Tortura (perteneciente a la Comisión Provincial por la Memoria).

El relevamiento orientó su atención hacia diferentes dimensiones que hacen a las condiciones de detención, tales como: régimen disciplinario - sanciones y aislamiento, procedimientos de requisa, mecanismos de traslados y agresiones físicas institucionalizadas, todas ellas englobadas en la noción de "governabilidad penitenciaria", que orientó la pesquisa. Si bien los resultados pretendieron ser generales, al desagregar la información por variables de corte etario se destaca la especial preponderancia de traslados, **golpes y agresiones** por parte del personal penitenciario hacia los detenidos más jóvenes, constituyéndose éstos en grupos de especial atención para el campo actual de los derechos humanos, dada su sobre-vulneración al interior de la ya vulnerada población penal. Por ello, se sostiene como hipótesis de trabajo que los detenidos de menor edad son quienes proporcionalmente reciben una mayor cantidad de "suplementos punitivos", que se adicionan a la pena privativa de libertad como complementos necesarios para una gobernabilidad penitenciaria de neutralización y segregación intramuros susceptible de ser descripta, sistematizada y develada como violencia institucional normalizada.

Aspectos metodológicos

El objetivo central fue el de describir y develar el impacto de la violencia institucional penitenciaria sobre los jóvenes.

Partimos de una noción de *juventud* que recorta su extensión con arreglo a dos criterios diferentes pero complementarios. Por un lado, establecimos un primer corte etario incluyendo a aquellas personas de entre 18 y 21 años, de acuerdo al límite que establece el Código Civil de la Nación sobre la mayoría de edad, fijada sobre algunos aspectos en los 18 años (por ejemplo, para ser juzgado como mayor aún cuando el acto imputado se haya cometido entre los 16 y 17 años, para conducir, etc.) y en 21 años para la adopción de la mayoría de edad plena (salir del país, contraer matrimonio, etc.). Asimismo, este corte etario es el que se utiliza en los servicios penitenciarios -al menos en la enunciación discursiva- para clasificar a las personas detenidas, agrupándolas bajo la etiqueta institucional de "jóvenes-adultos", lo que supondría su alojamiento en pabellones especiales y un "tratamiento" específico según su condición particular. En efecto, la Ley de Ejecución Penal Bonaerense (Ley Nro. 12.256) en su artículo 15 establece que: "Los jóvenes adultos (de 18 a 21 años), serán alojados en establecimientos o secciones especiales con el objeto de facilitar el desarrollo de aquellos programas asistenciales y/o de tratamiento que, implementados para pequeños grupos, contemplen con espe-

¹² Este Proyecto de Investigación es bi-anual -2008-2009- esta dirigido por Alcira Daroqui, Co-Coordinadora del Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (GESPYDH) del Instituto de Investigaciones Gino Germani (FCS - UBA). El equipo de investigación está integrado por Ana Laura López, Carlos Motto, Nicolás Maggio, Agustina Suarez, Jimena Andersen, Maria del Rosario Bouilly y Hugo Motta. Asimismo es de destacar que esta investigación se inscribe en el marco del UBACyT S832 "El sistema penal en siglo XXI en la Argentina: Cambios en los discursos y las prácticas carcelarias", con Dirección de Silvia Guemureman y Co-Dirección de Alcira Daroqui.

cial énfasis los aspectos formativo educativos de los mismos, teniendo en cuenta la especificidad de los requerimientos propios de la edad”.

Por otra parte, establecimos un segundo criterio de clasificación etaria dentro del conjunto de los “jóvenes”, que corresponde a aquellos de entre 22 y 24 años, que se inscriben en ese grupo con arreglo a la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que define como jóvenes a las personas entre los 15 y 24 años de edad (declaración efectuada en el año 1985, “Año Internacional de la Juventud”, con antecedente en la Declaración de 1965 de la misma entidad). De allí que comprendemos la noción de juventud para el rango etario de 18 a 24 años. Por debajo del límite inferior (18 años) consideramos que los sujetos se inscriben en la categoría de infancia (entendiendo por ésta niñez y adolescencia) a la vez que por debajo de esa edad los adolescentes con causas penales no ingresan al circuito institucional del Servicio Penitenciario Bonaerense (unidad de análisis de la violencia institucional sobre la que versa este trabajo), sino que son privados de libertad por el Organismo Técnico Administrativo Provincial, que se halla exento en la investigación presentada.

Aclaradas estas cuestiones sobre universo, objeto de investigación y unidad de análisis y de recolección de datos, cabe señalar que la fuente de datos o sustrato empírico que se utilizó para el procesamiento de información y resultados aquí exhibidos, es la base de datos cuantitativa obtenida como resultado del trabajo de campo de la investigación antes mencionada. Se trabajó con la encuesta como instrumento de recolección de datos, con preguntas cerradas precodificadas y abiertas, priorizando en éstas el registro de la voz de los detenidos. Las encuestas se realizaron durante las inspecciones rutinarias que el Comité contra la Tortura realiza en las unidades. Asimismo, el relevamiento se complementó con la técnica de observación participante y registro de campo etnográfico de cada una de las visitas, atendiendo a los aspectos espaciales, interactivos y gestuales del campo.

La selección de las Unidades Penitenciarias que compusieron la muestra (sobre un total del universo de casi 60 penales esparcido en toda la provincia) fue intencional simple, bajo el criterio de selección de las unidades que fueron detectadas por el Comité contra la Tortura como aquellas especialmente problemáticas en términos de violencia institucional. Por ello, se relevaron las siguientes unidades: 1 (Olmos), 8 (Los Hornos - mujeres), 30 (Gral. Alvear), 29 (La Plata, hombres y mujeres), y 17 (Urdapilleta). Se encuestaron a 266 presos, entre los cuáles 90 tenían entre 18 y 24 años. La estrategia escogida para el presente trabajo consiste en focalizar la atención en el comportamiento de las variables medidas para el colectivo de jóvenes de 18 a 24 años, que conforman el 38,1% de la muestra, en relación a los resultados obtenidos para el conjunto de la población carcelaria y también en comparación con otros intervalos etarios.

Por último, no es de menor importancia destacar que esta investigación se diseñó metodológicamente con la intención de revalorizar la palabra de los presos, preservando su integridad y la confidencialidad de los datos, pero valorizando sus experiencias y relatos como fuente privilegiada para la reconstrucción analítica de la violencia institucional de un sistema oscurantista, discrecional y con modalidades de gestión y vínculo con el

"afuera" encriptado en la lógica de la corporación, que subordina y oculta la información del sistema penal, que debiera ser pública en tanto espacio privilegiado para el ejercicio de la violencia "legítima" del castigo social legal. La invisibilización, desacreditación y degradación que se hace de las personas detenidas como de sus voces y vivencias, en el mejor de los casos, distorsionada y folclorizada para el show mediático, es aquello que también se propone confrontar metodológicamente esta investigación.

Reformas neoliberales, inseguridad y juventud

Desde una perspectiva general, la problemática de investigación se inscribe en una época denominada como de Gran Segregación (Bergalli, 1997) y de inseguridad ontológica (Young, 2003), que ha tomado particulares matices en nuestro país y que convendrá reseñar brevemente a los efectos de intentar un abordaje comprensivo de la situación de los jóvenes en la Argentina, y particularmente de aquellos que el sistema penal captura a través de los mecanismos de selectividad institucional.

En este sentido, hacia mediados de la década del 70', Consenso de Washington mediante, la Argentina pone en marcha el denominado *programa neoliberal*, lo que se tradujo entonces en una serie de medidas macroeconómicas aperturistas que redundaron en agudos procesos de desindustrialización y en la implosión del modelo fabril de masas, de la mano del avance del capital financiero y del sector de servicios, que por entonces comenzaba un largo camino de privatizaciones. A estos procesos siguieron un aumento notable de la población desocupada o sub-ocupada-precarizada, la creciente pauperización de las condiciones de vida de amplios sectores sociales, la polarización en la distribución del ingreso y la expansión-profundización de los procesos de exclusión social, especialmente explícitos y perversos en lo que respecta al desmantelamiento de los sistemas de protección social del *welfare* (Castel, 2004; Garland, 2005; De Marinis, 2004). En este marco, nada ni nadie supo (o quiso) detener la caída de la condición salarial (Castel, 2004 y 2006) y masivos procesos de desafiliación social (Castel, 2006) de fuerte impacto a partir de la década del '90. Al respecto, las políticas sociales *focalizadas*, que por entonces se pusieron en práctica, no fueron suficientes para contener, ni mucho menos solucionar, a "la nueva cuestión social" de corte *excluyente-estructural* que iba tomando forma en la Argentina.

Asimismo, entre los éxitos del programa neoliberal debe inscribirse la imposición acrítica en la Argentina de los '90 de una forma hegemónica de entender "la seguridad": asociada casi exclusivamente a la cuestión de la criminalidad, se diluye su relación con las protecciones sociales o las "seguridades perdidas" (Daroqui, 2003), en tanto derechos de integración social que en algún momento el Estado se orientó a garantizar. En este contexto, entendemos que no debería sorprender que el eje estructurante de las trayectorias sociales de una gran parte de la población juvenil (nacida en los '90) se caracterice por la incertidumbre y la vulnerabilidad social (Guemureman - Daroqui, 2001; Castel, 2006; Kokoroff, 2006;).

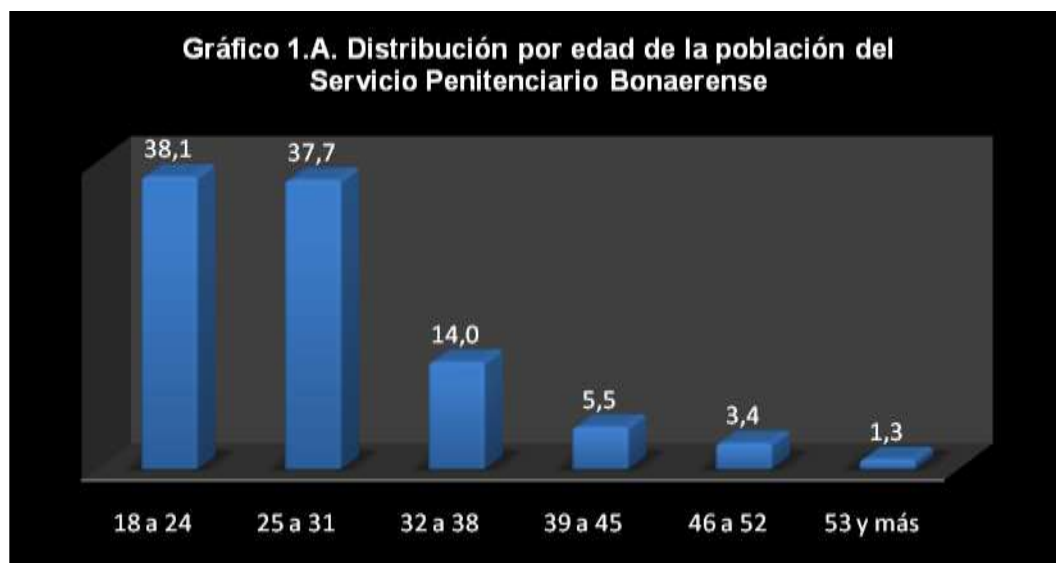
Lamentablemente, la respuesta que se ha esgrimido frente a las problemáticas sociales descriptas no ha excluido al sistema penal, sino que lo ha transformado en protagonista del *management* de los "grupos problemáti-

cos". Varios son los autores que identifican en este sentido un cambio cualitativo en el objeto del control social: de los *sujetos desviados* a los *grupos de riesgo* (Feeley y Simon, 1995; De Giorgi, 2000), habilitándose la gestión de colectivos problemáticos (De Marinis, 2004), denominados comúnmente como "poblaciones vulnerables" o "de riesgo". De esta forma, la lógica de una "discriminación positiva" (Castel, 2006), que focaliza la atención punitiva del estado en determinadas poblaciones y zonas "problemáticas" del espacio social, encuentra en adolescentes y jóvenes "peligrosos" a sus destinatarios privilegiados, "... portadores de todos los atributos negativos imaginables: peligrosos - violentos - enfermos - drogadictos - incurables e incorregibles" (Daroqui, 2003:3).

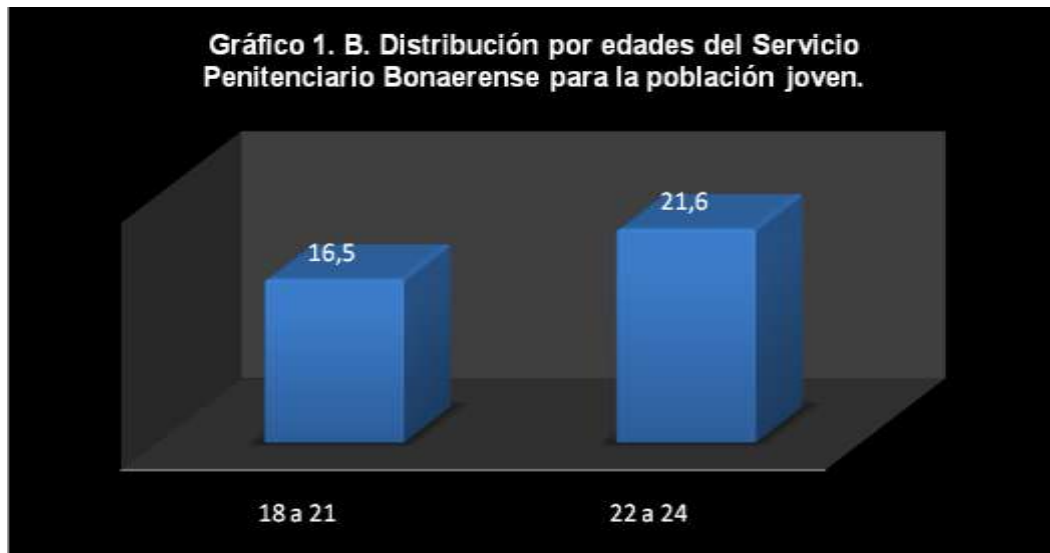
En síntesis, podemos sostener que la transformación de un Estado social en Estado penal (Wacquant, 2000) enfrenta a la gobernabilidad de la nueva cuestión social, encarnada en los "jóvenes-pobres-urbanos", en términos de gestión y control del riesgo y, en última instancia, de neutralización selectiva de aquellos más "peligrosos" en el marco de las *sociedades de la excedencia* (De Giorgi, 2006). La vigencia de la cárcel debe asociarse, en este sentido, a la gestión de lo sobrante, de los "residuos humanos" (Bauman, 2006) que esta sociedad construye, entre los cuales los jóvenes, como veremos, se encuentran claramente sobre representados.

Juventud y sistema penal, la violencia perpetuada en los cuerpos

Antes de comenzar con el análisis de los datos obtenidos para el grupo etario definido como "joven", cabe caracterizar a la población penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires en su totalidad desde esta dimensión. Así podemos observar en el Gráfico 1.A que la gran mayoría de la población carcelaria pertenece al extracto más joven, el 38,1% tiene entre 18 y 24 años.



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

No obstante, para focalizar en el eje propuesto, se continuará con el análisis bivariado de la muestra a la que hacíamos alusión más arriba. Analizaremos para ello el comportamiento de ciertas variables, consideradas pertinentes para el estudio de la institución carcelaria, entre distintos grupos de edad. De este modo, podremos conocer cuál es la actuación específica que se aplica sobre los jóvenes detenidos.



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

En el Gráfico N° 2 se exhibe la distribución de la población encuestada según situación procesal, donde las tendencias generales se invierten al discriminar los datos entre los distintos grupos etarios (más y menos jóvenes). Aproximadamente 6 de cada 10 jóvenes se encuentran *condenados* mientras que entre los mayores, 6 de cada 10 se encuentran *procesados*. Resulta llamativo el porcentaje elevado de condenas en relación a los presos más jóvenes. Al respecto, se podría *hipotetizar* que esta situación se vincula con cierta tendencia del Poder Judicial a mostrar eficiencia punitiva sobre aquellos que, como dijimos, corporizan las mayores amenazas o miedos sociales: los "jóvenes-pobres-urbanos-delincuentes". En este sentido, debe destacarse la masiva utilización del Instituto del Juicio Abreviado que colabora para aumentar el porcentaje de condenas al inte-

rior del sistema judicial, pero que no necesariamente implica beneficio alguno para las personas condenadas, sino que en muchos casos merma en el acceso a garantías procesales y juicio oral a cambio de un aumento en la "eficiencia" judicial. Sin dudas, una indagación específica sobre este instituto y su aplicación merecería ser objeto de futuras investigaciones y permitiría comprender con mayor profundidad los sentidos de su utilización en el ámbito de la Justicia Penal bonaerense.

Respecto de aquello que se supone connota la condición procesal al interior del régimen penitenciario, así como la condición etaria, es de suma relevancia señalar que para el universo de los denominados "jóvenes-adultos" (18 a 21 años), el servicio penitenciario bonaerense no posee pabellones especiales para los más jóvenes, donde se supone que deberían atenderse sus necesidades específicas y no ser expuestos a mayores conflictividades convivenciales. Por el contrario, aunque existen en su denominación "formal", el servicio penitenciario distribuye a los jóvenes detenidos en diferentes pabellones ("evangelistas", "población", "trabajadores") bajo criterios de discrecionalidad y gobernabilidad interna, lejos -claro está- de cualquier precepto enunciado en la ley de progresividad penal (especialmente en cuanto a la condición procesal) y en los tratados internacionales. Esta distribución discrecional, arbitraria y volátil de los detenidos fue corroborada por nuestro relevamiento, al encontrar alojados a jóvenes en diversos sectores sin criterio sostenible alguno y por períodos muy cortos, sin distinción por edad o situación procesal.



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

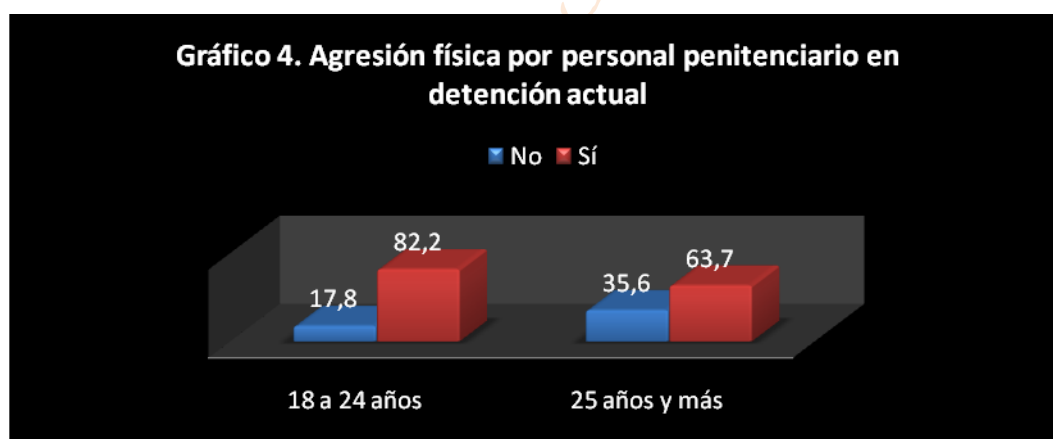
En cuanto a los traslados, el Gráfico N° 3 permite observar que, mientras el 65,1% de las personas detenidas mayores de 25 años manifestó haber sido trasladada al menos una vez en los últimos 12 meses, el 75,3% de los jóvenes de entre 18 y 24 años ha sido trasladado en ese mismo período. Entre éstos, el 44,8% han sido trasladados entre 4 y 9 veces durante el último año. Esta situación (traslados entre 4 y 9 veces en el último año) para el conjunto de la muestra desciende al 39,2%. Respecto de la situación de profunda indefensión y maltrato que se experimenta durante los traslados, un detenido de 22 años comentaba: *"En el traslado yo prefiero morir callado que pedir un pedazo de pan"*.

Resulta imprescindible señalar que los traslados permanentes configuran una de las más recientes formas de tortura sistemática que aplica el Servicio Penitenciario bajo la denominada "rotativa", nombre con el que se

designa al circuito de traslados permanentes de los internos entre penales, permaneciendo 1, 2, 3 y con suerte 7 días en un penal para "salir de traslado" nuevamente a otra unidad, en general sin previo aviso y "capeado" (por sorpresa y bruscamente). En su máximo extremo, durante el trabajo de campo se han relevado casos de hasta 64 traslados en el transcurso de 2 años, es decir, en promedio casi 3 traslados por mes.

Sin dudas, los traslados permanentes representan una concentración agravante de los suplementos punitivos del sistema penitenciario e implican una serie de situaciones problemáticas para los detenidos: dificultad para acceder a los alimentos (hambre), hacinamiento en "buzones" (celdas de castigo), largas horas en camiones esposados al piso, malos tratos físicos, frío, largas esperas de pie en leoneras (jaulas) sin lugar para sentarse y sin acceso a baño, no poder establecer actividades educativas, recreativas o laborales, imposibilidad de establecer relaciones de convivencia duraderas, la permanente pérdida de objetos y pertenencias personales, la desorientación de la familia y el alejamiento de las zonas de residencia, acompañado por el desgaste de los vínculos afectivos y disminución de visitas, ruptura permanente de lazos sociales con otros internos y con el núcleo afectivo extramuros, entre otras.

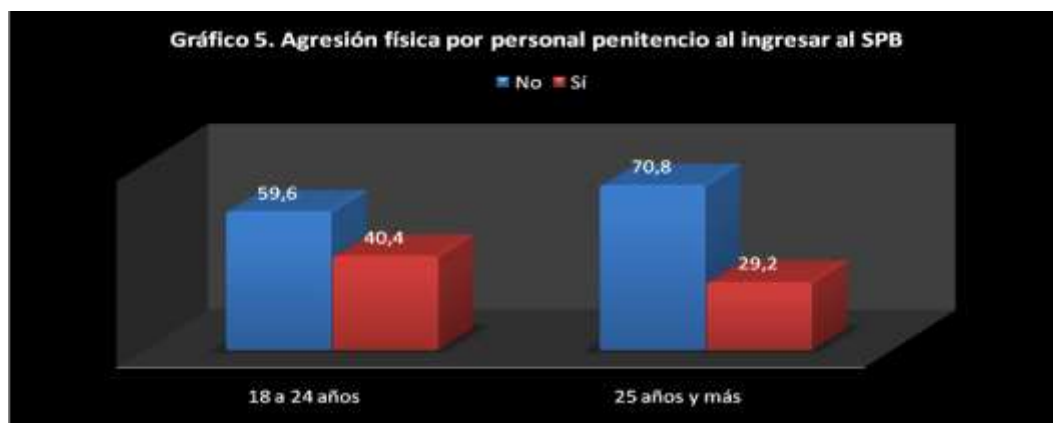
A lo anterior debe sumarse el peligro que corre la integridad física de un detenido durante un traslado, en el marco del cual queda "a cargo" de la comisión especial (cuerpo de penitenciaros de traslados), conocida por su brutalidad física y el uso de elementos de tortura como el gas picante en aerosol, entre otros. Un detenido de 22 años comentaba: *"Seguramente si les pedía ir al baño en el camión del traslado me pegaban, así que me quedé en silencio y listo"*.



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

En cuanto a las agresiones recibidas, los resultados de la muestra total arrojan datos contundentes: 7 de cada 10 presos (70.8%) manifestaron haber recibido agresiones físicas por parte del personal penitenciario en su detención actual. Desagregada esta variable según corte etario, tal como indica el Gráfico N° 4, la situación se agrava entre la población más joven, la cual manifestó haber recibido agresiones en el 82,2% de los casos consultados. En otras palabras, el incremento porcentual de agresiones recibidas para los jóvenes de entre 18 y 24 años en relación a los de 25 años y más es del orden del 18,5% de diferencia porcentual.

Esta cifra asume mayor profundidad al ser triangulada con los registros de campo cualitativos, en los que se describe la entrevista con dos jóvenes detenidos de 23 años: *"Estaba en la celda, lo acusaron de faltar el respeto a personal, entraron 7 guardias en la celda y lo cagaron a palos. Les decía que estaba operado y le pegaron igual" (...) "Le hicieron firmar el parte a los golpes que decía que había agredido a un policía. Mientras un penitenciario le cortaba la colita del pelo, le pegaron piñas, patadas, lo llevaron a sanidad y le dieron palazos delante de los médicos, casi lo penetran con un palo"*



Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

En cuanto a las agresiones, el momento de ingreso a las unidades del SPB en general resulta propicio para ser objeto de torturas o malos tratos. En cuanto a ello, el 33,5% del total de la muestra manifestó haber recibido agresiones por parte del SPB en su ingreso a la unidad, conocido como "la bienvenida". Una vez más, con la lectura del Gráfico N° 5, queda en evidencia que la población más joven es aquella superlativamente afectada por el ejercicio de la violencia institucional ya que, entre los menores de 25 años, el 40,4% manifestó haber recibido la "bienvenida". Esta diferencia da cuenta del brutal ensañamiento del personal penitenciario con los detenidos más jóvenes. En este sentido, un detenido de 22 años relataba cómo fue su ingreso al sistema penitenciario de adultos: *"La primera vez que vine a un penal, que yo era primario, venía en el camión a la U1 re nervioso. Llegué a admisión, la policía me decía "esto es Olmos" como si me amenazaran. Me llevaron arrastrando a la redonda (oficina de la guardia), me bajaron por la escalera amarrocado arrastrándome y me iban haciendo puente chino, dándome patadas, piñas, palazos con la cachiporra. Los quise enfrentar para que no piensen que soy un gil y ahí me agarraron entre varios, me hicieron desnudar, me mojaron con agua fría, me acostaron boca abajo y me dieron con un palo de madera en la planta de los pies, me tenían agarrado entre varios de la comisión de traslados y penitenciarios del penal mismo. Después de un rato me tiraron en la leonera 24 hs. Todo mojado. Me dieron unas pastillas y quede "planchado" un par de días. Me dejaron la cara toda rota, me hicieron volar un diente, no podía caminar, me arrastraba porque me dolían mucho los pies, así me recibieron".*

Gráfico 6. Sanción de aislamiento durante la presente detención

Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

Asimismo, a partir de los datos del Gráfico N° 6 podemos observar que el 67,8% de los presos mayores de 25 años tuvo sanciones de aislamiento durante la presente detención. Nuevamente, el guarismo asciende para los jóvenes, ya que el 80% de los presos de entre 18 y 24 años sufrió este tipo de sanción.

Gráfico 7. Agresiones físicas del SPB durante la sanción de aislamiento

Fuente: Comité contra la Tortura - Gespydh, 2008

El Gráfico N° 7 ilustra la situación de agresiones recibidas durante la sanción de aislamiento. Mientras que el 29,4% de los presos mayores de 25 años sufrió agresiones físicas durante este tipo de sanción, la misma cifra asciende al 51,2% dentro del conjunto de los jóvenes. Así, un detenido de 19 años comentaba: *"Me sacaron amarrocado (esposado) arrastrándome, me metieron una bolsa en la cabeza y me mandaron abajo de la ducha fría, estaba desnudo, me pegaban en la cabeza, no los podía ver. Me sacaron mojado y me dejaron poner los calzoncillos y me dejaron así en calzones, sin colchón ni manta, cagado de frío en el buzón por cuatro días"*

Sin estar en situación de aislamiento o sanción, con respecto a las agresiones físicas generales recibidas por parte del SPB, cabe destacar que el 77,4% de los jóvenes de entre 18 y 24 años manifestó haber recibido insultos por parte de personal del SPB. En el mismo sentido, el 17,3% re-

cibió escupitajos; a un 28,8% le tiraron del pelo; al 23% le tiraron o retorcieron la oreja; un 73,1% recibió empujones; el 80,8% fue golpeado (con puño, patada o palo); el 30,8% recibió manguerazos o duchas frías y 32,7% fue agredido con balas de goma. En cuanto a los elementos utilizados para agredirlos, el 80,9% de los jóvenes encuestados indica que se utilizó el puño; 76,6% hace referencia a las patadas; 33,3% a la utilización de palos; casi un 15% refiere a la utilización de facas o cuchillos y 34% menciona balas de goma. Asimismo, durante el relevamiento un joven manifestó haber sido sometido al submarino con agua (tortura de asfixia por hundimiento forzado), y otros 2 al submarino seco (tortura de asfixia mediante la colocación de bolsas plásticas o similares tapando la cabeza).

Todas estas cifras referidas a la experiencia cotidiana de las personas detenidas más jóvenes (18-24 años), superan a los no menos terribles guarismos que corresponden para estas mismas variables a la muestra total de detenidos. Sin embargo, el incremento de la violencia institucional directa propinada a los presos más jóvenes es siempre mayor.

Por último, cabe destacar que respecto de las lesiones producidas por los golpes o agresiones físicas del servicio penitenciario, mientras que un 60,8% de los jóvenes de entre 18 y 24 años fue lesionado como producto de las agresiones físicas recibidas, sólo un 35,5% de ese grupo etario accedió a atención médica una vez sufridas las lesiones.

IEFyC

Conclusión preliminar

*"Es más barato para ellos (por los penitenciarios) que nos matemos entre nosotros a que nos maten ellos"
(detenido en el SPB, 22 años)*

Si las prácticas del sistema penitenciario bonaerense vulneran sistemáticamente todos los derechos conferidos a las personas bajo privación de libertad y adicionalmente se ejecutan a través del uso de la violencia como forma de regulación institucional endógena, esta situación general resulta exacerbada para el subconjunto de población penal compuesto por los detenidos más jóvenes. En ellos, la violencia institucional se descarga con mayor dureza e impunidad, transformándolos en objeto privilegiado para la administración de sufrimiento, tortura y dolor por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense.

Consideramos que -salvo honrosas excepciones- la falta de problematización de los regímenes intramuros por parte del Poder Judicial, termina por naturalizar una suerte de círculo ecológico donde la violencia institucional del Estado se trama a-críticamente en la regulación penal y termina por normalizarse, sin que ello represente un ámbito de accionar judicial. Asimismo, la especial condición etaria de los más jóvenes, en tanto personas en desarrollo -para las cuáles existen vastas normativas de protección- parecieran hallar en el orden de las prácticas normalizadas del sistema penitenciario bonaerense su mayor aporía.

En este sentido, en el marco de los Derechos Humanos, una mirada crítica y desprovista de ingenuidades discursivas impone necesariamente comprender estas cifras y datos ya no como anomalías o "excesos" del sistema, como casos aislados a resolver o "corregir", sino como elementos estructurantes para la gobernabilidad intramuros, donde la violencia institucional resulta constitutiva. Exigir activa y concretamente la morigeración de la violencia institucional -material, física, simbólica- instrumentada sobre las personas privadas de libertad constituye entonces una tarea impostergable en el marco de un estado democrático de derecho. Para ello también resulta imperioso desnaturalizar la indolencia circumscripta en la praxis de las agencias de control socio penal. La exigencia de morigeración de la violencia institucional debe ser asumida como una política pública. Para que ello suceda, es necesario que la indignación sea colectiva, y que se plasme en acciones transformadoras. Trascender el estadio de la indignación, para incidir efectivamente en las políticas públicas es una responsabilidad para aquellos hombres, que, como bien decía Foucault (1990), estaban reunidos sin otro título que la dificultad común de soportar lo que estaba pasando.

Bibliografía

- BAUMAN, Z. (2006). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Buenos Aires: Paidós.
- BERGALLI, R. (1997). La caída de los mitos (Algunos datos para ilustrar la relación entre post-Modernidad y secuestros institucionales), *Apuntes para la discusión*. En *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*. Barcelona: Ma. Jesús Bosch.
- CASTEL, R. (2004). *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires: Ed. Manantial.
- CASTEL, R. (2006). *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires: Paidós.
- DAROQUI, A. (2003, 02 de mayo). Las Seguridades perdidas. *Argumentos. Revista electrónica de crítica social*. Recuperado el 10 de junio de 2003, en <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos2.htm>.
- DE GIORGI, A. (2000). *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona: Virus.
- DE GIORGI, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Madrid: Ed. Traficantes de sueños.
- DE MARINIS, P. (2004). In/seguridad/es sin sociedad/es: cinco dimensiones de la condición postsocial. En: Muñagorri, I. y Pegoraro, J. *La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina. Estrategias, políticas, actores, perspectivas y resultados*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España: Dykinson.
- FEELEY, M. y SIMON, J. (1995). La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicancias, *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, 6-7, 33-58, Buenos Aires.
- FOUCAULT, M. (1989). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo XXI Ed.
- FOUCAULT, M. (1990). "Frente a los gobiernos, los derechos humanos", en *La vida de los hombres infames*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1990.
- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control*, Barcelona: Ed. Gedisa.
- GUEMUREMAN, S. y DAROQUI, A. (2001) *La niñez ajusticiada*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- KOPKOROFF, M. (2006) *Revista Ñ*, 21/01/06.
- WACQUANT, L. (2000), *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Ed. Manantial.
- YOUNG, J. (2003). *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.

La obligación de investigar
ante la existencia de una
denuncia o de razón
fundada para creer que se ha
cometido
un acto de tortura.

Dr. Sergio Delgado

Resumen:

La lucha por la abolición de la tortura, bastante reciente, en términos históricos, aunque logró eliminarla como método jurisdiccional legítimo se extiende a los intentos de reintroducir estas prácticas aberrantes y ha obligado a ir rubricando crecientes compromisos internacionales y regionales que han ido elevando el estándar fijado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y su Protocolo Facultativo y los instrumentos regionales equivalentes, intentando garantizar que toda denuncia de aplicación de tortura sea investigada de modo pronto e imparcial y sancionados sus responsables.

Los completos compromisos asumidos por el Estado argentino, que ha rubricado todos los compromisos internacionales y regionales, no pueden ser cumplidos, entre otros motivos, por la militarización de instituciones claves (como lo son las penitenciarías) durante las dictaduras militares que interrumpieron el orden democrático durante el siglo XX, que no ha logrado ser revertida durante los últimos 25 años de democracia. En este trabajo se analizan y estudian los compromisos asumidos conforme los tratados más relevantes en la materia y la jurisprudencia de los organismos internacionales pertinentes y los problemas normativos por los que resulta de imposible compromiso la obligación de investigación pronta e imparcial de las denuncias de tortura.

Palabras clave: Actos de tortura, Investigación, Jurisprudencia.

Abstract:

Quite recent in History, the fight over the abolition of torture, in spite of having eliminated torture as a legitimate judicial mechanism, is now spreading to combat attempts to re-introduce such aberrant practices. Besides, this fight has increasingly forced the signing of many international and regional treaties, which have improved the standards fixed by the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention Against Torture and its Optional Protocol, and its corresponding regional instruments, trying to ensure that any denounce of torture is promptly and impartially investigated, and that any person responsible for it is duly punished.

The whole of commitments assumed by the Argentine State, which has signed every international and regional treaty on the matter, cannot be fulfilled due to the militarization of key institutions -penitentiaries being one of them- during military dictatorships, which disrupted the democratic order in the 20th Century, such militarization not having been reverted through 25 years of Democracy. The commitments assumed according to the most relevant treaties on the matter and to the pertinent decisions taken by international organizations, as well as the problems posed by statute-law to the prompt and impartial investigation of denounces of torture are deeply analyzed and studied in the following lines.

Keywords: Acts of torture, Research, Jurisprudence.

Recordaba Manuel de Rivacoba y Rivacoba al prologar su traducción al español de las Observaciones sobre la tortura de Pietro Verri que, acaso en pocos ámbitos como en el penal, los principios que pusieron de relieve y por cuya consagración pugnaron los hombres del siglo XVIII conserven más viva actualidad y más fresca humanidad.

La edición de esta traducción del ensayo de Verri criticando la profusa e inhumana aplicación de la tortura en la indagación de las unciones maléficas a las cuales se atribuyó la peste, que devastó a Milán el año 1630 y tengo a la vista, está fechada el año 1977, cuando se llegaba al clímax de la ejecución del plan criminal ordenado con el alegado motivo de la lucha contra la subversión por los ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que usurparon el poder el año 1976.

Tres siglos y medio luego de esa peste devastadora en Milán, la tortura se adueñaba de la Argentina mediante la ejecución de miles de operativos clandestinos, por los cuales fueron conducidas a cientos de centros clandestinos de detención muchas personas, que fueron allí sometidas a los malos tratos más aberrantes, entre ellos la técnica del "submarino", que consiste en sumergir hasta provocar principios de asfixia en toneles con agua o privar de aire mediante bolsas herméticas que cubren la cabeza y se ajustan al cuello, a personas inmovilizadas por ataduras, para obligarlas a suministrar información contra sí mismas y contra sus allegados.

Mucho ha mejorado, desde entonces, la situación local pero, fallecido hace ya algunos años, Rivacoba y Rivacoba no escuchó al vicepresidente Dick Cheney de los Estados Unidos de Norteamérica, entrevistado por la cadena televisiva ABC de los Estados Unidos, el 15 de diciembre de 2008, defendiendo públicamente el empleo del "waterboarding" contra los "prisioneros" sin juicio de la base norteamericana de Guantánamo. No puede decirse, entonces, lo mismo de la situación mundial.

Los principios del derecho penal liberal, no se equivocaba en ello el maestro español, conservan la más viva actualidad.

Teniendo en cuenta que no es posible descartar los recurrentes exabruptos y sublevaciones contra la integridad corporal de las personas, los Estados han asumido como un compromiso internacional el deber de investigar posibles actos de tortura. En primer lugar, ya al rubricar el Pacto Internacional de *Derechos Civiles y Políticos* y, en el ámbito regional, la Convención Americana sobre *Derechos Humanos*.

La protección contra la tortura en el Pacto Internacional:

Por el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados Partes se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, los derechos en él reconocidos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Entre estos derechos el art. 7 garantiza que "Nadie será sometido a torturas..."

Y el art. 10 que las personas privadas de su libertad por los Estados tienen derecho a recibir un trato humano, con lo que implícitamente prohíbe que sean sometidas a tortura o tratos malos, inhumanos o degradantes.

Una lectura meramente literal de estas disposiciones no encontrará en ellas sustento para una obligación estatal de investigación pronta e imparcial de una denuncia de que se ha cometido un acto de tortura.

Pero la jurisprudencia de los órganos creados por el propio Pacto ha venido a precisar el alcance del compromiso de "garantizar a todos los individuos" el derecho a no ser sometido a torturas.

El Comité de Derechos Humanos, encargado del seguimiento de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha expedido sobre el tema que nos ocupa mediante observaciones generales, actualizadas por las que llevan los números 20 (adoptada en 1992), relativa a la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, es decir, al art. 7 antes citado, y la número 21, referida al trato humano que debe prestarse en favor de las personas privadas de libertad.

Ha señalado que los Estados partes del tratado deben garantizar en el derecho interno la presentación de denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 y que las amnistías concedidas a favor de personas que hubieren sido condenadas por haber perpetrado el delito de aplicación de tormentos "generalmente resultan incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva..."¹³

En la observación general 21 (también de 1992) relativa al art. 10 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos afirmó que las personas privadas de libertad no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7 del tratado (que prohíbe la tortura).

El Comité expresó que la obligación de tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad, es una norma fundamental de aplicación universal, cuya observancia no puede depender de los recursos materiales disponibles, y que por el contrario, debe aplicarse sin distinción de ningún tipo, de lo que se desprende que también a las personas privadas de su libertad hay que garantizarles el derecho a presentar denuncias por haber sido sometidas a tortura. Y que amnistiar las torturas infringidas en prisión también resultará, generalmente, incompatible con la obligación de garantía.

¹³ El Comité contra la Tortura evaluando la situación del Perú expresó, de modo coincidente -aunque con base en el más específico texto de la Convención contra la Tortura- su preocupación por la aplicación de, en particular, leyes de amnistía que excluyen la posibilidad de enjuiciar a presuntos torturadores que, conforme a los artículos 4, 5 y 12 de la Convención, deben ser sometidos a una investigación y un enjuiciamiento cuando corresponda (punto g del Informe sobre el quincuagésimo quinto período de sesiones (año 2004). Suplemento No. 44 (A/55/44), 20 de junio de 2000; párrafo 59.g). De modo similar al tratar la situación de Argentina, Chile y Uruguay, entre otros países.

El sistema regional:

Por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados partes se comprometieron a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y también a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de cada país, sin discriminación alguna, en los mismos términos que en el compromiso internacional¹⁴ reflejado en el Pacto Internacional antes citado.

El artículo 5.1 asegura que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y el mismo artículo en el punto 2 afirma que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Tampoco en la lectura literal de estas disposiciones se advierte una obligación de investigación pronta e imparcial de toda denuncia de tortura.

Ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la primera en suministrar contenido al deber de garantizar los derechos en función del derecho a no ser sometido a torturas.

Ya en 1986, en su sentencia inaugural sobre el fondo de un caso contencioso (el caso Velásquez Rodríguez), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pudo precisar el contenido de dicha garantía recurriendo claramente, aunque sin citarlas, dado que no eran compromisos vigentes o asumidos en el caso, a la reciente Convención contra la Tortura aprobada internacionalmente (1984) y a la aún más próxima Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura (1985), a cuyos textos luego me referiré.

El fallo fue el resultado de una denuncia interpuesta en contra de la República de Honduras¹⁵ por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, por un caso de desaparición forzada que databa del año 1981.

Señaló la Corte Interamericana que el artículo 1.1 de la Convención es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos allí reconocida puede ser atribuida a un país obligado. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

¹⁴ La única diferencia es que se proscribe la discriminación por las "opiniones políticas" en plural, en tanto figuran en singular en el Pacto Internacional al que se alude.

¹⁵ País que hoy vuelve a dar ocasión a intervenciones novedosas del sistema regional, al haber merecido la primera suspensión como Estado parte de la Organización de Estados Americanos, basada en la ruptura del orden democrático, al haber sido expulsado, con nocturnidad, el presidente Zelaya de su cargo (obligándolo a abandonar el país vestido con ropa de dormir).

¹⁶ Lamentablemente, es la única vía efectiva por la que la Corte regional admite casos, dado que nunca los Estados partes han resuelto interpellar a sus iguales ante dicho tribunal, como lo autoriza la Convención Americana (salvo por la vía indirecta que suministran las opiniones consultivas) y no se admiten las presentaciones individuales.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a la jurisdicción de los Estados partes, en lo relativo a no ser sometido a torturas, implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados Partes deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado (en el caso, la integridad física) y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Ha establecido la Corte Interamericana, ya en ese valioso y oportuno fallo inaugural, que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación (es decir, no basta con prohibir la tortura incorporando una figura penal al Código Penal), sino que esta obligación de garantía importa la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que, en el caso de la tortura, debe comprender la aplicación efectiva de dicha norma legal investigando de modo adecuado (pronta e imparcialmente) toda denuncia y sancionando al responsable, entre otras obligaciones (párrafos 166 y 167).

Ha dicho, además, el fallo citado:

"... un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención."

"El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación" (párrafos 172 y 174).

Conforme la jurisprudencia citada, que se emitió en un caso relativo al derecho a la vida, pero que se refería, *obiter dictum* al deber de garantía respecto de todos los derechos asegurados por la Convención americana, dicha obligación tiene un amplio alcance: comprende la organización del aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos humanos, lo que implica, en lo que aquí nos ocupa, la obligación de investigar y sancionar a las personas que fueron responsables de tales violaciones. El incumplimiento de este deber de garantía, genera responsabilidad para el Estado, no sólo frente a las violaciones directamente imputables, sino también cuando, frente a violaciones desarrolladas por personas que no eran agentes del Estado, no las previno adecuadamente.

te, o no las investigó adecuadamente sancionando a los responsables, o no aseguró el restablecimiento y la reparación a las víctimas.

Sobre la obligación de investigar y sancionar a los responsables, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

"El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

"En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado" (párrafos 176 y 177 del fallo citado).

La Corte Interamericana ha aplicado este criterio en casos en los que trató específicamente la violación al derecho a la integridad personal por imposición de tormentos. Lo reiteró, por ejemplo, recientemente citando el caso Penal Miguel Castro Castro c/ Perú resuelto el 25/11/2006 (párrafos 344 y 347), al fallar sobre el fondo respecto del caso contra Argentina "Bueno Alves" el 11/5/2007, oportunidad en que nuevamente señaló que:

"A la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura"

"En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y

se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado" (párrafos 89 y 90 del caso Bueno Alves).

En el caso Bayarri c/ Argentina, fallado el 30/10/2008, la Corte Interamericana, aunque no había sido solicitado por las partes, interpretó el alcance de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, vigente desde 1989. Volvió a citar los precedentes mencionados y agregó que, aún cuando no hubiere una denuncia, que muchas veces no se presenta por temor, ante la presencia de indicios de ocurrencia de una aplicación de tormentos el Estado debe iniciar de oficio, de modo inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento (párrafo 92). La Corte consideró que ello no había ocurrido en el caso Bayarri dado que el juez, ante el cual fue conducido con hematomas en el rostro, entre otros indicios, omitió ordenar la respectiva investigación, en la que luego se obstruyó la incorporación de pruebas y por ello consideró vulnerados los puntos 1 y 2 del artículo 5 en función del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura (párrafo 94).

De modo análogo, como hemos visto en las observaciones generales citadas del Comité de Derechos Humanos, puede interpretarse el deber de garantía establecido en la norma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos antes citada, en función de la garantía a no ser sometido a tormentos allí asegurada.

Las convenciones específicas:

Los Estados han considerado insuficiente la protección antes detallada y por ello, en esta materia en particular, consideraron necesario suscribir compromisos aún más amplios. La Convención contra la Tortura obliga a tomar, entre otras, las medidas judiciales eficaces para impedir los actos de tortura (art. 2) y a velar porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial (art. 12) y para que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura bajo su jurisdicción, tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado, adoptando medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado (art. 13).

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, de modo coincidente, la obligación de sancionar la tortura (art. 1), y de adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción (art. 6), garantizando a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente y que, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura, se procederá de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando

corresponda, el respectivo proceso penal y garantiza, además, que una vez agotados los recursos que prevé el ordenamiento jurídico interno, el caso pueda ser sometido a las instancias internacionales aceptadas por el Estado parte (art. 8).

El Comité contra la Tortura en su segunda observación general (del año 2007) se ha expedido respecto de la aplicación del artículo 2 de la Convención contra la Tortura, el cual recoge la prohibición absoluta de la tortura, así como sobre las medidas eficaces para prevenir, impedir y sancionar la tortura.

El Comité indicó que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas eficaces para impedir que las autoridades u otras personas que actúen a título oficial cometan directamente, instiguen, inciten, fomenten o toleren actos de tortura, o de cualquier otra forma participen o sean cómplices de esos actos, de conformidad con la definición prevista en la Convención.

A criterio del Comité, cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales cometen actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y sancionar a dichas personas, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o partícipes por consentir o tolerar esos actos prohibidos.

De igual manera, opinó que la negligencia del Estado para intervenir y poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas posibilita que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención. En este sentido, la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho.

El Comité destacó que también sería una violación de la Convención enjuiciar como malos tratos conductas en las que también están presentes los elementos constitutivos de tortura¹⁷.

Por otra parte, el Comité ha desarrollado medidas específicas para que los Estados puedan de manera rápida y efectiva adoptar las disposiciones necesarias y apropiadas para impedir los actos de tortura y los malos tratos. Estas garantías básicas que recomienda el Comité se aplican a todas las personas privadas de libertad. Entre ellas, se incluye la obligación de los Estados de garantizar la existencia de recursos jurisdiccionales y de otro tipo abiertos a los detenidos y las personas que corren el riesgo de ser sometidas a torturas o malos tratos, de modo que sus quejas puedan ser examinadas sin demora y de forma imparcial y los interesados puedan invocar sus derechos e impugnar la legalidad de su detención o del trato recibido.

Los principios y procedimientos aplicables a una eficaz documentación e investigación de actos de tortura:

¹⁷ Esto le ha sido señalado por el Comité, como motivo de preocupación, a la Argentina en oportunidad de evaluar su información periódica.

El Protocolo de Estambul es un conjunto de principios fundamentales basados en las normas, jurisprudencia y costumbres internacionales volcados en un práctico manual, útil para orientar la labor de todos los operadores jurídicos, médicos y de otras profesiones y la de los funcionarios que deben investigar casos de tortura. Han sido elaborados por calificados expertos, con participación de las más renombradas organizaciones no gubernamentales y presentados a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 9 de agosto de 1999. Se anexaron a la resolución 55/89 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2000, y a la resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2000.

Los principios orientadores básicos son que la investigación debe efectuarse con competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad (párrafo 74 y siguientes del Manual aquí citado).

Debe dirigirse la investigación a:

- a) Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;
- b) Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;
- c) Facilitar el procesamiento y, cuando corresponda, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación (párrafo 78).

La investigación debe efectuarse con prontitud y eficacia. Incluso cuando no exista denuncia expresa, deberá iniciarse una investigación si existen indicios de eventuales torturas o malos tratos (párrafo 79).

Los investigadores deben ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan y ser competentes e imparciales con autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, hacer públicas sus conclusiones (párrafo 79) estar facultados y obligados a obtener toda la información necesaria para la investigación, debiendo respetar el carácter confidencial impuesto por la ética profesional. Deben disponer de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios y estar facultados para citar coercitivamente a los testigos e incluso el testimonio de los imputados¹⁸.

Las presuntas víctimas de torturas o malos tratos, los testigos, quienes realicen la investigación y sus familiares, deben ser protegidos de amenazas o violencias.

Los imputados de imponer torturas o malos tratos deben ser apartados de todos los puestos que entrañen un control o poder directo o indirecto sobre los querellantes, los testigos y sus familias, así como sobre quienes practiquen las investigaciones (párrafo 80).

¹⁸ Este párrafo denota el predominio de la formación anglosajona en la elaboración, dado que el alcance que entre nosotros se da a la regla *Nemo tenetur se ipse prodere* no admite tales declaraciones a los imputados (equivocadamente, en mi opinión, aunque no es posible tratar el tema en esta oportunidad).

Las presuntas víctimas de torturas o malos tratos y sus representantes legales deben ser informados de las audiencias que se celebren, a las que podrán tener acceso así como a toda la información pertinente, teniendo derecho a presentar otras pruebas (párrafo 81).

Se ha previsto que cuando los procedimientos establecidos resulten insuficientes por falta de competencia técnica, o posible falta de imparcialidad o existan indicios de una conducta abusiva habitual u otras razones fundadas, debe designarse una comisión independiente u otro procedimiento análogo.

La información médica obtenida durante la investigación tendrá carácter confidencial y se requerirá la opinión de la presunta víctima o de su representante, consignándola. Cuando corresponda, se remitirá por escrito a la autoridad encargada de investigar los presuntos actos de tortura o malos tratos. Ninguna otra persona debe tener acceso a esa información sin el consentimiento del interesado o la autorización de un tribunal competente (párrafo 82).

¿Es posible cumplir estos compromisos internacionales y regionales?

En la Argentina los procedimientos para identificar, investigar y, en su caso, sancionar casos de tortura no se llevan a cabo de acuerdo a los criterios fijados en el Protocolo de Estambul. Por consiguiente, no cumple nuestro país las obligaciones internacionales que ha asumido al ratificar los instrumentos internacionales antes descriptos.

Esto ocurre, en mi opinión, por razones que intentaré resumir.

Como consecuencia de la doctrina de la seguridad nacional, que inspirara el accionar de las sucesivas dictaduras militares que interrumpieron el orden constitucional argentino durante el siglo XX, fue impuesta la "militarización" y la subordinación a autoridades militares de las más diversas instituciones.

Ambas cosas ocurrieron con el Servicio Penitenciario Federal.

Fue "Militarizado" ya por el primer Estatuto Penitenciario elaborado en la Secretaría de Trabajo del gobierno impuesto por el golpe de estado que asumiera el poder en el año 1943, mediante el decreto 12.351/46. Esta norma de facto que lleva la firma de Juan Domingo Perón como vicepresidente de facto de la Argentina, creó el "estado penitenciario", análogo al "estado militar" y al "estado policial".

Esta denominación jurídica destinada a caracterizar la situación creada por el conjunto de deberes y obligaciones de los ciudadanos a quienes se asignan funciones tales, derivó durante los primeros años del primer gobierno democrático de Perón en un verdadero fuero personal corporativo, similar a los privilegios nobiliarios, que llegó incluso a declarar excluidos de la justicia ordinaria a los funcionarios allí comprendidos, por una cláusula introducida en el art. 29 de la Constitución Justicia-

lista de 1949, cláusula que sometía incluso a los civiles a dichos "tribunales" corporativos¹⁹.

El primer escalafón penitenciario aprobado, reitero, durante un gobierno ilegítimo, tuvo la particularidad de que los profesionales y demás técnicos (los abogados, los docentes y también los médicos, enfermeros, etc.) quedaron subordinados en rango al "cuerpo penitenciario" o personal penitenciario con rango de oficial.

Este deterioro institucional, que no logró ser revertido durante los breves períodos democráticos que hubo durante los siguientes treinta años, llegó a la literal "colonización" del Servicio Penitenciario Federal por las autoridades militares, mediante el artículo 10 de la ley de facto 20.416 (de 1973) que decía:

"El nombramiento de Director Nacional deberá recaer en un Oficial Superior de las Fuerzas Armadas de la Nación, del Escalafón Comando..." (esta grosera disposición, como todas las análogas que subordinaron a autoridades militares desde canales de televisión hasta empresas del estado, fueron dejadas sin efecto por el art. 7° de la ley de facto 23.023 del año 1983).

Subsiste, no obstante, en la Argentina la estructura "militarizada" del Servicio Penitenciario Federal, en la cual los abogados y, especialmente, los médicos y demás profesionales de la salud se encuentran subordinados en grado y "asimilados" dentro de dicha estructura jerárquica al personal penitenciario que tiene trato directo y cotidiano con los internos.

Dicha estructura militarizada fue convertida, además, en una "fuerza de seguridad" por el art. 1 de la actual "ley" orgánica, la norma de facto 20.416 de 1973, antes citada que, en este aspecto particularmente relevante en lo que nos ocupa, continúa aplicándose cual si fuera una ley de la nación argentina.

El efecto jurídico más importante de esta última transformación ha sido asignar a las propias autoridades penitenciarias, como "fuerza de seguridad", el rol de auxiliar de la justicia y, consiguientemente, la función de elaborar la prevención sumaria en las causas en las que se investigan delitos de acción pública ocurridos en el ámbito carcelario, entre otros, la posible aplicación de tormentos.

Esto, obviamente, no era así anteriormente. Cuando se denunciaba la aplicación de tormentos en el interior de una prisión, intervenía en la "prevención sumaria", como auxiliar de la justicia, el personal policial territorialmente competente, que era el encargado de la encuesta inicial y de la preservación de la prueba y vestigios del delito.

¹⁹ El texto del art. 29 de la Constitución Justicialista de 1949 dice: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aún con efecto retroactivo la ley penal permanente más favorable al imputado. Los militares y las personas que le estén asimilados estarán sometidos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses..."

Pero desde hace más de treinta y tres años, en cambio, son las propias autoridades penitenciarias las que efectúan las tareas de prevención sumaria en el caso de delitos de acción pública ocurridos en prisión. Estas tareas, debe destacarse, comprenden la preservación del "cuerpo del delito" es decir, de los rastros materiales del delito y la realización de las primeras peritaciones, fotografías, inspecciones oculares, secuestros, etc.

Normas de facto similares siguen vigentes en la provincia de Buenos Aires y en la de Santa Fe (dos de los principales distritos penitenciarios), entre otras.

Cuando sucedió la masacre del penal de Magdalena, un incendio en el que murieron decenas de internos con muy buena conducta, fueron las autoridades penitenciarias bonaerenses las que preservaron, hasta la intervención judicial (del Ministerio Público Fiscal) la zona acordonada. También luego de la masacre ocurrida en la prisión de Coronda, provincia de Santa Fe, cuando un guardia fue obligado por internos a franquear el paso a otro sector en el cual fueron asesinados varios internos, fue el personal penitenciario provincial el que tuvo esa función y, según denunciaron los querellantes la cumplió ordenando a los presos sobrevivientes limpiar los restos de sangre sin previamente tomar muestras, fotografiarlos o documentar su ubicación de modo fehaciente. Lo mismo, lamentablemente, ocurre en el ámbito federal, dado que son las propias autoridades penitenciarias, en virtud de la citada norma de facto, quienes efectúan "prevenciones sumarias", al menos hasta la primera intervención judicial, en todas las causas iniciadas por homicidios, lesiones o tormentos ocurridos en prisión y por cualquier otro delito (tráfico de estupefacientes, entre otros).

Resulta del todo evidente que es inconveniente que quienes pueden, eventualmente, tener responsabilidad por autoría directa comisiva u omisiva o por facilitar la comisión de los delitos por terceros en los hechos criminales ocurridos en prisión, como es el caso de las autoridades penitenciarias, sean quienes tienen a su cargo la prevención sumaria de esos mismos hechos.

El compromiso asumido por el estado Argentino al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, de velar porque en casos en los que hay motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial, obliga a modificar de modo inmediato esta disposición legal de facto, dado que su cumplimiento, en mi opinión, se ve afectado por la intromisión en dicha investigación de los propios imputados o de sus compañeros de estructura militarizada.

Sólo se podrá dar cumplimiento efectivo a este compromiso internacional cuando ante la denuncia o evidencia de la posible comisión de delitos de aplicación de tormentos o apremios ilegales ocurridos en prisión, no intervengan en la prevención sumaria en la que se investiguen tales torturas las propias autoridades penitenciarias. En realidad, ello resulta conveniente cualquiera sea el delito de acción pública que se denuncie que ha ocurrido en prisión. En todos los casos será conveniente que no intervenga en la prevención el personal penitenciario que puede resultar en definitiva imputado.

Pero, además, incluso la investigación ya radicada en sede jurisdiccional se ve afectada por las consecuencias de las normas de facto impuestas por las reiteradas interrupciones en el orden constitucional padecidas por los argentinos, dado que el gobierno federal argentino comisiona a los abogados del Servicio Penitenciario Federal con mayor jerarquía (a los Jefes de las Auditorías Zonales) actualmente, para que asistan en su defensa en sede judicial a los funcionarios públicos integrantes del Servicio Penitenciario Federal imputados de haber aplicado tormentos a personas privadas de su libertad en cárceles federales.

Un lamentable ejemplo:

Esto ocurrió en la causa en la que los integrantes del cuerpo de requisa de la Unidad n° 7 del Servicio Penitenciario Federal fueron indagados por imputárseles la comisión del delito de apremios ilegales (autos caratulados Zacarías, Guillermo Javier s/ denuncia, que tramitan bajo el número de causa n° 191/02 del registro del Juzgado Federal de Resistencia, provincia del Chaco, Argentina). Su defensa en dicha causa judicial fue asumida oficialmente por la auditora zonal del Servicio Penitenciario Federal de la zona norte, Dra. Sandra Wanich y por el auditor de la Unidad n° 7 Dr. Sergio Blanco.

Esta indebida práctica del Estado argentino es claramente contraria al deber de asegurar la imparcialidad de la investigación que deben recibir las denuncias de cualquier acto de tortura. Conspira de modo grosero contra la imparcialidad de la investigación judicial, que el Poder Ejecutivo nacional comisione a sus funcionarios más calificados en la zona para defender en dicha causa penal al personal ya indagado por la justicia por sospecharse su intervención en la imposición de apremios ilegales.

El carácter sistemático de esta práctica violatoria fue impuesto hace más de 30 años, cuando otra norma de facto, emanada de un gobierno dictatorial: el art. 37 inc. Ñ) de la citada ley de facto 20.416, garantizó como un "derecho" del personal penitenciario el:

"ser defendido y patrocinado con cargo de la Institución (el Servicio Penitenciario Federal) cuando la acción fuese entablada con motivo u ocasión del ejercicio de su función", lo que ocurre sin excepción cuando se denuncia la aplicación de tormentos en las cárceles atribuyendo la autoría a agentes penitenciarios, caso en el que la acción penal es entablada con motivo del ejercicio de sus funciones.

La práctica es aún más anómala y grave pues el personal al que se le asigna la tarea de defender en sede penal a los imputados en casos de tortura o malos tratos, tiene por cometido funcional habitual asesorar o instruir los sumarios administrativos en los que corresponde deslindar la responsabilidad administrativa en la que pueden haber incurrido los mismos imputados.

Normas similares rigen en la ley de facto que regula a la Policía Federal argentina (Decreto-Ley 333/58 y su decreto reglamentario de facto del año 1983). Es decir, también los funcionarios policiales acusados de aplicar tormentos tienen derecho a ser defendidos por abogados de la institución a la que pertenecen. Al menos, las causas por apremios ilegales ya no son

juzgadas por los procedimientos del Código de Justicia Policial ni en tribunales policiales, como ocurriera luego de la reforma constitucional de 1949, para eterna vergüenza de los constitucionalistas que lo favorecieron.

Por estos motivos considero que en la Argentina no se respetan los principios del Protocolo de Estambul en la investigación de las torturas impuestas en establecimientos penitenciarios federales o bonaerenses o en alcaidías policiales federales y bonaerenses, que encierran, respectivamente a un sexto y a la mitad de la población carcelaria total del país, lugares en los que la experiencia enseña que es posible que se apliquen tormentos.

Tampoco se ha avanzado en el incumplido compromiso de crear un mecanismo nacional de prevención de la tortura, conforme lo previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

Al menos, la investigación de los hechos pasados, ocurridos durante la última dictadura militar, cuenta con el impulso gubernamental, aspecto satisfactorio que no puede distraer la atención de los motivos de preocupación actual.

IEFyC

**"GUERRA Y GENOCIDIO
DE LA DIFERENCIACION A LA
CONVERGENCIA.
UN ESTADO DE LA CUESTION Y
ALGUNAS REFLEXIONES"**

Lic. Pablo Mestrovic

RESUMEN

Los conceptos de "guerra" y "genocidio" tuvieron orígenes muy diversos. Por un lado, la teoría moderna de la guerra parte de considerarla como un conflicto entre Estados nacionales con el objetivo de imponer la voluntad de unos sobre otros. El concepto de genocidio, por el contrario, tiene en su origen un carácter jurídico, se trata del aniquilamiento masivo de grupos humanos de diverso tipo. Sin embargo, los autores que desde las ciencias sociales, la militancia política o la teoría militar han estudiado tanto un fenómeno como el otro han concluido en señalar las semejanzas entre la guerra y el genocidio en cuanto a los propósitos que animan a sus participantes y los métodos empleados.

PALABRAS CLAVES:

Guerra, genocidio, conflicto social

ABSTRACT

The concepts of "war" and "genocide" had very different origins. On the one hand, the modern theory of war starts from regarding it as a conflict between national States with the aim of imposing the will of the ones on the others. The concept of genocide, on the other hand, has in its origin a legal nature; it is about the mass annihilation of human groups of several kinds. However, the authors that have studied both a phenomenon and the other from the social sciences, the political activism and the military theory have concluded pointing at the similarities between war and genocide both about the purposes of their participants and the methods used.

KEYWORDS:

War, genocide, social conflict

INTRODUCCION

En el presente artículo nos proponemos hacer un breve estado de la cuestión sobre el tratamiento de las expresiones de conflicto social denominadas "guerra" y "genocidio". El mismo nos permitirá señalar tanto lo problemático de ambos conceptos como la tendencia a la dilución de los límites entre uno y otro.

Al propio tiempo, intentaremos poner en cuestión lo que entendemos como intentos de ampliar o restringir excesivamente la aplicación de ambos conceptos, en perjuicio de su utilidad como herramientas para interpretar la realidad social.

En tal sentido, procuraremos analizar críticamente la homologación de los grupos políticos a otras categorías de grupos victimizados que permite ampliar la definición de "genocidio", tanto desde el punto de vista de las ciencias sociales como desde el jurídico. Igualmente intentaremos problematizar las redefiniciones del concepto de "territorio" que están implícitas en la delimitación de la "guerra" como objeto de estudio en las ciencias sociales contemporáneas, en particular en nuestro país.

SOBRE EL CONCEPTO DE GUERRA

El creador de la teoría moderna de la guerra es el militar prusiano Karl von Clausewitz. De su obra más conocida, *"De la guerra"* (Clausewitz, 2002), mencionaremos aquellos conceptos que son relevantes para el tema que nos ocupa. En primer lugar, Clausewitz define la guerra como "un acto de fuerza para obligar al adversario a acatar nuestra voluntad".

El objetivo de la guerra es, entonces, el desarme del enemigo. Esto se expresa en el aniquilamiento de las fuerzas enemigas, entendido como el final de su disposición a seguir combatiendo. Las fuerzas de un bando no se deben entender solamente en términos materiales (armamento, número de efectivos), sino en términos de "fuerzas morales" (valor, habilidad de los jefes militares).

Al propio tiempo, es necesario preservar el propio territorio. Esta es la función cumplida por la defensa, que implica el comienzo de la guerra, dado que la misma presupone la confrontación de dos fuerzas. Para el autor prusiano, la defensa es la acción más poderosa en la guerra, tanto por el conocimiento del terreno que tiene el defensor como por la posibilidad de que al agresor cometa errores y desgaste sus fuerzas. Al propio tiempo, la defensa hace más fáciles las maniobras envolventes.

Sobre la primacía de la defensa, es importante señalar en primer lugar que Clausewitz piensa la guerra en términos de una confrontación entre Estados nacionales, por lo cual presupone que ya existe un territorio para defender. La segunda cuestión es que en el momento histórico en que al autor prusiano escribe, el capitalismo no ha alcanzado aún su fase imperialista y todavía es posible confiar en la voluntad de los ciudadanos de defender los Estados nacionales. La voluntad de combatir es, en efecto, la principal de las "fuerzas morales", sin "intención hostil", no hay guerra.

Desde el pensamiento marxista, el aporte más destacado a la teoría de la guerra es el de Mao Tse Tung. El teórico chino se propone en sus diversos escritos, particularmente en "Problemas estratégicos de la guerra revolucionaria en China", descubrir las "leyes" que rigen la guerra revolucionaria.

Mao hace una distinción entre la guerra en general, que es "la forma más alta de lucha entre clases, naciones, Estados o grupos políticos", la "guerra revolucionaria" que procura terminar con la sociedad de clases y las causas de la guerra y la "guerra revolucionaria en China" que tiene características específicas. Estas características derivan del carácter "semicolonial" de China, el "desarrollo desigual" de su estructura social (combinación de relaciones de producción capitalistas y feudales, con predominio de las segundas) y la posición del Partido Comunista Chino, que ha conducido una "revolución agraria".

A partir de 1927, el Partido Comunista Chino había sufrido una fuerte represión en el ámbito urbano por parte del gobierno de Chiang Kai Chek. Por tal motivo, los comunistas chinos, con una fuerza militar rudimentaria, el Ejército Rojo, se habían hecho fuertes en distintas áreas rurales del sur del país. En estas zonas, que Mao denomina "bases de apoyo", el Partido había tomado el control del territorio a partir de actividades guerrilleras previas. En el periodo 1927-1935, el ejército regular chino lanzó contra el Ejército Rojo cinco campañas de "cerco y aniquilamiento". En la resistencia a estas campañas es que forjó Mao su teoría militar.

A fin de conservar las "bases de apoyo", el Ejército Rojo debe alternar la defensiva y la ofensiva, en el marco de la "defensiva estratégica". Cuando el ejército regular se debilita, producto de su penetración en las "bases de apoyo" donde carece del apoyo de la población, llegará el momento de la "contraofensiva estratégica". Este ciclo puede repetirse indefinidamente hasta que el Ejército Rojo pueda pasar a la ofensiva y el ejército regular tenga que afrontar la defensiva, lo cual le será mucho más difícil debido a su falta de apoyo popular.

También dentro del pensamiento marxista se ubica el análisis de Antonio Gramsci (Gramsci, 1985). El autor utiliza el concepto de guerra al mismo tiempo en términos metafóricos y literales. Esto se expresa en su análisis de los distintos momentos en las relaciones de fuerzas. En un primer momento, las relaciones de fuerzas son de carácter puramente objetivo y su determinación permite definir la posibilidad de realización de un proyecto político determinado. Un segundo momento, corresponde a las relaciones de fuerzas políticas, que refieren al nivel de autoconciencia y organización alcanzadas por un grupo social. La construcción de la fuerza política de un grupo social atraviesa a su vez por tres momentos. El primero es el económico-corporativo, donde los miembros de un grupo social reconocen como propios solamente los intereses de su grupo más inmediato (por ejemplo, intereses de los trabajadores de una rama industrial). En un segundo momento se toma conciencia de los intereses del conjunto del grupo social, pero en términos estrictamente económicos. En un tercer momento, finalmente, el grupo social en cuestión asume sus propios intereses, trascendiendo sus propios límites, y es capaz de asignarles un carácter universal. En ese momento una ideología determinada vence a las demás en una confrontación por la hegemonía y se constituye en "partido" del grupo social hegemónico.

El tercer momento es el momento militar. Aquí distingue Gramsci entre el momento político-militar y el técnico-militar. Un grupo social puede tener una relación de fuerzas técnico-militar muy desfavorable, pero al mismo tiempo puede construir una fuerza político-militar capaz de debilitar la fuerza técnico-militar del adversario.

Para Gramsci, las situaciones de paz son en realidad situaciones en las que un grupo social ha resultado victorioso en una guerra anterior, por lo cual la guerra puede resurgir en cuanto la hegemonía comience a ser cuestionada.

Al propio tiempo, Gramsci analiza la lucha de clases a partir de la teoría de la guerra. Así, la teoría de la "revolución permanente" de Trotski se relaciona con la "guerra de movimientos", que en términos políticos se asocia con el "ataque frontal" contra el Estado. En cambio, la "guerra de posiciones" refiere en el análisis de Gramsci a la conquista de los distintos espacios de la sociedad civil previa al asalto contra el Estado.

En nuestro país, diversos autores enmarcados en la tradición marxista han trabajado este tema. Nos concentraremos en dos de ellos, ya que entendemos que son los que más han construido conocimiento sobre el tema.

El primero, y quizá el más importante, es Juan Carlos Marín. Para este autor, la guerra no es un paréntesis entre períodos de paz. Por el contrario, a partir de la ruptura de la unidad original entre el hombre y la naturaleza (sus condiciones de existencia materiales), existe guerra en la medida en que unos grupos procuran apropiarse, por medio de la fuerza, de las condiciones de existencia de otros (Marín, 1995).

Marín parte del concepto clauswitziano de "fuerza moral". Las "armas morales" son, según este autor, más importantes que las "armas materiales", pues son las que permiten a una fuerza social adquirir estas últimas.

Por "armas morales" entiende tanto la decisión de combatir que tienen los integrantes de un bando en el marco de un enfrentamiento social, como la conciencia de la relación de fuerzas, las formas que toma el conflicto, etc. En el marco de la lucha de clases, estos elementos configuran la "conciencia de clase", entendida como la conciencia que tiene una clase de sus relaciones objetivas.

Entonces, la "conciencia de clase" es una "fuerza moral" que multiplica la "fuerza material" de los cuerpos, ya que utiliza esa fuerza de la forma más eficaz. Ahora bien, al utilizar el concepto de "cuerpo" Marín retoma el enfoque foucaultiano en cuanto a pensar la dominación social como mediada por los cuerpos. Es sobre los cuerpos de las clases dominadas sobre los que se ejerce el disciplinamiento social.

Retomando el concepto piagetiano de "toma de conciencia", Marín define como "cuadros" de una clase dominada a aquellos miembros de ella que separan sus "cuerpos" del "territorio" de la clase dominante. Al "tomar conciencia" de su situación de dominados, los cuadros comienzan a constituir el germen de un "territorio" social alternativo. Aquí Marín retoma el concepto de "territorio" desarrollado en el marco de la etología. El territorio es, entonces, aquel espacio en que se encuentran los "objetos gratificantes" (en otros términos, las condiciones materiales de existencia). Los grupos humanos establecen con el mismo diversas relaciones sociales que son las que terminan de definirlo.

Al comenzar a construir un "territorio" alternativo, la clase dominada crea las condiciones para el surgimiento de la "guerra". La "guerra", en este caso, entre clases, está definida por la voluntad de la clase dominante de recuperar el "territorio" (conjunto de relaciones sociales) perdido. Esta voluntad de guerra y, por tanto, de "aniquilamiento" se diferencia del ejercicio habitual de la vigilancia policial a partir de un período histórico específico, el que marca la transición del dominio del capital industrial al financiero (Marín, 1984).

Para ello se hace preciso aniquilar los cuerpos de los cuadros, destruir su "fuerza material". En este momento aparece el genocidio como parte de la guerra. Señala Marín que, en su voluntad de aniquilar los cuerpos que se han sustraído de la relación social de dominación, la clase dominante puede "equivocarse" y aniquilar más cuerpos de los necesarios. En este sentido, por ejemplo, interpreta Marín al Holocausto (Marín, 1995, p. 103).

El segundo es Fabián Nieves (1994). Siguiendo la orientación de Marín, Nieves profundiza sobre el concepto de "territorio". Como hemos visto, el territorio es un elemento central en el marco de la guerra como fenómeno social. La guerra es, en última instancia, la disputa por un territorio. Ahora bien, Nieves nos previene en su trabajo sobre la confusión existente entre el territorio como espacio "natural" (lo que él llama el "geoterritorio") y las relaciones sociales construidas en torno a él. El territorio es, entonces, una porción determinada de la superficie de la tierra más las relaciones sociales que determinado grupo humano establece con respecto a él.

A partir de esta puntualización inicial, el autor nos describe el proceso de construcción de los Estados nacionales como "territorios" de determinadas fracciones burguesas. Al propio tiempo, las otras clases sociales que se encuentran ubicadas en los "geoterritorios" ocupados por los Estados nacionales establecen una relación social con ellos, que se confunde con la relación de dominación de clase: es la "ciudadanía". A partir de la revolución burguesa, la guerra toma la forma del enfrentamiento entre Estados nacionales que disputan por "geoterritorios". Pero, al mismo tiempo, la división de la sociedad capitalista en clases permite el surgimiento de "territorios" alternativos al constituido por la burguesía.

La conformación de tales territorios comienza por la ruptura de la relación social entre los "cuerpos" de los miembros de la clase dominada y el "territorio" burgués. Estos "cuerpos" constituyen el embrión de un nuevo "territorio" que no necesariamente se ubica, en un primer momento, en un "geoterritorio" determinado.

Uno de los pocos textos que dan una descripción general de las guerras "irregulares" es *Viejas y nuevas guerras, asimetría y privatización de la violencia*, del politólogo alemán Herfried Munkler. Para este politólogo alemán, las particularidades de las "nuevas guerras" se podrían resumir en cuatro apartados.

El primero es la aparición de agentes no estatales como protagonistas de los conflictos armados. Esto incluye (además de los grupos insurgentes "tradicionales") tanto a las Compañías Militares Privadas (CMP), como a los "señores de la guerra" que han surgido en diversos conflictos intra-estatales, especialmente pero no exclusivamente en África. Al propio

tiempo, también es necesario incluir a las redes delictivas (especialmente de narcotraficantes) o "terroristas" (ponemos el término entre comillas para evitar la carga valorativa que conlleva). En cuanto a las CMP, se trata de una nueva versión de los antiguos mercenarios. Este tipo de empresas tienen una finalidad puramente comercial y pueden servir tanto a gobiernos reconocidos como a grupos insurgentes o empresas privadas.

Por su parte, los llamados "señores de la guerra", se trata de jefes de facciones políticas que, en el marco de guerras civiles prolongadas, pierden todo interés en tomar el poder y construir una nueva estatalidad (después de haber sido destruida la existente), ya que les resulta mucho más rentable explotar la situación de anarquía creada para llevar a cabo actividades económicas normalmente ilegales.

Finalmente, las redes delictivas internacionales, especialmente las del narcotráfico, constituyen actores no estatales por cuanto no procuran ejercer una dominación legítima, a pesar de que disponen de importantes recursos para el ejercicio de la violencia. En este apartado, podemos incluir también el análisis de Munkler sobre el "terrorismo internacional" representado para el autor por grupos como Al Qaeda. El "terrorismo internacional" se caracteriza por la particularidad de no buscar legitimidad para su causa, sino sólo la intimidación, la destrucción de la "fuerza moral" del enemigo.

En segundo término, las "nuevas guerras" se caracterizan por el abandono de todas las normas de derecho internacional, tales como las que establecen la división entre combatientes y no combatientes, la prohibición de la tortura, etc. En este sentido, los "crímenes de guerra" ya no son "excesos" cometidos por las fuerzas beligerantes, sino una parte fundamental del combate mismo.

El exterminio de poblaciones civiles, la destrucción de sus viviendas y medios de vida, la violación, etc., son tanto o más importantes para los participantes de las "nuevas guerras" (ya sean Estados o fuerzas no estatales) como el combate contra las fuerzas enemigas.

El surgimiento de "economías de guerra abiertas" es el tercer elemento relevante de las "nuevas guerras". Por tales entiende el autor a las formas de financiación de la guerra que ya no se basan en el apoyo de una población o un Estado determinados. Ahora, según sostiene Munkler, no es posible sostener una guerra sin fuentes de financiamiento tales como actividades delictivas organizadas.

El último elemento que, desde el punto de vista de Munkler, caracteriza a las "nuevas guerras" es la extensión espacio-temporal de los conflictos. En las "nuevas guerras" los bandos enfrentados no tienen necesariamente objetivos definidos (en algunos casos, como ocurre con los "señores de la guerra", el objetivo es seguir combatiendo indefinidamente), no se dan combates definitivos, las fuerzas enfrentadas no tienen necesariamente mandos centralizados capaces de definir una estrategia y decidir el final del conflicto.

A la vez que en el tiempo, los conflictos armados pueden extenderse también indefinidamente en el espacio, en virtud de formas de combate como el "terrorismo internacional" que no definen un teatro de operaciones determinado, o en virtud de la expansión de conflictos locales.

Como conclusión de las características de las "nuevas guerras" se puede señalar un resurgimiento de la "asimetría" como característica central de los conflictos armados. Las fuerzas no estatales no ponen límites espacio-temporales a su estrategia. A diferencia de los Estados, que están obligados (al menos en teoría) a actuar dentro de ciertos límites geográficos y no pueden vivir en una situación de guerra permanente, tales fuerzas pueden combatir en forma indefinida y traspasar los límites interestatales cuando lo consideren necesario.

La asimetría aparece entonces como la aplicación de estrategias totalmente distintas. De un lado, utilización de una vasta "fuerza material", sobre todo en términos de armamento y búsqueda de una definición (en lo posible, rápida) del conflicto. Del otro, limitación en el uso de la "fuerza material" (dependiendo de los recursos con que se cuente) y prolongación indefinida del conflicto.

SOBRE EL CONCEPTO DE GENOCIDIO

Antes de iniciar el estado de la cuestión sobre el fenómeno del genocidio queremos hacer el señalamiento de que la mayor parte de la bibliografía sobre el tema no está disponible en nuestro país (Feierstein, 2005a, p.9), lo cual además de demostrar el escaso interés que parece existir por el tema en el ámbito académico limita considerablemente el análisis de tal bibliografía habida cuenta de la imposibilidad de conocerla en forma directa.

El concepto de genocidio fue creado por el jurista Raphael Lemkin para describir la acción del régimen nacionalsocialismo sobre los países europeos ocupados por el Eje durante la Segunda Guerra Mundial. Lemkin (1944, citado en Folgueiro, 2004), en su obra *Axis Rule in the Occupied Europe* (La dominación del Eje en la Europa ocupada), define genocidio como "la destrucción de una nación o de un grupo étnico". Una definición similar fue adoptada por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en 1948. Dicha Convención define como genocidio el conjunto de acciones tendientes a destruir "total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Tales acciones consisten en: a) matanza de miembros del grupo, b) lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo, c) sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial, d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. En general, las definiciones jurídicas de genocidio enfatizan en la destrucción total o parcial de un grupo étnico, nacional o religioso, llevada a cabo por el Estado. En este aspecto se diferencia de las matanzas aisladas u otras medidas de represión estatal (Markusen, Bjornlund y Mennecke, 2005).

Sin embargo, las definiciones de "genocidio" varían desde la de Stephen Katz (Katz, 1994, citado en Jones, 2006), que considera un componente imprescindible la destrucción "total" del grupo victimizado hasta la de Israel W. Charny (1995, citado en Jones, 2006), que considera central que la matanza se realice "fuera del curso de operaciones militares". Frank Chalk y Kurt Johnasson (1990, citados en Jones, 2006), consideran imprescindible que la matanza sea "unilateral" (*one-sided*).

Otros autores, como el sociólogo británico Michael Mann (2001), limitan el concepto de "genocidio" al "asesinato masivo premeditado" que tiene por objeto la destrucción total del grupo victimizado. Este autor considera al genocidio como una forma extrema de un concepto más general, la "limpieza étnica por medio del asesinato" (*murderous ethnical cleansing*).

Así, cuando el aniquilamiento tenga como objetivo la sumisión de dicho grupo a la dominación del Estado perpetrador (en ese caso se trata de una "represión ejemplar"), o la expulsión de una región determinada ("deportación salvaje"), no existe genocidio. Al propio tiempo utiliza el concepto de "etnocidio" para denominar la muerte de gran parte de un grupo humano en forma no intencional. (Como producto de la destrucción producida por una guerra, el trabajo forzado, etc.)

Otros autores relativizan la asociación del genocidio con el Estado, debido a la frecuente presencia del "poder informal" de partidos políticos con proyectos genocidas. Tal es el caso de Vahakn Dadrian, investigador del genocidio armenio. Dadrian (2005) encuentra este fenómeno en tres de los genocidios más importantes del siglo XX: Armenia (Partido Itthihad), el Holocausto (nacional-socialismo) y Ruanda (Movimiento Nacional por la Revolución y el Desarrollo).

Adam Jones (2006), por su parte, considera que el genocidio puede también ser producto de acciones no dirigidas intencionalmente a destruir al grupo victimizado, pero que los perpetradores podían prever que producirían ese resultado (por ejemplo, el tráfico de esclavos europeo en África), o bien acciones de fuerzas no estatales (por ejemplo, ataques terroristas con grandes cantidades de víctimas).

Entre ellos se incluye el elemento definitorio del grupo victimizado (identidad nacional, religiosa, "raza" o ideología política). Para Barbara Harff (2005), cabe hacer una diferencia entre "genocidio" y "politicidio". El "politicidio" es el exterminio por parte de un Estado de aquellos grupos identificados con la oposición al régimen político vigente. Harff menciona como ejemplo de "politicidio" el aniquilamiento del grupo insurgente maoísta Janatha Vimukhti Perumuna (JVP) por parte del gobierno formalmente democrático de Sri Lanka a finales de los '80. La base social del JVP, principalmente campesina, fue masacrada por fuerzas parapoliciales hasta lograr la destrucción total del movimiento en 1989.

La exclusión de los grupos políticos como potenciales víctimas de genocidio por parte de la Convención de 1948 ha sido criticada por diversos expertos en la materia. El "Informe Revisado y Actualizado sobre la Cuestión de la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio", más conocido como Informe Whitaker (Whitaker, 1985) señala que la exclusión de los grupos políticos discrimina en forma injustificada entre dos sistemas de creencias, dado que los grupos religiosos están incluidos, al propio tiempo que abre la posibilidad de que los potenciales perpetradores argumenten la motivación "política" del exterminio de grupos protegidos. En dicho informe también se cuestiona la exclusión de otros grupos, tales como las minorías sexuales.

Por otro lado, para el sociólogo argentino Daniel Feierstein, uno de los principales investigadores sobre el tema en nuestro país, el genocidio no implica necesariamente el exterminio total de un grupo étnico, nacional o religioso. El autor critica severamente la exclusión de los grupos polí-

ticos de la definición de genocidio (Feierstein, 2004), dado que por un lado deja desprotegida a una categoría de víctimas y, por otro, ignora el carácter de construcciones sociales que tienen los grupos étnicos, religiosos o "raciales".

Feierstein utiliza este criterio en la interpretación del Holocausto (Feierstein, 2000a y b), el investigador argentino critica la imagen construida sobre este proceso genocida desde el sentido común, compartida por algunos académicos. Generalmente, el Holocausto es descripto como una masacre perpetrada por un régimen político demencial en perjuicio de un grupo étnico-religioso indefenso, y por esto mismo, todo lo contrario del exterminio de un "grupo político".

Sin embargo, el autor sostiene (Feierstein, 2000c y 2005b) que la definición de los judíos como un grupo "racial" en el discurso nacionalsocialista oculta la dimensión política potencialmente contestataria de la "judeidad", lo que el discurso nazi sintetizaba con el término "judeobolcheviquismo". Este concepto, conjunción de lo "racial" con lo político, tenía un anclaje real en la adhesión de una parte importante de las comunidades judías de Europa oriental a diversas corrientes de izquierda. Entre estas se destacaban el Bund (partido socialista surgido como la sección judía del Partido Socialdemócrata Obrero Ruso y luego escindido entre un sector socialdemócrata y otro filocomunista) y diversos partidos sionistas socialistas, así como los respectivos partidos comunistas nacionales, hecho que el autor enfatiza (Feierstein, 2000b) con motivo de la participación de tales corrientes en las rebeliones de los ghettos de Varsovia, Bialistok y Vilna.

En este trabajo en particular, Feierstein enlaza el análisis del genocidio con la teoría de la guerra. Al estudiar los procesos de resistencia al genocidio nazi el autor utiliza los esquemas de Clausewitz, Mao y Gramsci que ya hemos reseñado (Feierstein, 2000b).

Para Feierstein, la función del genocidio es resolver las contradicciones de la modernidad. El discurso de la Ilustración y la Revolución Francesa, con su contenido emancipatorio que legitima en su momento el enfrentamiento de la burguesía con la nobleza, lleva implícito el peligro de una radicalización que cuestione la existencia del propio capitalismo. Así, la igualdad es exclusivamente jurídica, la soberanía emana del pueblo, pero es ejercida en beneficio de una minoría, la autonomía se ve limitada por la coacción económica del capital (Feierstein, 2005b).

El problema de la igualdad se resuelve a través de la delimitación de "razas" consideradas inferiores y excluidas, por lo tanto, de la igualdad reconocida jurídicamente. Esta exclusión encontrará su expresión más radical, llegado el caso, en el exterminio total o parcial. La legitimidad del Estado moderno se basa en la soberanía para preservar la vida y la integridad de los ciudadanos, mediante la definición de los grupos potencialmente víctimas de genocidio como un peligro para la "salud" del "cuerpo social". Estos dos aspectos determinan la aparición del "genocidio constituyente", que procura suprimir a los grupos de cualquier tipo (étnicos, religiosos o políticos) excluidos en el proceso de construcción de los Estados-nación modernos (Feierstein, 2007).

Al propio tiempo, el problema de la autonomía se resuelve mediante el "genocidio reorganizador", al aniquilar determinadas prácticas y relacio-

nes sociales autónomas (Feierstein, 2005). Independientemente del criterio de selección del grupo victimizado, este autor considera al Holocausto un "genocidio reorganizador", en virtud de las implicancias contrahegemónicas de la "judeidad" que hemos analizado antes.

El "genocidio reorganizador" tiene por objetivo suprimir las relaciones sociales autónomas, potencialmente peligrosas para el orden social vigente. A tal fin se implementa la "lógica concentracionaria". El campo de concentración es un espacio de transformación de subjetividades, en el cual se intenta hacer retornar a los integrantes de los grupos victimizados a la situación anterior de heteronimia.

Cabe señalar que, desde el punto de vista de Feierstein (2007, pp. 342-344), el "genocidio reorganizador" se puede producir independientemente de que las fracciones sociales tomadas como objetivo hayan podido constituirse en una fuerza armada capaz de librar una confrontación en el terreno estrictamente militar. El propósito del "genocidio reorganizador" es la supresión de determinadas relaciones sociales, independientemente si ellas conducen o no a la conformación de una fuerza armada contraria al orden social vigente.

REFLEXIONES FINALES

Luego de haber realizado un breve estado de la cuestión podemos señalar varias cuestiones.

Como hemos visto, el concepto moderno de "guerra" es definido por Clausewitz en el contexto de la confrontación entre Estados nacionales con territorios físicamente delimitados. De allí la primacía de la defensa. Los soldados-ciudadanos que defienden "su" territorio nacional tienen una superioridad enorme en términos de "fuerza moral".

Desde el enfoque marxista, la teoría de la guerra experimentó un avance decisivo con las teorías de Mao (1968) sobre la "guerra popular prolongada" y Gramsci (1985) sobre los diversos estadios en la construcción de las fuerzas político-militares.

Ahora bien, Mao procuró explícitamente desarrollar una teoría de la guerra revolucionaria adecuada a las condiciones de China en la primera mitad del siglo XX. Es preciso no perder de vista este aspecto dado que la generalización de los aportes teóricos del revolucionario chino, en particular la primacía de la defensa, como paso previo a la consolidación estratégica y la ofensiva, no se pueden entender fuera del contexto histórico en que fueron desarrollados.

China era, en la década del '30 del siglo pasado, una sociedad con un bajo grado de unificación política y socioeconómica. Desde la caída del Imperio Manchú, el país había quedado repartido entre los "señores de la guerra" y amplias zonas escapaban a todo control estatal.

Desde el punto de vista económico, el "desarrollo desigual" dejaba unas pocas regiones, principalmente costeras, integradas en el sistema capita-

lista, mientras las áreas rurales, particularmente del norte, permanecían en un estadio precapitalista (Skocpol, 1990).

Esto explica que un movimiento insurgente pudiera arrebatarse determinadas regiones al control del Estado nacional y constituir un territorio no capitalista a defender. El concepto de "guerra prolongada", por otro lado, es perfectamente aplicable a lo que Munkler llama las "nuevas guerras" (ausencia de limitaciones temporales).

Por el contrario, la teoría gramsciana sobre la guerra tiene un carácter más general y procura definir principios aplicables a cualquier proceso de transformación social revolucionaria. Sin embargo, Gramsci no llega a explicitar de qué forma la construcción de una fuerza "político-militar" permite pasar al momento siguiente, el "técnico-militar" (Armamento material)

Un problema similar nos plantea la interpretación de Marín. Por un lado, Marín deja sin explicar el proceso que lleva del "armamento moral" al "armamento material", ya que precisamente es en esta dimensión (el control material sobre los cuerpos, el ejercicio de la coacción física) en que se dirige la "guerra" en general, y en este caso, la guerra entre clases.

Por el otro, Marín y Nieves recuperan el concepto clausewitziano de "territorio" (en el caso de Nieves con la denominación de "geoterritorio"). Efectivamente, como vimos anteriormente, la relación social establecida por un grupo humano con un territorio determinado es un factor fundamental en la construcción de la "fuerza moral". Pero, al mismo tiempo, al pensar el territorio como "construcción social", ambos autores pierden de vista la necesidad de que los "territorios alternativos" de las clases dominadas adquieran un sustento material, un "geoterritorio" (lo que Mao llamaría una "base de apoyo")

Por otro lado, la interpretación de Marín sobre el Holocausto como una "equivocación" a la hora de seleccionar los "cuerpos" a aniquilar, es por lo menos discutible. Existe una diferencia cualitativa y no sólo cuantitativa entre el exterminio de un grupo étnico-religioso conformado por millones de personas con métodos "industriales" (cámaras de gas, crematorios) y la eliminación física de unas decenas o a lo sumo cientos de miles de "cuadros".

El concepto de "genocidio", por su parte, surge históricamente asociado al exterminio de grupos humanos motivado por definiciones esencialistas de los mismos (particularmente el concepto de "raza"). La aplicación del mismo a grupos humanos definidos por una práctica común, en particular los grupos políticos, fue un motivo de discusión, tanto en el ámbito jurídico (Folgueiro, 2004), como el de las ciencias sociales (Harff, 2005). Para algunos de los autores que hemos reseñado, en particular Feierstein (2007), la distinción entre grupos políticos y los otros tipos de grupos como víctimas del delito de "genocidio" es inadecuada metodológicamente y éticamente condenable. Como hemos visto, aducen el carácter de construcción social que tiene la "raza" y conceptos similares utilizados para legitimar el exterminio de grupos humanos.

El problema que plantea esta distinción es complejo. Por un lado, el concepto de "raza" es socialmente construido. Pero, precisamente, la legiti-

mación de los genocidios "raciales" descansa sobre la ocultación de la construcción social de este concepto. Para el perpetrador de un genocidio "racial" no es posible "reorganizar" las relaciones sociales en un sentido heterónomo, puesto que los conflictos sociales se explican y, consecuentemente, deben ser resueltos, en términos biológicos, mediante el exterminio total de las "razas" consideradas "peligrosas".

En cuanto a la racionalidad que pretende encontrar Feierstein en el discurso nacionalsocialista sobre el "judeobolcheviquismo", el mismo autor señala la dificultad que tuvieron las organizaciones de izquierda presentes dentro de la población judía de Europa oriental para conquistar la hegemonía dentro de la misma y hacer que tomara conciencia del riesgo de exterminio que corría (Feierstein, 2000b). Cabe, en tal caso, un cuestionamiento a la interpretación de Feierstein ¿puede explicarse el exterminio de un grupo étnico en función de su adhesión a determinadas corrientes políticas si esta no llegó a ser mayoritaria sino cuando el mismo ya estaba muy avanzado?

Por otra parte, cabe hacerle a Feierstein la misma crítica que a Marín. Si se trataba simplemente de acabar con los movimientos políticos más o menos contestatarios que proliferaban entre la población judía de Europa oriental (y en este punto cabe hacer una importante distinción entre los partidos comunistas y el Bund, por un lado, que propugnaban distintas formas de transformación social dentro de Europa y el sionismo socialista, por el otro, cuyo proyecto político no iba más allá de establecer un Estado "socialista"...en Palestina) (Leon, 2002), ¿por qué montar una infraestructura destinada al exterminio total de dicha población?

Al propio tiempo, la inclusión de los "grupos políticos" como potenciales víctimas del genocidio implica potencialmente la criminalización de toda clase de confrontación política. En este sentido, casi cualquier proceso de transformación social radical podría ser rotulado como "genocida", empezando por la Revolución Francesa. De hecho, en los últimos años algunos sectores de la derecha católica francesa han calificado de "genocidio" la represión de la rebelión monárquica de La Vendée (Samuel, 2008).

A la inversa, las conceptualizaciones de genocidio excesivamente limitadas también son discutibles desde el punto de vista científico y político. Michael Mann (2001) al desarrollar una serie de conceptos tales como el de "deportación salvaje", para denominar formas de ejercicio de la violencia estatal que indudablemente implican la destrucción de grupos étnicos o nacionales, por un lado, complica innecesariamente el análisis de este tipo de fenómenos y, por otro, brinda argumentos para la minimización de los procesos genocidas. Además, la utilización que Mann hace del concepto de "etnocidio" no tiene ningún sustento en el discurso académico. "Etnocidio" es la destrucción de la especificidad cultural de un grupo étnico (Harris, 1994) y, lo más relevante, no constituye un delito internacional a pesar de algunos intentos de instituirlo como tal (Folgueiro, 2004).

Las limitaciones que otros investigadores señalan a la hora de definir el genocidio en términos científicos y jurídicos presentan también aspectos discutibles. Si se requiere que la destrucción del grupo victimizado sea "total" (Katz, 1994, citado en Jones), se reduciría enormemente la cantidad de matanzas masivas que pueden ser calificadas como "genocidios". El requisito de unilateralidad, planteado por Chalk y Johnasson (1990, cita-

dos en Jones, 2006), haría imposible calificar como "genocidio" a las matanzas de la ex Yugoslavia, ya que todos los bandos enfrentados practicaron, en la medida de sus posibilidades, la "limpieza étnica" (véase Munkler, 2005). Si se trata, como plantea Charny (1995, citado en Jones, 2006) de matanzas perpetradas fuera de las operaciones militares, se pierde de vista la creciente importancia de la matanza de poblaciones civiles en las guerras contemporáneas (Munkler, 2005).

La definición del propio Adam Jones (2006) al incluir a fuerzas no estatales, tales como grupos terroristas, como perpetradores, pierde de vista la asimetría que existe entre los Estados y tales fuerzas. Al propio tiempo, si el tráfico de esclavos transatlántico puede ser considerado una práctica "genocida", independientemente de que su finalidad fuese exclusivamente el lucro, se podría plantear lo mismo respecto al narcotráfico, tráfico de personas, etc. actuales, en virtud de los efectos que tienen sobre las sociedades que los sufren. Nuevamente existe el peligro de diluir el concepto de "genocidio" hasta quitarle toda relevancia.

Por otro lado, la distinción entre "guerra" y "genocidio reorganizador" que hace Feierstein refiere a la falta de la constitución del grupo victimizado en una fuerza militar. Lo que en términos de Gramsci (1985), implica alcanzar el "momento político-militar".

Sin embargo, Munkler (2005) distingue las "nuevas guerras" por la falta de constitución de fuerzas armadas con mandos centralizados ni propósitos de alcanzar legitimidad política, la "asimetría" entre los bandos enfrentados y el aniquilamiento de la población civil como forma principal de combate.

En este sentido es que las "nuevas guerras" se confunden prácticamente con los genocidios, ya que la destrucción de un grupo humano, ya sea éste nacional, étnico, religioso, político o varios de estos tipos simultáneamente, es la base misma del conflicto bélico. No se trata ya de una confrontación entre fuerzas armadas, sino entre grupos humanos de distinta índole.

De esta forma, el análisis que hace Munkler de las "nuevas guerras" nos permite ver que la distinción entre "guerra" y "genocidio" tiende casi a diluirse y el genocidio puede interpretarse como un caso extremo de "guerra asimétrica".

Volviendo sobre el análisis de Marín (1995), el genocidio estaría incluido en el contexto amplio de la "guerra" como una realidad que atraviesa todo el ámbito de lo social. Así como el aniquilamiento de los cuerpos del grupo humano enemigo, cualquiera que este sea, permite recuperar el territorio del grupo propio, el aniquilamiento de los cuerpos insumisos permite a la burguesía reconquistar el "territorio" social perdido. El "genocidio reorganizador" en la clasificación de Feierstein, corresponde a este último fenómeno, que coincide con el aniquilamiento en el sentido clausewitziano (Clausewitz, 2002), que presupone la destrucción de la fuerza moral, es decir, una transformación de la subjetividad en el sentido de la heteronimia ("acatar nuestra voluntad").

Por esto es que podemos aventurar las siguientes conclusiones. Por un lado, la ampliación excesiva de la definición de "guerra" hasta abarcar casi cualquier clase de conflicto social y su conclusión lógica de una so-

ciudad en estado de guerra permanente, como se percibe en la obra de Juan Carlos Marín (1995). Esta definición puede resultar muy válida como toma de posición política, pero resulta extremadamente improductiva a la hora de diferenciar la guerra de otros fenómenos sociales, y conlleva una simplificación excesiva de la realidad social en un sentido hobbesiano.

Por otro lado, la ampliación del concepto de "genocidio" respecto a los límites impuestos por la definición originalmente establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Genocidio de 1948 conlleva, independientemente de las intenciones que pueda tener, una deformación de conceptos tales como el de "grupo étnico o nacional" (Feierstein, 2004), o bien la dilución del concepto de genocidio hasta abarcar cualquier matanza masiva (Jones, 2006). La restricción del concepto de genocidio hasta abarcar sólo unos pocos casos extremos, puede llevar a la conclusión tranquilizadora pero poco productiva en términos científico-sociales de que "ya no hay genocidios".

Finalmente, los intentos de distinguir la "guerra" del "genocidio" a partir de determinadas características, tales como la finalidad perseguida por las fuerzas sociales participantes en tales fenómenos, así como la relación de fuerzas entre las mismas, resultan, al menos, problemáticos, mucho más cuando se aplican al análisis de hechos históricos recientes (como la guerra/genocidio en la ex Yugoslavia de los años '90) que al de aquellas confrontaciones sociales de los siglos XIX y XX que acompañaron el surgimiento (al menos en su acepción moderna) de los conceptos que han constituido el tema de este artículo.

IEFyC

BIBLIOGRAFIA:

- Clausewitz, Karl von. De la guerra. [en línea] 2002 Buenos Aires. Librodot. Disponible en <http://www.librodot.com>
- Dadrian, Vahakn (2005). "Configuración de los genocidios del siglo veinte. Los casos armenio, judío y ruandés", en Feierstein, Daniel (comp.) "Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad". EDUNTREF. Caseros.
- Feierstein, Daniel (2000a) "A modo de introducción: el genocidio como práctica social", en Feierstein, D. (comp.) Seis estudios sobre genocidio. EUDEBA. Buenos Aires.
- (2000b). "Los movimientos de resistencia judía en los guetos de Europa Central: reflexiones sobre las relaciones de fuerzas", en Feierstein, Daniel (comp.). Seis estudios sobre genocidio. EUDEBA. Buenos Aires.
- (2000c). "Las formas de realización de las prácticas genocidas", en Feierstein, D. (comp.) Seis estudios sobre genocidio. EUDEBA. Buenos Aires.
- (2004). "La violencia política en la Argentina y su peculiaridad genocida", en Feierstein, Daniel y Levy, Guillermo (comps.). Hasta que la muerte nos separe. Poder y prácticas sociales genocidas en América Latina.. Ediciones Al Margen. La Plata.
- (2005a) "Introducción", en Feierstein, Daniel (comp.). Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad. EDUNTREF. Caseros.
- (2005b). "El fin de la ilusión de autonomía. Las contradicciones de la modernidad y su resolución genocida", en Feierstein, Daniel (comp.). Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad. EDUNTREF. Caseros.
- (2005c) "Algunas discusiones en torno a las lógicas de la causalidad en los modos de explicación del genocidio nazi", en Feierstein, D. Genocidio: la administración de la muerte en la modernidad. EDUNTREF. Caseros.
- (2007). El genocidio como práctica social, entre el nazismo y la experiencia argentina. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- Folgueiro, Hernán L (2004) "El crimen de genocidio en el Derecho Internacional", en Feierstein, D. y Levy, G. Hasta que la muerte nos separe. Poder y prácticas sociales genocidas en América Latina. Ediciones Al Margen. La Plata.
- Gramsci, Antonio (1985). Notas sobre la política, Maquiavelo y el Estado moderno. Nueva Visión. Buenos Aires.
- Harff, Barbara (2005) "¿No se aprendieron las lecciones del Holocausto?. Evaluando los riesgos de genocidio y matanzas políticas desde 1955", en Feierstein, D. (comp.) Genocidio: la administración de la muerte en la modernidad. EDUNTREF. Caseros.
- Harris, Marvin (1994). Introducción a la antropología general. Alianza. Madrid.
- Izaguirre, Inés (2004) "La Doctrina de Seguridad Nacional: ayer y hoy", en Hasta que la muerte nos separe. Poder y prácticas sociales genocidas en América Latina. Ediciones Al Margen. La Plata.
- Jones, Adam [en línea]. 2006. Genocide: A Comprehensive Introduction. www.genocidetext/gaci_origins.
- Leon, Abram [en línea]. 2002. The Jewish Question: A Marxist Interpretation. www.marxist.org.

- Mann, Michael. The dark side of democracy [en línea]. 2001. Disponible en www.theglobalsite.ac.uk.
- Mao Tse Tung (1968). Problemas estratégicos de la guerra revolucionaria en China. Pekín. Ediciones en Lenguas Extranjeras.
- Marín, Juan Carlos (1984). Los hechos armados. CICSO. Buenos Aires.
- Marín, Juan Carlos (1995). Conversaciones sobre el poder: una experiencia colectiva. Instituto de Investigaciones Gino Germani. Oficina de Publicaciones del Ciclo Básico Común.
- Markusen, Eric, Bjornlund, Matthias y Mennecke, Martin (2005). "¿Qué es el genocidio? En la búsqueda de un denominador común entre definiciones jurídicas y no jurídicas", en Feierstein, Daniel (comp.). Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad. EDUNTREF. Caseros.
- Munkler, Herfried (2005) Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia. Paidós. Buenos Aires
- Nievas, Flabián. (1994) "Hacia una aproximación crítica a la noción de 'territorio'". Revista Nuevo Espacio. N° 1.
- Organización de las Naciones Unidas. [en línea] 2008. Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio./www.preventgenocideinternational.org
- Samuel, Henry (2008, December 26). "French Vendeean call for revolution massacre to be termed 'genocide'". The Daily Telegraph. London. www.dailylegaph.co.uk.
- Skocpol, Theda (1990). Los estados y las revoluciones sociales. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- Whitaker, Benjamin. [en línea] 2008. Informe Revisado y Actualizado sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio./www.preventgenocideinternational.org.

Del SIJP al SIPA
***Cambios recientes en el sistema
de previsión social argentino***



Gabriel Calvi*

Elsa Cimillo**

* Gabriel Calvi, Lic. en Sociología y en C. Política (UBA), docente-investigador de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, director del proyecto UBACyT “Modelo de dólar alto y distribución del ingreso. Un estudio de la desigualdad en la Argentina de la post-convertibilidad” (gcalvirodiles@hotmail.com).

** Elsa Cimillo, Lic. en Economía (UBA) (ecimillo@hotmail.com).

Resumen

En este trabajo se analiza la evolución de distintos indicadores relativos al sistema de previsión social (cotizantes, beneficios, tasas de aportes y contribuciones, ingresos, erogaciones, haberes, entre otros) con el objeto de determinar el impacto de la reforma de 1993: un notable deterioro de las condiciones de retiro de los asalariados, una significativa reducción del costo salarial son los principales elementos que emergen del análisis propuesto. Asimismo, se realizan simulaciones que permiten identificar la masa de recursos que dejó de percibir el Estado y que fueron captados por el sector financiero, parte de la cual, más tarde o más temprano, volvería a las arcas del tesoro nacional -para cubrir el déficit en el sistema previsional- bajo la forma de deuda pública, realimentando así la expansión de la valorización financiera en la economía. Por último, un análisis de la reformulación reciente -en comparación con las principales características de los dos sistemas que estuvieron vigentes sucesivamente desde 1968 y 1993- nos faculta para dar cuenta de cambios y continuidades en la materia de previsión social.

Los indicadores empleados en este trabajo fueron elaborados con datos provenientes de: MTESS, SAFJP y MECON. Asimismo, debidamente fueron consultadas distintas fuentes normativas: leyes 18.037, 18.038, 24.241, 24.463, 25.994, 26.222, 26.417, 26.425 y decretos 78/94, 525/95, 833/97, 491/2004, entre otros.

Introducción

Como parte de un proceso de virtual *privatización de la cuestión social* y en el marco de las opciones de política de corte neoliberal que predominaron en la década de pasada, fue instaurado hacia el año 1994 un sistema previsional de carácter mixto -el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP)- que reemplazaba al sistema anterior, vigente desde fines de los años sesenta -el Sistema Nacional de Previsión Social-, y contemplaba dos tipos de regímenes de retiro. Un régimen privado de capitalización individual de aportes era instaurado ahora como alternativa 'opcional' a un régimen público que, aunque modificado en múltiples aspectos, mantendría su organización en torno al principio tradicional de solidaridad intergeneracional.

A casi quince años de vigencia del sistema previsional mixto implantado en los '90, la reciente re-estatización del subsistema de capitalización nos sirve de excusa para evaluar las principales consecuencias derivadas de la reforma previsional de 1993, así como las alteraciones que representa el nuevo esquema. En este trabajo se analiza la evolución de distintos indicadores relativos al sistema de previsión social (cotizantes, tasas de aportes y contribuciones, ingresos, beneficiarios, haberes, erogaciones, entre otros) con el objeto de determinar el impacto de la reforma de 1993. Asimismo, se realizan simulaciones que permiten identificar la masa de recursos que dejó de percibir el Estado y que fueron captados por el sector financiero, parte de la cual -más tarde o más temprano- volvería a las arcas del tesoro nacional bajo la forma de deuda pública, realimentando así la expansión de la valorización financiera en la economía. Por último, un análisis de la reformulación reciente nos faculta para dar cuenta de cambios y continuidades en la materia de previsión social.

Los indicadores empleados en este trabajo fueron elaborados con datos provenientes de: MTESS, SAFJP y MECON. Asimismo, fueron debidamente consultadas distintas fuentes normativas.²⁰

Antecedentes del SIPA: del SNPS al SIJP

Normativamente uniformado desde fines del año 1968 en torno a dos piezas de legislación -la ley 18.037 y la ley 18.038, relativas a regímenes de asalariados y autónomos, respectivamente-, el Sistema Nacional de Previsión Social (SNPS), de carácter contributivo y obligatorio, había establecido las condiciones de retiro de la amplia mayoría de la población activa del país. Fundado en un principio de solidaridad intergeneracional -los aportes de los trabajadores en actividad financiaban los haberes de aquellos en situación de retiro-, el sistema estaba orientado a garantizar ingresos a trabajadores asalariados y autónomos retirados de su actividad -o a sus deudos- a través de varios conceptos alternativos: jubilaciones ordinarias -para mujeres de al menos 55 años o varones de 60 y más años, con un mínimo de 30 años de servicios computables-; prestaciones

²⁰ Nos referimos a las leyes 18.037, 18.038, 24.241, 24.463, 25.994, 26.222, 26.417 y 26.425 y a los decretos 78/94, 525/95, 833/97, 491/2004, entre otros cuerpos legales y reglamentarios.

por edad avanzada -para aquellos que alcanzaran los 65 años y acreditaran al menos 10 y hasta 29 años de servicios-; jubilaciones por invalidez -para quienes hubiesen resultado incapacitados totalmente en ejercicio de su actividad-, y pensiones por fallecimiento -destinadas los deudos del beneficiario previsional o trabajador en actividad.

A grandes rasgos, en este sistema los haberes correspondientes a las prestaciones previsionales guardaban una estrecha relación con los ingresos percibidos durante el período de actividad: las jubilaciones ordinarias o por invalidez, por ejemplo, representaban entre un 82% y un 70% del promedio de las remuneraciones actualizadas percibidas durante los tres años más favorables,²¹ continuos o discontinuos, comprendidos dentro de los últimos diez años anteriores al cese; las prestaciones por edad avanzada significaban entre un 50% y un 69%, y los haberes de aquellos titulares de pensiones por fallecimiento ascendían al 75% de la prestación que recibía -o hubiese recibido en caso de defunción prematura- el causante más un 5% por hijo, siempre que no se supere el 100% del haber del causante.²² Previendo el efecto de la evolución de los precios internos sobre el poder de compra de estos haberes, ambas leyes establecían un sistema de movilidad centrado o bien en la evolución del nivel general de los salarios (artículo 51 de la ley 18.037), o bien en la correspondiente a las distintas categorías de autónomos (artículo 38 de la ley 18.038).

Las principales fuentes de financiamiento del sistema eran las contribuciones de los empleadores y los aportes de asalariados y autónomos. En lo que respecta a la ley 18.037, las tasas de contribuciones y aportes no eran fijadas por ley, quedando como prerrogativa del Poder Ejecutivo, no obstante lo cual tendieron a significar un 16% y un 10% de las remuneraciones, respectivamente; el Ejecutivo también quedaba facultado para determinar el monto máximo de la remuneración sujeta a contribuciones y aportes.²³ En el caso de los aportes al sistema por parte de los autónomos, éstos sí quedaban determinados como el 10% de los ingresos de cada una de las catorce categorías definidas en el artículo 10 de la ley 18.038, ingresos que serían anualmente actualizados; el Poder Ejecutivo quedaba en condiciones de ampliar el listado de categorías y de incrementar el porcentaje de los aportes, sin que el mismo excediese el 15%.

Este régimen previsional diseñado en 1968, cuyo financiamiento había entrado en crisis desde los primeros años de la década de 1980,²⁴ fue objeto de una profunda restructuración en el año 1993. La ley 24.241 instauró un nuevo sistema de carácter mixto -el Sistema Integrado de Jubilaciones y

²¹ Por 30 años de aportes se reconocía el 70%, el 12% restante correspondía a un 1% por cada año de aporte adicional a los 30 exigidos. Cf. artículo 45 de la ley 18.037 y artículo 33 de la ley 18.038.

²² Artículos 46 y 50 de la ley 18.037 y artículos 34 y 37 de la ley 18.038.

²³ Cf. en ambos casos, artículo 10 de la ley 18.037.

²⁴ La imposibilidad del sistema de cubrir -con recursos propios (aportes personales y contribuciones patronales)- las prestaciones comprometidas tenía su origen en distintos factores: la caída de la masa salarial -experimentada desde mediados de la década de 1970-, la supresión de las contribuciones patronales -operada durante la gestión económica de Martínez de Hoz- y el incremento del empleo no registrado en la seguridad social -tendencia observable desde principios de los años '80-, entre otros.

Pensiones (SIJP).²⁵ El SIJP contemplaba dos tipos de regímenes de retiro: un subsistema de capitalización individual de aportes daría lugar a la conformación de una cuantía de empresas privadas gestoras de fondos de jubilación y pensión (AFJP) que tendrían, en adelante, la responsabilidad de administrar los aportes de sus afiliados a cambio de elevadas comisiones; un régimen de reparto que mantendría su organización en torno al principio de solidaridad intergeneracional y quedaría a cargo del Estado. El nuevo sistema tendía a romper con el principio de solidaridad no sólo por la implementación de un régimen de capitalización individual, sino también por una cláusula de "opción presunta": en caso de que los aportantes no ejercieran la "libre" opción entre alguno de los dos subsistemas (de capitalización o de reparto), se presumía su elección por el de capitalización y sus aportes eran girados a una AFJP.²⁶ Cabe señalar también que las consecuencias que conllevaba la opción por alguno de estos dos subsistemas eran claramente asimétricas: mientras que quienes se decidían por el régimen público de reparto conservaban siempre la posibilidad de afiliarse más adelante a alguna AFJP, aquellos que "optaban" por el régimen privado se verían impedidos a ingresar (o reingresar) al de reparto. Se generaba así una suerte de "mercado cautivo" de aportantes para el subsistema privado, que quedaba, en todo momento, en condiciones de seguir absorbiendo cotizantes del régimen de reciprocidad.

En lo que a los haberes previsionales refiere, en el régimen de capitalización los mismos dependían de las cuentas de capitalización individual (aportes y rentabilidades logradas por las inversiones de cada AFJP).²⁷ En el sistema público de reparto los haberes quedaban determinados por cinco conceptos: una prestación básica universal (PBU) para las mujeres y varones de 60 y 65 o más años, respectivamente, elevándose así en cinco años la edad de retiro, y acreditaran 30 o más años de servicios computables; un adicional por permanencia para aquellos que hubiesen optado por el sistema de reparto; una prestación compensatoria a cargo del Estado para quienes habiendo integrado el sistema anterior (SNPS) optaran por pasar al régimen privado;²⁸ un retiro por invalidez, y una pensión por fallecimiento. La pensión por edad avanzada, eliminada originalmente del sistema, sería reimplantada hacia el año siguiente con la ley de Solidaridad Previsional (24.463), pero elevando el requisito etario a los 70 años.

A diferencia de lo instituido en el sistema anterior (SNPS), la determinación del monto de las prestaciones del régimen público tenía como resultado un claro distanciamiento entre los haberes y los ingresos en período de actividad. En primer lugar, el haber inicial seguía dependiendo del promedio de las remuneraciones percibidas de los últimos 10 años de servicio, pero se omitía la cláusula de los tres años con mejor remunera-

²⁵ Esta ley tampoco significó una homogeneización completa del sistema previsional pues, no obstante intentaron ser derogados mediante el decreto 78 de 1994, quedan aún hoy vigentes otros regímenes especiales garantizados con fuerza de ley (como el del Servicio Exterior de la Nación, el de Docentes Nacionales y el de Investigadores Científico y Técnicos).

²⁶ Cf. artículo 39 de la ley 24.241.

²⁷ Cf. artículo 91 de la ley 24.241.

²⁸ Este mecanismo consistía en una prestación compensatoria del 1,5% del promedio de las remuneraciones percibidas -y actualizadas- durante los últimos 10 años, por cada año aportado al SNPS, considerando 35 años como máximo para el cómputo.

ción; además en el cómputo se incluían los eventuales períodos de inactividad (sin ingresos), que reducían necesariamente el ingreso de base. La ley preveía, asimismo, la actualización de las remuneraciones sobre las que se establecía el ingreso base y delegaba en la ANSES su reglamentación. A partir del año 1995, con el dictado de la resolución 140 de la ANSES, el coeficiente de actualización de los salarios se fija en 1. Esta "no actualización" de los salarios para el cómputo del ingreso base tendrá vigencia hasta abril de 2008.

Pero en esta etapa la principal causa del distanciamiento entre remuneraciones y haberes era que estos últimos quedaban atados a una nueva figura legal: el aporte medio previsional obligatorio o AMPO. El AMPO representaba el promedio de los aportes personales del conjunto de los trabajadores en actividad y era computado en los meses de marzo y septiembre. Sujetos a este novedoso concepto quedaba el monto de la PBU, por ejemplo, determinado como el valor de 2,5 AMPOs. Por su parte, la prestación por permanencia se computaba como el 0,85% del promedio de las remuneraciones actualizadas de los últimos 10 años de servicio activo, por cada año de aporte (con un máximo de 35 años de aporte para el cómputo). Sumadas, la PBU y la prestación por permanencia, determinaban un haber de entre el 53% y el 57% para aquellas personas con remuneraciones cercanas al promedio imponible. En cualquier caso el haber resultaba notablemente inferior al porcentaje que establecía el sistema anterior (entre 70% y 82%). Más aún, el monto resultante no podía superar el equivalente a un AMPO por año de aporte, es decir, el equivalente a 35 AMPOs.²⁹ Por su parte, la versión aprobada en 1993 establecía, en su artículo 125, un haber mínimo garantizado por el Estado equivalente a 3,66 AMPOs para los pasivos de ambos regímenes, e instauraba un nuevo sistema de movilidad para los haberes de reparto definido por la evolución del AMPO. Ulteriores reformas al sistema³⁰ tendrían consecuencias más desfavorables para la clase pasiva: a partir del año 1995 la movilidad y el haber mínimo serían definidos por la ley de presupuesto;³¹ en 1997, por decreto,³² se sustituye el AMPO por el MOPRE, cuyo valor quedaría fijado anualmente de acuerdo a las posibilidades emergentes del presupuesto público.³³

En materia de financiamiento, a diferencia de lo establecido por el SNPS, la proporción de los ingresos de los cotizantes, sean asalariados o autónomos, que estarían destinados a financiar el SIJP quedaba fijada por ley:³⁴ los trabajadores en relación de dependencia aportarían un 11% de sus remuneraciones; los empleadores contribuirían con un 16% de la masa salarial imponible, y los autónomos destinarían al sistema un 27% de la renta de la categoría. Cabe considerar también que la base imponible para los aportes y las contribuciones tenía límites estrictos: 3 AMPOs como

²⁹ La prestación compensatoria también tenía como límite 1 AMPO por año de servicio activo, y las prestaciones por invalidez y fallecimiento no podrían exceder el monto de una PBU sumada a una prestación compensatoria (calculada sobre el período de actividad).

³⁰ La principal modificación tiene su origen en la Ley de Solidaridad Previsional (24.463).

³¹ El haber mínimo fue fijado en \$150 por el decreto reglamentario de la ley 24.263 (decreto 525/95) y los haberes se mantuvieron congelados hasta el año 2003.

³² Decreto 833/97

³³ Posibilidades bastante limitadas según parece, pues fue congelado en un valor de \$80.

³⁴ Cf. artículo 11 de la ley 24.241.

mínimo imponible y 60 como máximo.³⁵ Mientras que el subsistema de capitalización quedaría financiado exclusivamente por los aportes personales de sus futuros beneficiarios (el total de los aportes personales de los asalariados sobre la remuneración imponible y, en el caso de los autónomos, el 11% de los aportes sobre los ingresos de la categoría), el de reparto contaría, además de los aportes de sus cotizantes, con las contribuciones patronales correspondientes a ambos subsistemas y con el 16% de los aportes de los autónomos. El destino diferencial de los recursos del sistema tendía a garantizar recursos para hacer frente al pago de las prestaciones de sistemas anteriores, que quedaban a cargo del Estado.

A pesar de esta particular distribución de los recursos, ya en los primeros años de vigencia del SIJP se hizo evidente que el sistema público no lograría captar la masa de fondos necesaria para cubrir las prestaciones a su cargo. Por esta razón fueron adicionados para complementar sus fuentes de financiamiento un conjunto de recursos tributarios, previo acuerdo con las provincias: la ley de Solidaridad Previsional (24.463) dispuso, en marzo de 1995, afectar en este sentido fundamentalmente a parte de la recaudación por el impuesto a los bienes personales y a otros recursos adicionales que fijare el Congreso en la ley de presupuesto (artículo 4).

Evolución del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones

Primer decenio de vigencia del SIJP (1994-2002)

Una de las primeras consideraciones que, del lado de los recursos, se desprenden del análisis de la evolución del SIJP es la relativa a la distribución de los cotizantes entre los dos regímenes previstos. En este sentido, desde los primeros años de implementación, incluso hasta el año 2004, se observa una clara tendencia a la concentración de aportantes en el régimen de capitalización: de un punto de partida bastante repartido entre los dos subsistemas -en 1994 el régimen de capitalización contaba con algo más del 50% de los cotizantes-, progresivamente el régimen privado fue ampliando su alcance, superando en el año 1999 el 80% del total de cotizantes (Gráfico 1).

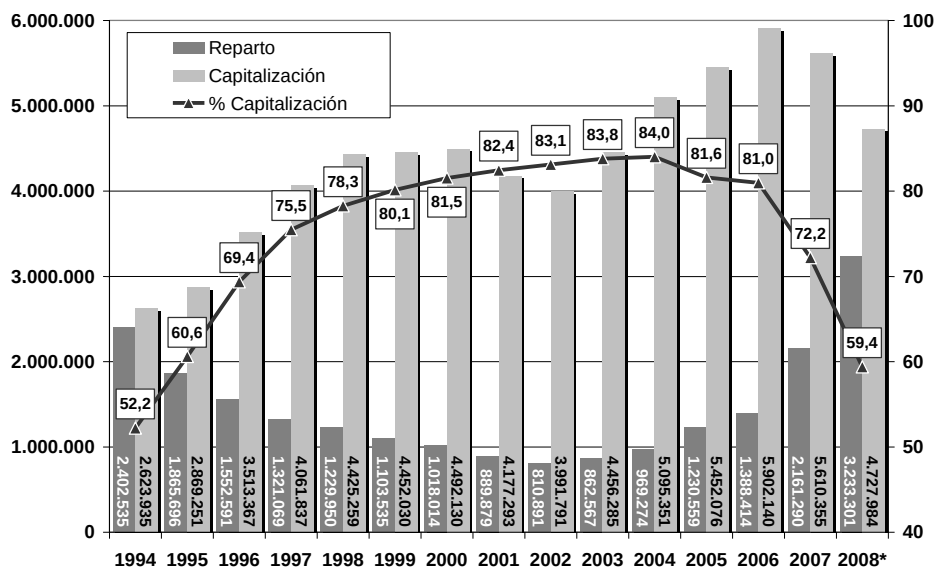
La cláusula de "opción presunta" reglamentada en la ley 24.241 parece haber sido el origen de este fenómeno. Sólo en el año 1994 más del 80% de las altas de aportantes fueron realizadas en ejercicio de la "opción voluntaria" establecida en el artículo 39 de la ley. En los años siguientes, y hasta 2003, los nuevos cotizantes tendieron, en su mayoría, a no hacer uso de este derecho, siendo consecuentemente incorporados al subsistema de capitalización (Gráfico 2).

³⁵ Cf. artículo 9° de la ley 24.241.

Gráfico 1

Aportantes al SIJP según régimen previsional

(datos a diciembre de cada año)



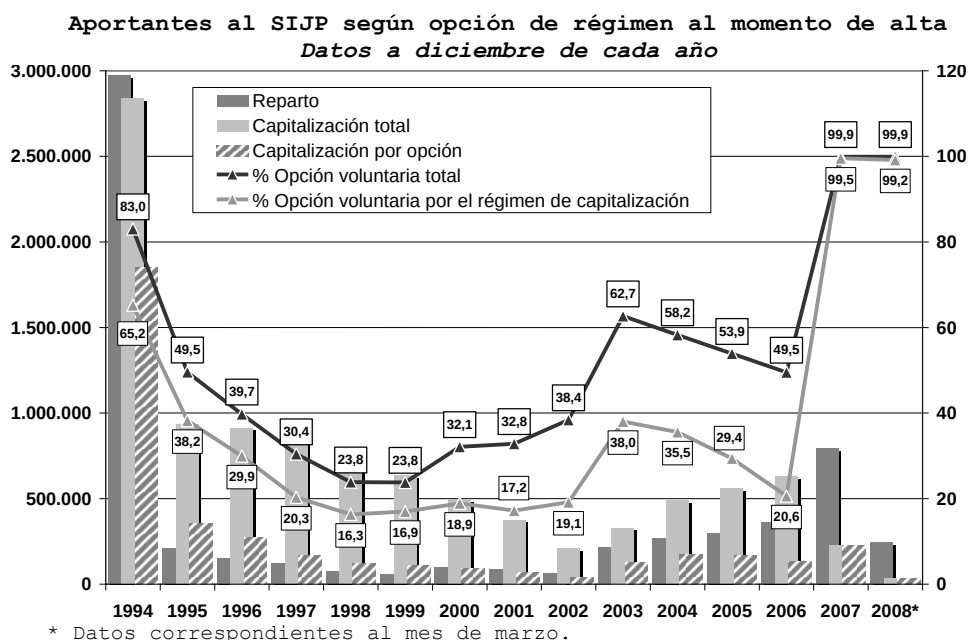
* Datos correspondientes al mes de marzo.

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

Un segundo punto relativo al financiamiento del sistema, es que a lo largo de sus quince años de vigencia se registraron alteraciones notables en las alícuotas de contribuciones patronales y aportes personales. En el caso de las contribuciones, múltiples disposiciones tendieron a reducirlas (según regiones del país y sectores de actividad) haciendo del 16% regulado en la ley un umbral nunca alcanzado: el nivel más alto de contribuciones se observa tempranamente en el año 1995, momento en el cual el promedio de las mismas alcanzó el 13% de la masa salarial imponible.

La máxima expresión de tan ostensible "reducción del costo laboral" se registró entre los años 1999, 2000 y 2001, cuando las contribuciones de los empleadores oscilaron, en promedio, entre el 7,3% y el 6,8% y el 8,7%, respectivamente, de los salarios declarados sujetos a retención.

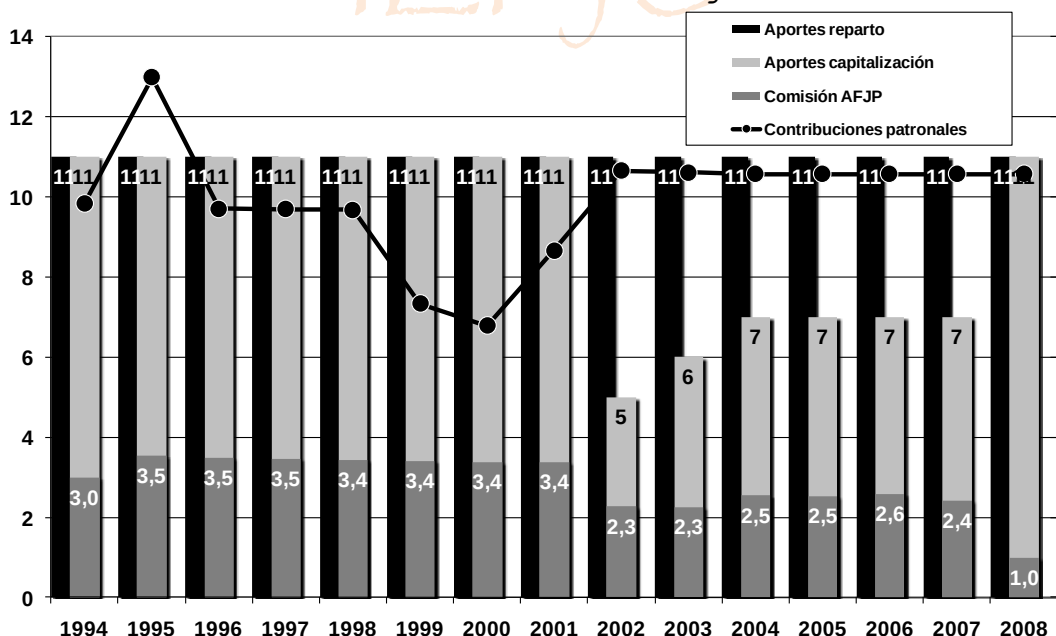
Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

Gráfico 3

Alícuotas de contribuciones patronales y aportes personales según régimen previsional
Promedio anual de alícuota vigente



* Datos correspondientes al mes de marzo.

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP, y de la Superintendencia de AFJP.

Del lado de los aportes -como vimos-, la alícuota había sido fijada en un 11% de la remuneración imponible, uniforme para ambos regímenes. En 2001, sin embargo, con el propósito de estimular la demanda del mercado interno sin elevar los salarios el Gobierno de De la Rúa dispuso una reducción transitoria de los aportes personales de los trabajadores adheridos al sistema de capitalización, llevando la alícuota al 5% de la remuneración imponible.³⁶ Esta medida, sumada a la exigencia de las AFJP de mantener el nivel de sus comisiones -que rondaban por el 3% de la masa salarial imponible- contribuyó a reducir drásticamente los fondos de capitalización de estos trabajadores. Como consecuencia de estas disposiciones los trabajadores del régimen de capitalización tuvieron que derivar hacia las AFJP, y sólo en concepto de administración de sus fondos, un monto más significativo (entre el 45% y 35%) comprometiendo su futuro jubilatorio. Así, en los primeros años de vigencia del régimen privado los trabajadores sólo canalizaban entre el 69% y el 55% de sus aportes hacia su propio fondo de capitalización.

En materia de gastos, una primera observación es la relativa a la evolución de los beneficiarios de ambos regímenes. La imagen que se desprende de tal evolución invierte la arriba señalada entre los cotizantes. Al momento de la reforma, la estructura etaria de los aportantes del sistema de reparto era mucho más envejecida. El aumento de la edad de retiro para varones y mujeres que dispuso el nuevo régimen frenó en los primeros años (1995-1996) la entrada de nuevos beneficiarios al sistema de reparto. Pero hacia 1997, después de estos años de "gracia", las nuevas incorporaciones elevaron en 30% la nómina de beneficiarios (Gráfico 4).

³⁶ En 2003 se fijó la alícuota en 6% y desde 2004 a 2007 se mantuvo en 7%.

Cuadro 1

Régimen de capitalización: comisiones AFJP
en % de los aportes personales.

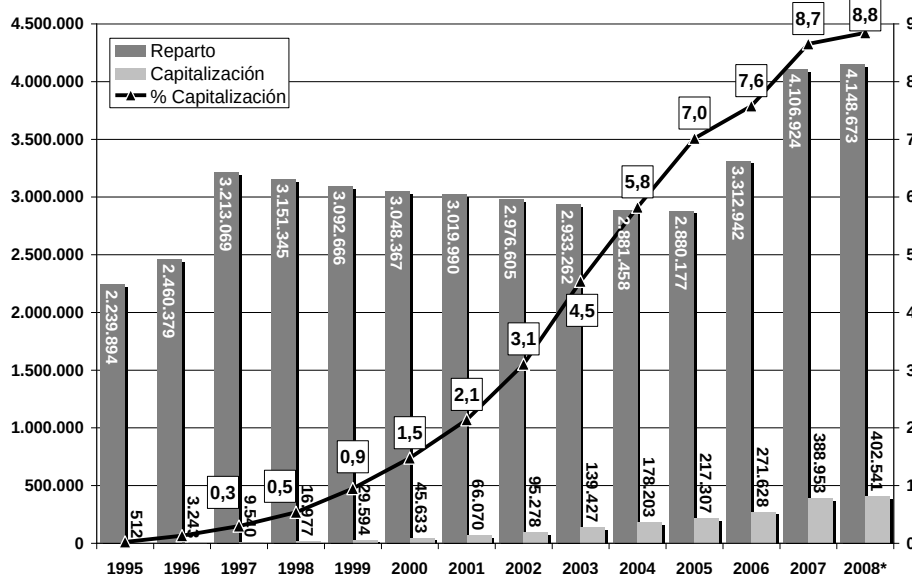
	Aporte del régimen de capitalización (en % de la remuneración imponible)	Distribución del aporte de capitalización	
		Fondo de capi- talización de los trabajado- res	Comisión AFJP
		(en % del aporte de capitaliza- ción)	
1995	11	67,9	32,1
1996	11	68,3	31,7
1997	11	68,5	31,5
1998	11	68,8	31,2
1999	11	69,0	31,0
2000	11	69,3	30,7
2001	11	69,3	30,7
2002	5	54,6	45,4
2003	6	62,4	37,6
2004	7	63,6	36,4
2005	7	63,9	36,1
2006	7	63,0	37,0
2007	7	65,4	34,6
2008	11	90,9	9,1

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la Superintendencia de AFJP.

Gráfico 4

Beneficiarios del SIJP según régimen

Datos a diciembre de cada año



* Datos correspondientes al mes de marzo.

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

En el caso del sistema de capitalización, como el grueso de los aportantes fue cooptado en su entrada al segmento formal del mercado de trabajo, la composición etaria era mucho más joven.³⁷ Por esta razón, la incorporación de beneficiarios del sistema de capitalización fue mucho más pausada, predominando entre los primeros beneficiarios los pensionados por invalidez y/o defunción y alistándose recién en los últimos años los jubilados. Así, después de catorce años de implantado el SIJP, el número de beneficiarios del régimen de capitalización no alcanzaba al 10% de los beneficiarios.

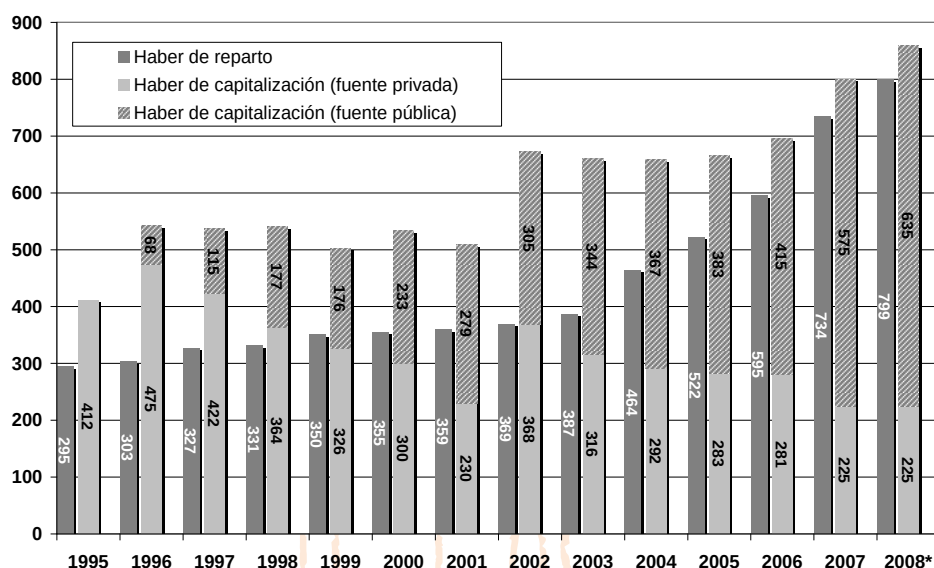
Las consecuentes dificultades financieras -derivadas de la fuerte asimetría de cotizantes y beneficiarios- repercutieron en la evolución de los haberes de la clase pasiva del régimen de reparto, que permanecieron congelados durante doce años. Privado de los mecanismos que genera la inflación para el retraso de los ingresos fijos, al poco tiempo de instaurado el nuevo sistema jubilatorio, el Gobierno fue removiendo sucesivamente los mecanismos de movilidad de las prestaciones que había establecido, e instalando nuevos toques para determinar el haber inicial de los nuevos beneficiarios que se incorporaban a ambos sistemas. Como resultado de esta política -que tendía a universalizar *de facto*, en el largo plazo el haber mínimo en el régimen de reparto-, el haber medio tendió a mantenerse estancado, y se puso rápidamente un techo al componente público que

³⁷ Incluso hacia el año 2008 casi la mitad de ellos (47,1%) no supera los 35 años de edad.

correspondía abonar a los nuevos beneficiarios del sistema de capitalización. Otro emergente de esta situación fue el congelamiento del haber mínimo, que permaneció anclado en \$150 durante doce años, a pesar del retraso que experimentó por efecto la inflación desatada por la devaluación de enero 2002.

Gráfico 5

Evolución de los haberes medios del SIJP según régimen y fuente (1995-2008)



* Datos correspondientes al mes de marzo.

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP

Últimos años del SIJP (2003-2008)

Desde mediados de 2003 y antes de la derogación del sistema previsional mixto, distintas iniciativas gubernamentales buscaron atenuar -con ostensibles resultados- muchos de los malogros asociados al SIJP. Algunas herramientas de política pública, con impacto sobre las erogaciones del sistema, estuvieron orientadas a: a) desde 2003, recomponer los ingresos de la clase pasiva, fijando prioridades en aquellos con haberes inferiores; b) desde 2005, incorporar masivamente beneficiarios, hasta entonces excluidos del sistema previsional contributivo por las epidemias del desempleo y la precariedad laboral que signaron los noventa; c) en 2007, aumentar de 0,85 a 1,5 el porcentaje para el cálculo de la prestación adicional por permanencia; d) reglamentar un coeficiente de actualización de las remuneraciones que sirven de base para el cálculo del haber inicial, hacia mayo de 2008; e) instaurar un mecanismo legal de movilidad de las prestaciones previsionales, en agosto 2008, y, f) eliminar los años de inactividad del cómputo de la remuneración que sirve de base para determinar la prestación por permanencia, cuya incorporación rebajaba hasta entonces el haber inicial (en agosto de 2008). Con el objetivo de ampliar los recursos, se tomaron otras iniciativas: a) la remoción en 2004 del tope máximo de remuneración sujeta a contribuciones patronales,

que actuó plenamente desde el 2006; b) la apertura de la opción del régimen jubilatorio, denegada desde la creación del SIJP y la modificación de la cláusula relativa a la presunción de opción, en 2007; c) la ampliación de los topes de las remuneraciones sujetas a aportes personales desde 2007, y d) la incorporación -a la par de la movilidad de los haberes- de un sistema periódico de actualización de tales topes, que también tiene incidencia sobre el límite superior de la remuneración imponible, en 2008. La relevancia de tales opciones de política pública reside en que serán elementos constitutivos del futuro sistema reunificado en 2009.

Cuadro 2

Evolución real del HJ Mínimo y Medio

En pesos de 1999

	HJ Mínimo	HJ Medio
Dic 2001	154	368
Dic 2002	109	268
Dic 2003	154	271
Dic 2004	204	306
Dic 2005	229	307
Dic 2006	252	319
Dic 2007	294	362
Dic 2008	317	394

Fuente: Elaboración propia, en base a MTSS e INDEC.

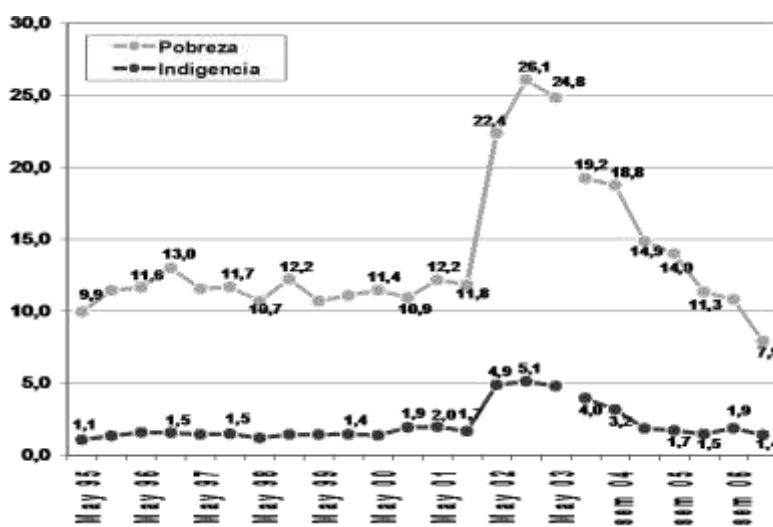
Los reajustes escalonados del haber jubilatorio mínimo (HJM) constituyeron el principal instrumento de mejora de las condiciones de vida de la clase pasiva: en el término de cinco años, el haber mínimo, que había permanecido congelado por más de una década en \$150, fue ajustado en 12 oportunidades, incrementándose en más de un 410% y alcanzando el monto de \$770 hoy vigente. Estos incrementos, focalizados inicialmente en el haber mínimo, posteriormente fueron acompañados por sucesivas actualizaciones de los haberes superiores: en una primera instancia, estas actualizaciones sólo alcanzaron a los haberes menores a los \$1000 -que en septiembre de 2004 recibieron un aumento del 10%- y desde el año 2006 los aumentos fueron generalizados -11% en julio de ese año, 13% y 12,5% en enero y septiembre de 2007, y del 7,5% en marzo y julio de 2008- al conjunto de la clase pasiva. Como consecuencia, la evolución real de los haberes mínimos y del resto de las jubilaciones siguió senderos distintos. La prioridad puesta por el Gobierno en la recomposición de los primeros les permitió a éstos una rápida recuperación: a fines de 2003 el HJM igualaba la capacidad de compra anterior a la crisis y hacia el final de 2007 prácticamente la había duplicado. Por su parte, la recuperación de los haberes medios, que además de incluir a los haberes mínimos contempla al resto de las prestaciones de la clase pasiva, exiguamente logró recuperar su capacidad de compra recién hacia fines de 2007.

Los reajustes de haberes, que eventualmente fueron extendidos también al componente público -tanto por el peso de la prestación compensatoria, como por la garantía estatal del haber mínimo- de los beneficios del sistema de capitalización, tuvieron como consecuencia directa una progresiva reducción de la participación del componente de fuente privada (capitalización individual) en dichos haberes (Gráfico 5). Esto operó particularmente para la significativa porción de los beneficiarios del régimen privado, con renta vitalicia o pensión por fallecimiento, cuyo valor de base de capitalización no está sujeto a ningún tipo de ajuste ulterior. Así, desde el año 2007, el componente privado, que sólo había representado la mayor parte del haber de capitalización durante los primeros seis años de vigencia del SIJP, pasaría a explicar la cuarta parte de la jubilación promedio de este régimen.

El impacto de estas actualizaciones (del HJM y del resto de los haberes previsionales) sobre las condiciones de vida de los jubilados y pensionados ha sido notable. Evidencias empíricas a este respecto surgen al analizar la evolución del porcentaje de jubilados y pensionados en situación de pobreza o indigencia.³⁸ La reducción de la incidencia de la pobreza (y la indigencia) entre los titulares de prestaciones contributivas ha sido una tendencia constante desde el año 2003. Luego del abrupto incremento de la pobreza (y la indigencia) desencadenado por la crisis de 2001-2002, la reducción de la gravitación de esta condición en este grupo poblacional ha sido tal que, en el segundo semestre del año 2006, nos encontramos en niveles (7,9%) inferiores incluso al promedio de los vigentes en el segundo quinquenio de los '90 (12%).

Gráfico 6

Incidencia de la pobreza y la indigencia sobre los titulares de prestaciones contributivas



Fuente: Elaboración propia, en base a datos de INDEC, EPH.

³⁸ El tamaño medio del hogar con jefe jubilado/pensionado es de 1,78 adultos equivalentes y fue estimado con datos de la EPH-Continua, INDEC.

Paralelamente al impacto de los reajustes de los haberes previsionales, las erogaciones del sistema también serán afectadas por la sanción, en enero de 2005, de la ley 25.994, que abrió las puertas del régimen contributivo bajo la creación de dos nuevas modalidades de acceso a beneficios previsionales: las jubilaciones anticipadas por desempleo,³⁹ que beneficiaron a los trabajadores que tenían aportes jubilatorios pero no la edad para el retiro, y las prestaciones (jubilaciones y pensiones) por moratorias,⁴⁰ que alcanzaron a los trabajadores con edad de jubilarse pero con aportes incompletos. Entre junio de 2005 y diciembre de 2008 las jubilaciones anticipadas sumaron 45.895 nuevos beneficios. Por su parte, en el mismo lapso las prestaciones por moratoria incorporaron al régimen contributivo a 1.915.730 nuevos jubilados y pensionados. La composición de las prestaciones previsionales contributivas hace manifiesta la reciente expansión de la cobertura jubilatoria, a tal punto que hacia diciembre de 2007 de cada tres titulares de beneficios previsionales uno accedió al mismo a través de alguno de los mecanismos de acceso dispuestos desde el año 2005.

En lo que refiere a los recursos del sistema, en 2003 se dispuso para el régimen privado la elevación del porcentaje de aportes de capitalización -reducidos al 5% durante la gestión de la Alianza- al 6%. Esta iniciativa se complementaría con otra similar al año siguiente, por la cual el aporte permanecería, hasta el 2007, en el orden del 7%. La uniformidad de los aportes de ambos subsistemas sólo llegaría en 2008, momento en el que, además de restituir los aportes personales de capitalización al 11% de la remuneración sujeta a aportes, se redujeron las comisiones de las administradoras de fondos del 3% al 1%; estas dos disposiciones permitieron que el 90% de los aportes de los trabajadores se canalizaran al fondo de capitalización individual, cuando anteriormente sólo fluían hacia ese fondo el 65% de los aportes. En segundo lugar, hacia el año 2004 el decreto 491 dispuso la eliminación del tope máximo de remuneración sujeta a contribuciones patronales, aportando a una mayor captación por parte del subsistema público: secuencialmente, desde octubre de ese año, se establecía un progresivo aumento del ese máximo hasta la total eliminación del tope en enero de 2006.

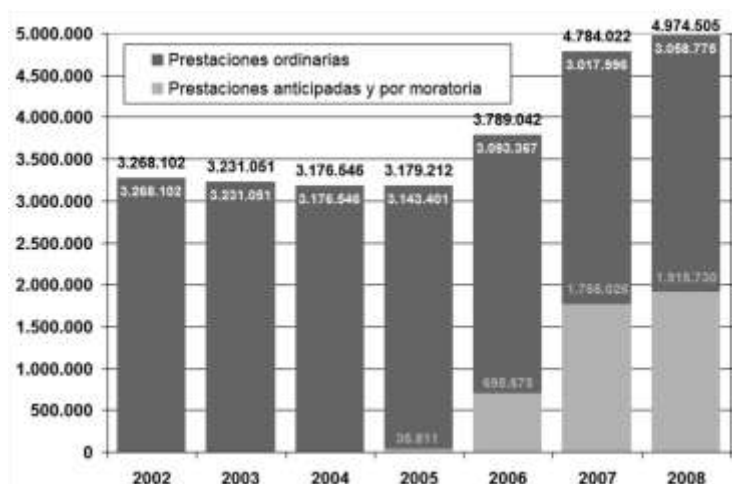
³⁹ Artículo 2 de la ley.

⁴⁰ Artículo 6 de la ley. Esta modalidad permitió a las personas de edad avanzada acceder al haber mínimo de la jubilación ordinaria, cuando previamente sólo hubiera accedido a una fracción de ese haber en concepto de jubilación por edad avanzada

Gráfico 7

Evolución de los beneficiarios del régimen previsional contributivo:
prestaciones ordinarias, anticipadas y por moratoria

Años 2002 a 2007



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

La ley 26.222 de marzo de 2007 apuntaba en el mismo sentido, es decir, a ampliar la captación de recursos por parte del régimen de reciprocidad, pero esta vez afectando la distribución de recursos entre los dos subsistemas vigentes: la liberación de la opción previsional por un período de seis meses permitió, a 14,5 millones de trabajadores elegir libremente hacia dónde dirigir sus aportes y, como resultado, más de 1.260.000 trabajadores optaron por dejar el régimen de capitalización y pasar al de reparto. La ley 26.222 también alteró radicalmente la cláusula de opción presunta para los nuevos ingresantes al mercado de trabajo: quienes luego de los 90 días corridos no ejercieran su elección por el sistema de capitalización quedarían directamente encuadrados en el subsistema público de reparto.⁴¹ Otro de los elementos de esta norma que también apuntó a incrementar los ingresos del sistema fue el incremento del tope máximo de remuneración sujeta a aportes personales, elevándolo de 60 a 75 MOPRES. Del lado de las erogaciones, la ley mejoraba las condiciones de retiro al incrementar la prestación por permanencia del 0,85% al 1,5% por año de servicio de la remuneración base, equiparándola así a la prestación compensatoria⁴².

A pesar de estos intentos por compensar las falencias del SIJP, muchas de las antiguas pautas para la determinación del haber inicial de los nuevos beneficiarios seguían vigentes, lo que cercenaba drástica y paulatinamente el haber de los nuevos pasivos, especialmente de aquellos que, por el

⁴¹ Artículo 2 de la ley 26.222.

⁴² Originalmente, la ley 24.241 establecía porcentajes diferenciales para ambas prestaciones en un intento de incentivar la suscripción voluntaria de los trabajadores al sistema privado de capitalización.

nivel de sus aportes, aspiraban a un ingreso previsional más elevado.⁴³ De un lado, el mantenimiento de los límites que ponía el congelamiento del módulo previsional (MOPRE) a los haberes iniciales, sumado a la política inicial de focalizar los aumentos en las jubilaciones de las escalas inferiores, tendió a uniformar el haber medio de la clase pasiva acercándolo progresivamente al haber mínimo. En el mismo sentido operó la vigencia de la resolución 140/95 de la ANSES, que tenía como corolario la no actualización de las remuneraciones de los últimos 10 años cuyo promedio determinaba la base para el cómputo de las prestaciones por permanencia y compensatoria.

Compelido por los múltiples juicios que despertaron esta política y los consecuentes fallos favorables de la justicia para esos reclamos, el Gobierno puso en marcha dos iniciativas. En abril de 2008, la ANSES dictó la resolución 298, que modifica los coeficientes de actualización de las remuneraciones que sirven como base para el cómputo de las prestaciones, coeficientes que desde 1995 y hasta 2007 eran iguales a la unidad –es decir, no generaban actualización alguna de las remuneraciones cobradas entre esos años. Por su parte, hacia octubre del mismo año, y por iniciativa del PEN, fue sancionada la ley de movilidad previsional (ley 26.417), que constituye la última alteración del SIJP previa a la reunificación del sistema. La ley está orientada a fijar la movilidad de las prestaciones previsionales a través de un sistema permanente, garantizando tanto la efectividad de la tutela constitucional prevista en el artículo 14bis como la sustentabilidad del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. En segundo lugar, contribuyó a mejorar el haber inicial de los futuros jubilados en dos puntos: a) estableciendo un mecanismo de ajuste móvil de los ingresos que sirven de base para el cómputo del haber inicial; b) eliminando los años de inactividad en el cómputo de la prestación por permanencia, cuya inclusión contribuía a disminuir el haber inicial.

El mecanismo de ajuste sancionado (capítulo I de la ley) está fundado en la confección de un índice (m) compuesto por una función de movilidad (a) y un límite a la función de movilidad (b). La primera componente, el tramo de movilidad (a), liga la actualización de los haberes jubilatorios al crecimiento de los salarios (w) y a los recursos tributarios por beneficio de la ANSES (RT). La segunda parte del índice, el límite a la función de movilidad (b), pone como restricción a los aumentos el desempeño interanual de los ingresos totales por beneficio (r) del organismo.⁴⁴

⁴³ El mantenimiento del valor del módulo previsional (MOPRE) en un monto de \$80, ponía un techo al haber inicial al estar limitada la prestación por permanencia a un máximo 35 módulos. De este modo, el haber inicial de los nuevos beneficiarios, se alejaba cada vez más, del que percibían aquellos que, bajo idénticas condiciones, habían entrado al régimen jubilatorio pocos años antes, cuyos haberes habían sido objeto de actualizaciones mediante decretos.

⁴⁴ La función de movilidad (a) se computa como el promedio de la variación de dos índices: el primero corresponde a los recursos tributarios por beneficio de la ANSES (netos de Aportes del Tesoro Nacional) registrada entre semestres idénticos de años consecutivos (RT); el segundo índice –que liga los haberes previsionales a la evolución salarial (w)– computa la mayor variación salarial entre semestres consecutivos, de dos indicadores salariales alternativos (el Índice General de

Este sistema de movilidad es de aplicación tanto sobre los haberes vigentes, como sobre la PBU (prestación básica universal) y el HJM (haber jubilatorio mínimo), modificando la determinación de ambos montos en la ley de Presupuesto, prerrogativa del PEN hasta entonces vigente. En lo que respecta a la PBU se fija un nuevo monto, que asciende a los \$326, a partir del cual regirá el sistema de movilidad. La incorporación de ambos conceptos (PBU y HJM) al sistema de movilidad contribuye a mejorar la cobertura del nuevo sistema en dos aspectos; en primer lugar porque incluye al conjunto de la clase pasiva -sin ningún tipo de exclusión- y, en segundo lugar, porque la actualización se generaliza al monto total del haber previsional. Vale decir que un criterio objetivo, independiente de la decisión del Gobierno de turno, regirá para el ajuste de la *totalidad* de los ingresos de *toda* la clase pasiva.⁴⁵

El desfinanciamiento del sistema de reparto

A pesar de que la asimetría del destino de los fondos del sistema -contribuciones destinadas exclusivamente al régimen de reparto y aportes distribuidos entre ambos subsistemas- tendía a garantizar el pago de las prestaciones de los regímenes de reciprocidad anteriores, prestaciones a cargo del Estado nacional, el resultado agregado de la puesta en vigencia del SIJP tendió a desfinanciar al régimen público de reparto. Una sumatoria de factores condujeron a este progresivo desfinanciamiento.

Desde la perspectiva del conjunto de fuentes que debían financiar al sistema previsional, el tope impuesto a la remuneración imponible y la reducción de la alícuota de las contribuciones patronales, limitaron desde el inicio el monto de los ingresos del sistema en su conjunto. Las ulteriores y sucesivas rebajas en las alícuotas de las contribuciones patronales, dispuestas durante los '90 bajo la consigna de reducir los costos laborales -en un rango que oscilaba entre el 30% y el 80% según las regiones geográficas-, provocaron entre 1995 y 2000 una merma del 17% en el monto recaudado bajo este concepto (-\$999 millones), lo que llevó en 2001 al gobierno de De la Rúa a aumentar del 6,8% al 8,7% la alícuota promedio y, al de Duhalde, a un nuevo incremento (10,4%) en 2002.

Otros factores gestados en el mismo mercado de trabajo durante la convertibilidad, coadyuvaron a la contracción de los fondos previsionales. El

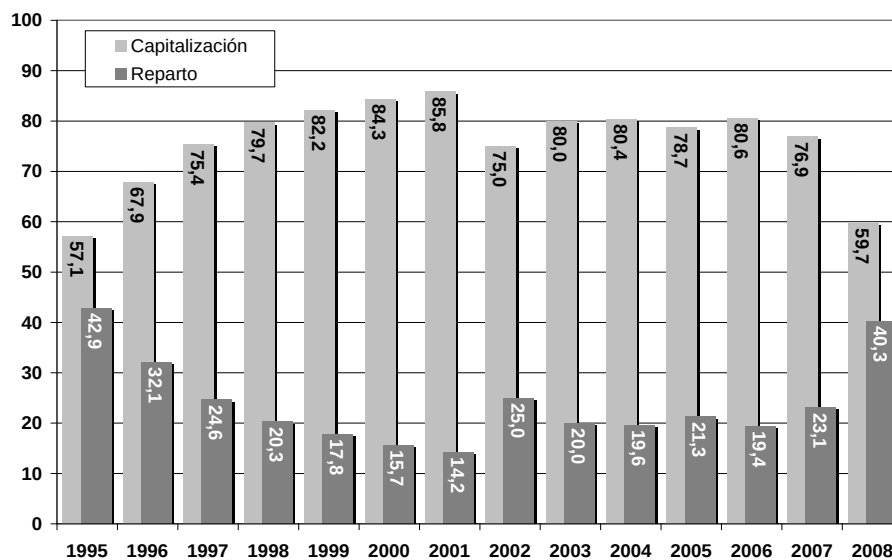
Salarios (IVS) de INDEC y el índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) de la Secretaría de Seguridad Social). Cf. ley 26.417, Capítulo I.

⁴⁵ Los artículos 9 y 10 de la ley 26.417 hacen explícita la actualización del haber mínimo y máximo a partir del índice sancionado.

crecimiento de la precariedad laboral -además, de privar de cobertura a los trabajadores no registrados en la seguridad social-, desvió del sistema previsional los aportes y contribuciones de una fracción importante de los asalariados -entre el 29% y el 39%- en la década de 1990. Las políticas de flexibilización laboral -que contribuyeron a acentuar esta tendencia- y más tardíamente la deflación de los salarios, fueron factores adicionales que conspiraron en contra del financiamiento del sistema.

Gráfico 8

Aportes de los trabajadores a los regímenes de reparto y capitalización
(en % del total de aportes al SIJP)



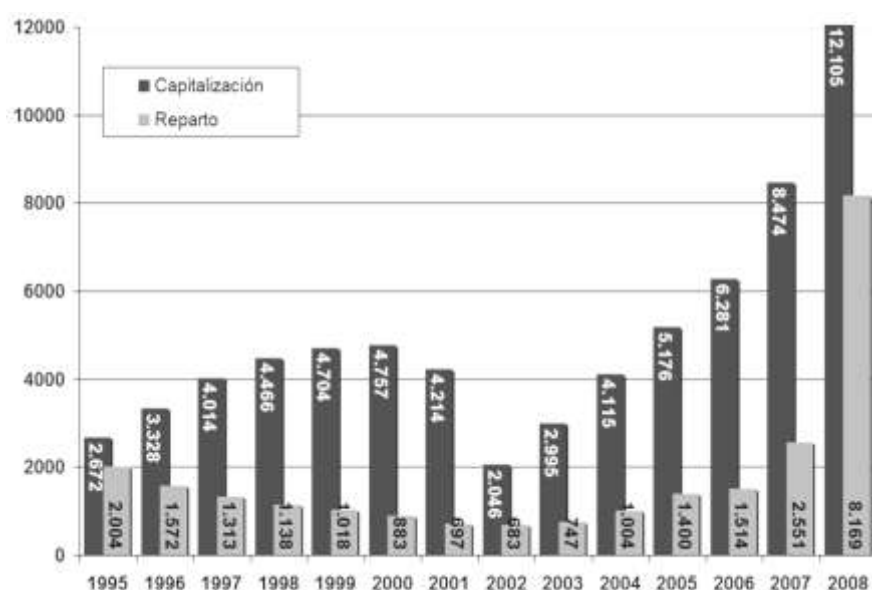
Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

En tercer lugar, la asimetría entre el número de aportantes y beneficiarios, arriba señalada, reflejó un balance claramente desfavorable para el régimen público, que difícilmente pudo ser compensado con la canalización total -sancionada en 1993- de las contribuciones patronales. La circunstancia de que, en un primer momento, fueran los trabajadores de más altos ingresos los que ejercieron la opción voluntaria por el régimen de capitalización y que, más tarde, fuera cooptada -por la mentada cláusula de "opción presunta"- la mayoría de los nuevos trabajadores que ingresaban al segmento formal del mercado de trabajo, condujo a una masiva migración de recursos hacia el sistema de capitalización que, en su punto máximo (2001), llegó a concentrar el 85,8% de la masa de los aportes al SIJP.

A partir de 2002, la caída libre de los aportes al régimen de reparto se detiene. Las nuevas altas del sistema previsional, guiadas probablemente por la desconfianza que generó la crisis del sistema financiero, mostraron una mayor preferencia por el subsistema de reciprocidad, cuya participación se mantuvo, hasta 2007, en el entorno del 20%. Recién en 2008, luego de que más 1,2 millones de trabajadores optaran por pasar al régimen de reparto y la opción presunta fuera canalizada hacia el Estado, los aportes a este destino lograron trepar al 40% (grafico 6).

Gráfico 9

Evolución del monto de aportes a los regimenes de reparto y de capitalización
(millones de pesos)



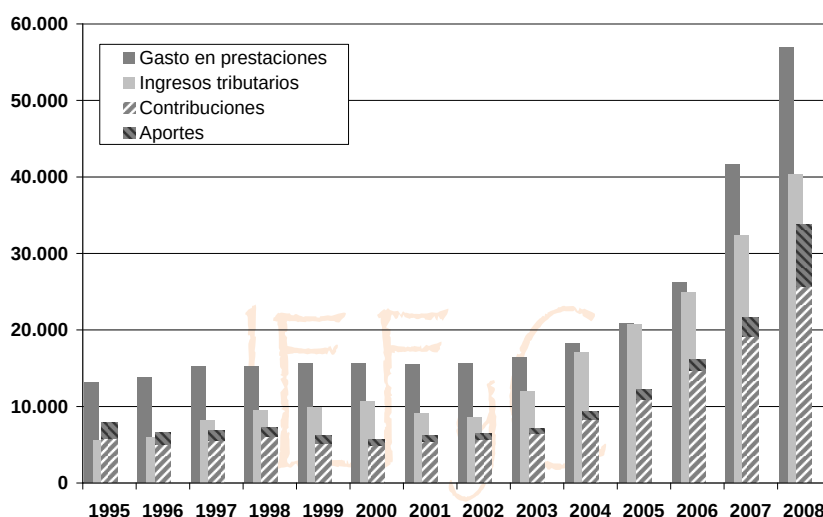
Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

La evolución del monto de los aportes de los trabajadores por régimen revela que la masa de recursos hacia el régimen de capitalización ostentó, además de su primacía, una mayor volatilidad. En la última etapa de la convertibilidad, la fuerte destrucción de puestos de trabajo registrados -que afectó en mayor grado a los trabajadores más jóvenes- tuvo una sensible repercusión sobre los ingresos de este subsistema, los cuales experimentaron entre 2000 y 2002 una caída del 57% (-\$2.712 millones). Los aportes canalizados hacia el régimen de reparto, por su parte, sólo disminuyeron un 22.6% en ese período (-\$200 millones). El fuerte crecimiento que, desde el 2003, experimentó el empleo registrado, contribuyó a recomponer notablemente los ingresos del régimen privado. Recién en 2008, y

como consecuencia de la "libre opción" y de los cambios en la forma de reclutamiento previsional -reorientación hacia el reparto de la opción presunta-, hubo una importante absorción de aportes por parte del régimen público. Al captar el 60% de los nuevos aportes al sistema y recibir los de aquellos de quienes decidieron cambiar de régimen, el sistema de reciprocidad incrementó sus ingresos en un 220% (Gráfico 9).

Gráfico 10

Ingresos* y gastos totales del régimen de reparto**
(en millones de pesos corriente)



* Los ingresos incluyen los recursos propios del régimen de reparto y los ingresos tributarios.

** El gasto incluye las prestaciones y el componente público de capitalización.

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa, sobre la base de datos de la AFIP.

Ciertamente, la masa representada por las contribuciones patronales continuó siendo -ante la exigüidad de los aportes de los trabajadores- el principal componente de los ingresos propios que recaudaba el régimen previsional público (Gráfico 10). Sin embargo, por las razones arriba mencionadas, los recursos propios de este subsistema resultaron, desde los primeros años de vigencia del SIJP, insuficientes para financiar las prestaciones. En sólo cinco años los recursos previsionales del régimen de reciprocidad decrecieron un 27% (-\$2.120 millones), mientras que el gasto anual que demandaba el pago de los haberes y del componente público de capitalización aumentó un 18% (\$2.435 millones de pesos) en el mismo período.

Para cubrir el déficit del régimen de reparto, el gobierno nacional solicitó tempranamente (en 1995) cooperación de los gobiernos provinciales. Estos concurrieron al sostenimiento de las jubilaciones de reparto, cediendo parte de los fondos coparticipables, y consintiendo en asignar al ANSES una importante participación en los recursos tributarios. El auxilio de los ingresos tributarios -que representaron entre el 42% y el 65% de los recursos totales de reparto- y el conjunto medidas que contribuyeron a restringir el monto de las prestaciones -congelamiento del haber jubilatorio y tope al ingreso de base de los nuevos beneficiarios-, permitieron al régimen cubrir, hasta 2002, sus gastos corrientes.

El panorama del subsistema de reciprocidad cambió radicalmente desde la asunción del gobierno de Kirchner. La concurrencia del conjunto de las acciones encaradas desde el Estado para mejorar la situación de la clase pasiva -aludidas en el apartado anterior- contribuyeron a expandir 2,5 veces el gasto previsional de régimen público entre los años 2003 y 2008. Por su parte, desde la perspectiva de los ingresos, entre 2003 y 2008, el régimen público multiplicó en 3,7 veces los recursos propios -contribuciones (3 veces) y aportes (10 veces)- como resultados de las acciones directas que tomó el Gobierno en la materia -también señaladas con anterioridad-, pero también por causas asociadas al desempeño de la economía. Por esos años, el crecimiento de la economía estuvo acompañado por un alto contenido de creación de empleos "en blanco", a lo que aportó la mayor fiscalización del Estado,⁴⁶ aumentando la masa salarial registrada y, por ende, la recaudación de los recursos propios del sistema previsional -básicamente gracias al aumento de la masa sobre la que tributan las contribuciones patronales. A esto se suma el aumento de la recaudación fiscal asociado a mayores niveles de actividad y a una mayor eficacia recaudatoria, que contribuyeron a la expansión de los recursos tributarios destinados al régimen público.

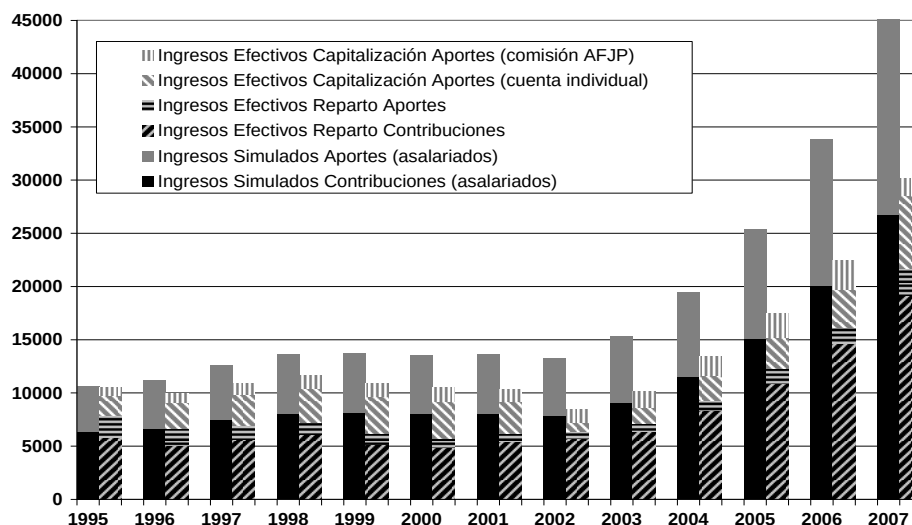
A pesar de las reformas introducidas en años recientes, el balance del SIJP resulta bastante desalentador. Una simulación de los ingresos que hubiesen sido captados por el sistema previsional de no haber mediado la reforma de 1993 resulta bastante ilustrativa en este punto. Por efecto de la reforma, entre 1993 y 2007 el sistema en su conjunto dejó de percibir más de 64 mil millones de pesos en concepto de aportes y contribuciones. Asimismo, del total de los recursos efectivamente ingresados al sistema en ese período (aproximadamente 177 mil millones), un tercio (57 mil millones) fue capturado por el mercado, es decir, fueron girados a las administradoras de fondos. Finalmente, de los recursos captados por el mercado, cerca del 33% (más de 18 mil millones) fue apropiado directamente por las AFJP en concepto de comisiones. Un negocio redondo, aún sin contabilizar los intereses y dividendos a estos fondos asociados.

⁴⁶ Ley 25.877, Plan Nacional de Regularización del Empleo (2005) y Ley 26.476, Ley de Promoción y Protección del Empleo Registrado (2008).

Gráfico 11

Ingresos propios efectivos y simulados

(en millones de pesos corriente)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Dirección Nacional de Programación Económica y Normativa y del MTEySS.

La re-estatización del sistema previsional

La emergencia de la actual crisis financiera internacional produjo -en sólo diez meses- una estrepitosa caída de los saldos de las cuentas de capitalización individual de los trabajadores adheridos al régimen previsional privado. Esta situación, que atentaba por un plazo prolongado -según se avizora por la persistencia de las profundas perturbaciones en los mercados bursátiles- contra las condiciones de retiro de la mayoría de los trabajadores en edad jubilatoria del régimen privado, definió que el Estado, determinara la re-estatización de los fondos del sistema privado.

Con la ley 26.425, de creación del Sistema Integrado Previsional Argentino, el Estado eliminó el subsistema de capitalización que diera origen a las AFJP, el que fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto. Con esta medida, el Estado culminó el proceso de modificaciones y rectificaciones introducidas a la ley previsional de 1993 -que alteraron recursos y gastos del sistema-, asumió el control de los fondos acumulados por al AFJP, eliminando a la intermediación financiera del sistema previsional, y reorientó los aportes de los trabajadores de capitalización a un nuevo sistema unificado.

Por medio de la ley 26.425 el Estado garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozaban a la fecha de su entrada en vigencia, 9 de diciembre de 2008:

a. Respecto a los actuales beneficiarios de jubilación ordinaria por retiro programado o retiro fraccionario, el Estado garantiza el valor cuota más alto vigente entre el 1° de enero de 2008 y el 30 de septiembre de 2008. Se aseguró que en lo sucesivo estas prestaciones tendrán la movilidad prevista en la ley de movilidad previsional (26.417). Aquellos beneficiarios que optaron por la modalidad de renta vitalicia quedan, en cambio, con las prestaciones acordadas con sus respectivas aseguradoras.

b. Los afiliados en proceso de retiro se jubilarán por el nuevo sistema, en las mismas condiciones que los trabajadores de reparto, y como si sus servicios hubiesen sido prestados al régimen previsional público.

c. Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación respectiva.

d. El Estado garantiza a los afiliados y beneficiarios del antiguo régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la constitución nacional.

El SIPA se rige por los lineamientos definidos en la ley de 24.241, actualizados con el conjunto de normas introducidas en el período 2003 y 2008. La ley dispone, asimismo, la transferencia al ANSES el monto acumulado de los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización (más de \$90 mil millones). Estos activos pasarán a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto.⁴⁷ Se prescribe que la totalidad de los recursos únicamente podrán ser utilizados para pagos de los beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino. Los fondos se invertirán de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados -manteniéndose vigentes las actuales prescripciones sobre el tipo de inversiones, prohibiciones y limitaciones. Asimismo, queda expresamente prohibida la inversión de los fondos en el exterior, los que deben contribuir al desarrollo sustentable de la economía real, con el propósito de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social.

Ciertamente, la eliminación de la intermediación del capital financiero, ha permitido recuperar al sistema previsional una importante porción de la masa salarial que, apropiada antes por las administradoras de fondos de jubilación en concepto de comisiones, se canalizaba al circuito de la

⁴⁷ Creado por el decreto 897/07.

valorización financiera.⁴⁸ La mejora resultante del conjunto de reformas que se conjugan en el nuevo sistema es también ostensible, al menos en comparación con el sistema mixto de los años '90, que tendió a subordinar las condiciones de vida a futuro de los trabajadores al aumento de la rentabilidad empresarial -vía reducción de los costos laborales. La re-estatización del subsistema de capitalización restauró en su plenitud el principio de solidaridad intergeneracional del sistema previsional, desvinculando el futuro jubilatorio de los trabajadores de las fluctuaciones del mercado financiero.

Glosario de siglas

AFJP: Administradora de Fondos de Jubilación y Pensión
 AMPO: Aporte Medio Previsional Obligatorio
 ANSES: Administración Nacional de Seguridad Social
 MECON: Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
 MOPRE: Módulo Previsional
 MTESS: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social
 PBU: Prestación Básica Universal
 SAFJP: Superintendencia de AFJP
 SIJP: Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones
 SIPA: Sistema Integrado Previsional Argentino
 SNPS: Sistema Nacional de Previsión Social

⁴⁸ De acuerdo a datos de la SAFJP en el curso del período 1995-2008 las AFJP percibieron, en concepto de comisiones, un tercio de los fondos aportados por los trabajadores al sistema de capitalización.

ANEXO: El SIPA en perspectiva comparada

SNPS	SIJP (legislación vigente hasta 2002)		SIPA (incluye reformas al SIJP desde 2003)
	Reparto	Capitalización	
Prestaciones (gastos)			
Jubilación ordinaria Mujeres :desde 55 años Varones: desde 60 años Requisito: 30 años de aportes Haber: 70% de la remuneración promedio de los tres años más favorables de los últimos 10, más 1% por año de aporte adicional	Prestación básica universal Mujeres: desde 60 años Varones: desde 65 años Requisito: 30 años de aportes Haber: 2,5 AMPOS más 1% adicional de la PBU por año de aporte adicional	Prestación básica universal Mujeres: desde 60 años Varones: desde 65 años Requisito: 30 años de aportes Haber: 2,5 AMPOS más 1% adicional de la PBU por año de aporte adicional	Prestación básica universal Mujeres: desde 60 años Varones: desde 65 años Requisito: 30 años de aportes Haber: \$326 móvil desde 2008 más 1% de la PBU por año de aporte adicional
	Prestación compensatoria Requisito: acreditar los requisitos para acceder a una PBU Haber: 1,5% por año de aporte al SIJP, calculado sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio activo (35 años como máximo) incluyendo periodos de inactividad Haber máximo: 1 AMPO por año de aporte	Prestación compensatoria (componente público) Requisito: acreditar los requisitos para acceder a una PBU Haber: 1,5% por año de aporte al SIJP, calculado sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio activo (35 años como máximo) Haber máximo: 1 AMPO por año de aporte	Prestación compensatoria Requisito: acreditar los requisitos para acceder a una PBU Haber: 1,5% por año de aporte al SIJP, calculado sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio activo (35 años como máximo) Haber máximo: 1 MOPRE móvil por año de aporte
	Prestación adicional por permanencia Requisito: acreditar los requisitos para acceder a una PBU Haber: 0,85% por año de aporte al SIJP, calculado sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio activo (35 años como máximo) incluyendo periodos de inactividad Haber máximo: 1 AMPO por año de aporte	Jubilación ordinaria Edad: opción de jubilación anticipada Renta vitalicia: calculada por la compañía de seguro en función del saldo de la cuenta de capitalización individual Retiro programado: calculado por la AFJP en función del saldo de la cuenta de capitalización individual y el valor actuarial necesario para una prestación con un valor adquisitivo constante Retiro fraccionario: a acordar con la AFJP se extingue cuando se agota el saldo de la cuenta de capitalización individual	Prestación adicional por permanencia Requisito: acreditar los requisitos para acceder a una PBU Haber: 1,5% por año de aporte al SIJP, calculado sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio activo (35 años como máximo)
Haber máximo: sin referencia	Haber máximo: \$3000	Haber máximo componente público: \$3000 (con 35 años de aporte en el sistema anterior)	Haber máximo: \$5.646,07
Jubilación por invalidez Haber: 70% del la remuneración promedio de los tres años más favorables de los últimos 10	Retiro por invalidez Entre el 50% y el 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria que correspondiera al momento de la contingencia	Retiro por invalidez Entre el 50% y el 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria que correspondiera al momento de la contingencia	Retiro por invalidez Entre el 50% y el 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria que correspondiera al momento de la contingencia
Pensión por fallecimiento 75% del haber del causante más 5% por hijo, sin exceder el 100% del haber del causante	Pensión por fallecimiento Entre 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante la viuda o viudo, o bien 50% para la viuda y 20% para cada hijo del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria	Pensión por fallecimiento Entre 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante la viuda o viudo, o bien 50% para la viuda y 20% para cada hijo del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria	Pensión por fallecimiento Entre 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 5 años del causante la viuda o viudo, o bien 50% para la viuda y 20% para cada hijo del causante Haber máximo: 1 PBU más la prestación compensatoria

	que correspondiera al momento de la contingencia	ria que correspondiera al momento de la contingencia	que correspondiera al momento de la contingencia
Prestación por edad avanzada Requisitos: 65 años y al menos 10 años de aportes computables (5 de ellos durante los últimos 8). Haber: 50% de la remuneración promedio, más 1% por año de aporte adicional.	Prestación por edad avanzada Requisitos: 70 años y al menos 10 años de aportes computables (5 de ellos durante los últimos 8). Haber: 70% de la PBU y prestaciones compensatoria y por permanencia correspondientes.	Prestación por edad avanzada Requisitos: 70 años y al menos 10 años de aportes computables (5 de ellos durante los últimos 8). Haber: 70% de la PBU, prestación compensatoria y jubilación ordinaria por capitalización.	Prestación por edad avanzada Requisitos: 70 años y al menos 10 años de aportes computables (5 de ellos durante los últimos 8). Haber: 70% de la PBU y prestaciones compensatoria y por permanencia correspondientes.

SNPS	SIJP (legislación vigente hasta 2002)		SIPA (incluye reformas al SIJP desde 2003)
	Reparto	Capitalización	
Haber mínimo (gastos)			
Prerrogativa del PEN	Originalmente 3,66 AMPOs, luego prerrogativa del PEN Garantizado por el Estado nacional (reparto)	Originalmente 3,66 AMPOs, luego prerrogativa del PEN Garantizado por el Estado nacional (componente público)	Fijado por ley y con movilidad garantizada, independiente de las decisiones del PEN
Movilidad de los haberes (gastos)			
Según la evolución del nivel general de los salarios e ingresos por categoría de los autónomos	Originalmente en función de la variación del AMPO, luego prerrogativa del PEN (congelamiento de AMPO/MOPRE y haberes)	Sin cláusula de actualización, pero una prestación con valor adquisitivo constante para la modalidad de retiro programado	Fijada por ley en función de la evolución semestral más favorable de dos alternativas: a) evolución de los recursos tributarios del sistema; b) evolución salarial (dos índices alternativos). Límite a la función de movilidad: evolución interanual de los ingresos totales por beneficio
Recursos del sistema			
Contribuciones patronales No fijadas por ley, alícuotas definidas por el PEN Alícuota promedio del 16% en los años 1991 a 1993	Contribuciones patronales Fijadas por ley Originalmente alícuota del 16% de la remuneración sujeta a contribuciones. Reducciones de alícuota según región geográfica o sector de actividad Máximo valor de alícuota promedio durante vigencia del SIJP: 13% en 1995 Mínimo valor de alícuota: 6,8% en 2000	Contribuciones patronales No financian sistema de capitalización (sólo componentes públicos)	Contribuciones patronales Fijadas por ley Alícuota del 16% de la remuneración total sujeta a contribuciones. Reducciones de alícuota según región geográfica o sector de actividad. Promedio alícuota vigente: 11%
Aportes personales asalariados No fijados por ley, alícuotas definidas por el PEN Alícuota promedio del 10% entre los años 1991 y 1993	Aportes personales asalariados Fijados por ley Alícuota del 11% de la remuneración sujeta a aportes	Aportes personales asalariados Fijados por ley originalmente alícuota del 11% Reducciones de alícuota desde el gobierno de la Alianza Mínimo valor de la alícuota durante la vigencia del SIJP: 5,7% en 2002	Aportes personales asalariados Fijados por ley Alícuota del 11% de la remuneración sujeta a aportes
Aportes autónomos Regulados por ley Alícuota del 10% del ingreso de cada categoría Prerrogativa del PEN para ampliar categorías y alí-	Aporte/contribución autónomos de reparto Regulados por ley Alícuota de 27% del ingreso sujeto a aporte de cada categoría	Aporte autónomos de capitalización Fijado por ley Alícuota del 11% del ingreso sujeto a aportes de cada categoría	Aporte/contribución autónomos Regulados por ley Alícuota de 27% del ingreso sujeto a aporte de cada categoría.

cuota (hasta máximo de un 15%)	Contribución autónomos de capitalización Fijado por ley Alicuota de 16% del ingreso sujeto a aportes de cada categoría		Se establecen nuevas rentas de referencia
	Otros recursos del sistema Recaudación por Bienes Personales y otros tributos afectados al sistema Recursos que disponga la ley de Presupuesto (desde 1995)		Otros recursos del sistema Recaudación por Bienes Personales y otros tributos afectados al sistema Recursos que disponga la ley de Presupuesto
Máximo sujeto a aportes y contribuciones Definido por el PEN	Máximo sujeto a aportes y contribuciones Fijado por ley 60 AMPOS/MOPRES		Máximo sujeto a aportes Fijado por ley en 75 MOPRES sujetos a movilidad reglamentada Sin máximo sujeto a contribuciones

IEFyC

**Entrevista a
Julio Piumato,
Secretario General de la UEJN
y
Secretario de Derechos Humanos de
la CGT**



Por Juan José Nardi

Juan José Nardi: *Te voy a proponer tres escenarios y para cada uno una respuesta: si tuvieras a tu disposición economistas, sociólogos, cualquier investigador de las ciencias sociales que pudieras enfocar hacia una investigación, por un lado hacia adentro del Poder Judicial y por el otro, al movimiento obrero en su conjunto y por último a la sociedad y sus problemas, ¿cuáles te parece que serían los temas a indagar?*

Julio Piunato: Empezaría al revés, por la sociedad en su conjunto. Creo que habría que investigar **la raíz elitista del Poder Judicial y las conexiones entre los fallos de los jueces con los poderes económicos**. Un camino es investigar la jurisprudencia de todos los fueros, en los distintos momentos de la historia argentina para hacer una historia judicial, y detectar cómo la Justicia respondió con jurisprudencia apoyando o atacando determinados procesos históricos.

Con respecto a los trabajadores repetiríamos lo anterior con respecto al **fuero del trabajo**, cómo se desarrolló su actuación histórica, cómo fue perdiendo su sentido inicial en determinados procesos y lejos de ser una garantía para los trabajadores fue un acompañamiento del modelo neoliberal en la Argentina y cómo hoy, vuelto a otro modelo, la Justicia sigue estando retrasada en función de los cambios que se han vivido en la sociedad.

También haría un estudio en cada una de las instituciones del derecho del trabajo para ver cómo incidió y cómo trata de incidir la cuestión judicial en afectar los derechos sindicales y de los trabajadores. Un claro ejemplo se da en el tema de la **libertad sindical**. La ley de Asociaciones Gremiales es muy amplia en la cobertura de la acción sindical porque se refiere a cualquier acción sindical, no la limita. Sin embargo la jurisprudencia la fue restringiendo por la presión de los grupos económicos. La focalizó en los delegados con mandato y en determinadas condiciones, y a la organización sindical con personería gremial; cuando en realidad la ley define exclusivamente la protección de la actividad sindical, sin importar quien la ejerza.

Hay que armar la agenda con los temas fundamentales. Tengo entendido que se empezó a avanzar en el análisis de toda la jurisprudencia dictada durante la dictadura militar en todos los fueros, y evaluar su actuación. Pero, además esto habría que hacerlo en todos los momentos.

Otro tema fundamental es ver que los jueces no usaron las instituciones protectoras de los derechos de los argentinos. Un caso emblemático fueron las acciones de amparo durante el neoliberalismo, porque uno entiende que en la dictadura militar la Justicia no se dedique a amparar derechos constitucionales, ya que la Constitución está borrada. Pero ya en democracia hubo una actitud muy clara de no amparar ninguno de los derechos violentados, prácticamente la institución del amparo se convirtió en una institución muerta. Esta actitud ilustra, por un lado, cómo la Justicia acompañó determinado proyecto de país, no precisamente el que contempla a las mayorías; pero además, permite descubrir la *coherencia* de la actitud de determinados magistrados o magistradas que, a lo largo del tiempo, acompañaron las ideas dominantes en la Argentina y boicotearon cuando esas ideas perdían fuerza. Quiere decir que se nota la *pertenencia e iden-*

tificación de los sectores centrales de la magistratura a determinados intereses.

Otro aspecto que tiene que ver con los trabajadores, con el pueblo en general y los judiciales, es analizar como las elites y los sectores más retrógrados de la sociedad han copado las estructuras de decisión del Poder Judicial, como las Cámaras, y de esta manera se preserva la cuestión corporativa de la magistratura mediante el sistema de selección de magistrados; porque las "trenzas" van garantizando que los jueces que se vayan incorporando en primera instancia respondan a esos lineamientos, con lo cual, los tiempos cambian pero la corporación sigue intacta, sigue creciendo.

Respecto a la estructura judicial en sí misma, hay que investigar cómo se han deteriorado las condiciones de trabajo mediante la flexibilización "por goteo" ejecutada durante el neoliberalismo; es decir, como la Justicia también sufrió este sistema. Aunque hubo un gremio que luchó, un gremio que impidió que se avanzara sobre aspectos centrales, se fueron metiendo por determinadas instituciones y espacios y fueron flexibilizando en la letra y en los hechos las condiciones de trabajo, deteriorando las mismas con el aumento de la violencia laboral, por citar un caso. Lo que nos lleva a las consecuencias que todo ese deterioro fue generando en la salud de los trabajadores, que puede verificarse en las estadísticas de licencias, en los tratamientos de la obra social y un montón de cosas que están pendientes de investigación.

Juan José Nardi: *¿Podrías dar algún ejemplo donde se vea esa acentuación del proceso de flexibilización?*

Julio Piumato: Cuando en los `90 la UEJN se fortaleció empezamos a tener incidencia en la carrera judicial, y pudimos generar toda una jurisprudencia al respecto. Hasta ese momento era un disparate ya que el gremio prácticamente no existía. Sin embargo llegó un momento en que empezaron a revertirla, a pesar -reitero- de la fortaleza del gremio. E insistieron sobre este punto donde el arbitrio, no la justicia, es la regla de juego.

De esta manera fueron violando la carrera judicial por la vía de los contratos. Como no podían violentar la jurisprudencia, empezaron a generar la institución de los contratos, e hicieron entrar una cantidad de gente "por la ventana" para después efectivizarlas; es decir, toda una maquinaria tendiente a garantizar el acomodo y la pertenencia a la corporación. En este contexto, garantizar los derechos de los trabajadores era la mejor manera de garantizar una justicia más ecuánime.

En otros países se utilizaron otros métodos, como en Bolivia donde eliminaron la estabilidad de los trabajadores judiciales, y todos estaban bajo la figura de las pasantías. Entonces algunos quedaban pero la mayoría se iba, cambiaban una vez por año y evidentemente no había ninguna persona que tuviera noción de como se manejaban las causas en la Justicia. Hoy, en cambio, el nivel de información que tienen los trabajadores es muy grande, y hasta redactan las sentencias, es decir, conocen la fuente de información que sin un gremio fortalecido eso es inocuo, con un gremio fuerte es peligroso para el sistema.

Juan José Nardi: *Ya que mencionás el contexto latinoamericano y viendo el proceso político que se está dando en la región, ¿qué reflexión podrías hacer al respecto? Mencionaste el caso de Bolivia...*

Julio Piumato: Así como nosotros estamos atrasados en materia de reforma judicial, también lo están el resto de los países de América Latina, es decir, la situación de la Argentina donde anidan las ideas más retrógradas es común a toda América. Toda América Latina fue infiltrada por las propuestas del Banco Mundial que apuntaban a hacer eje en las herramientas y no en los contenidos -el "gatopardismo"- y eso sucedió en la educación, la salud, en todos lados. En la educación se reforman los métodos, pero los contenidos siguen y en la Justicia es lo mismo: se hacen grandes reformas de la gestión judicial, pero el objetivo es ocultar la reforma que hacen de contenidos de las sentencias que la dirigen en el sentido que ellos quieren, es decir, la gran reforma de gestión es la cortina de humo para esconder el alineamiento de las jurisprudencias al interés del capitalismo financiero internacional y que además lo decían en el Banco Mundial: garantizar el libre flujo de los capitales financieros - especulativos le decimos nosotros- por el mundo.

La justicia no podía ser una traba para eso, por eso ellos en el programa base del Banco Mundial ponen la reforma de gestión y la de la enseñanza del derecho, no para capacitar más -ese es el "verso"- si no para homogeneizar una formación destinada a garantizar los intereses de dominación. Ese es el modelo del Banco Mundial y desgraciadamente no se ve, a pesar de los procesos liberadores de integración, que haya una matriz de reforma judicial conforme a los proyectos de liberación; que si se ven, por ejemplo, en relación a las fuerzas armadas con la puesta en marcha de ese órgano estratégico conjunto de defensa que va a funcionar en Buenos Aires; pero no se ve en materia judicial. Esta es una asignatura pendiente que nosotros en el bloque lo vamos a plantear porque, por ejemplo, en Venezuela hay una inversión muy grande en justicia pero se hace con los cánones del Banco Mundial, que pasan por las normas ISO, la informatización sin importar el contenido de las sentencias, etc. No responde a la lógica de gestión social que es el mecanismo que nosotros planteamos de reforma. Algo similar ocurre en Brasil, donde hemos estado recientemente, y en la Justicia se viven los mismos problemas, las mismas situaciones de pisoteo de derechos, el mismo doble juego dialéctico entre jueces y trabajadores.

Creo que en América Latina sigue avanzando el neoliberalismo, menos en algunos lugares que en otros; por eso es tan importante fortalecer una propuesta sobre la matriz del modelo de justicia que necesitan nuestros pueblos.

Juan José Nardi: *Para terminar, si se tendría que trazar una agenda, ¿cuáles serían los puntos principales de esta matriz?*

Julio Piumato: Para esto es necesario no poner por delante las herramientas sino los contenidos. Lo dije cuando estuve en la reunión del Consejo de la Magistratura: que debatir qué justicia queremos es como debatir qué educación queremos. ¿Cómo debe ser la justicia? ¿Debe ser independiente? ¿Independiente para qué? En otras palabras, debe cumplir el rol constitucional; o sea, garantizar el libre ejercicio de los derechos individuales

y sociales de todos los ciudadanos. Para esto hay que generar una justicia donde la institución del amparo esté allá arriba, todo lo que sean garantías constitucionales estén por encima de todo y a partir de ahí necesitamos un perfil de jueces en el que si bien es importante el conocimiento del derecho, es más importante la sensibilidad social que tengan. Así, desde el juez empezás a diseñar la línea para abajo, o sea, hay que formar políticamente a los cuadros intermedios de la justicia; *políticamente* en el buen sentido de la palabra, todos tienen que saber cuál es la función y la responsabilidad social que tiene el Poder Judicial, para qué estamos en la justicia.

Una vez que esté diseñado esto, ahora sí buscamos la herramienta. ¿Cómo van a ser las políticas de gestión? Una herramienta que te permita -como hacen ellos- controlar la eficacia, entonces lo importante no son cuantas sentencias salieron sino en cuántas de ellas se garantizaron los derechos de los que asisten y en cuantas no, esa es la estadística más importante.

Obviamente, si las sentencias son pocas también va a haber que verificar las razones, porque por más que se verifiquen las garantías cuando salen las sentencias, en todas las que no salen se da una negación de derecho. Pero el criterio final tiene que pasar por otro lado; no meramente por la eficiencia. Hay que distinguir bien entre eficacia y eficiencia: una es hacer bien las cosas de acuerdo a las costumbres y la otra es hacerlas bien para conseguir el objetivo buscado que es que los derechos sean amparados, esto es lo que tenemos que buscar, que no haya una "justicia de dos caras" que es lo que vemos hoy.

Juan José Nardi: *¿En qué consiste el intento de insertar las normas ISO en la Justicia?*

Julio Piumato: ¡Es un disparate! La Justicia no es una fábrica de tornillos. De la Justicia salen sentencias y éstas deben verificar derechos, entonces ahí lo importante no es el número de sentencias que salen si no cómo salen; o sea, primero ver cómo salen y después lo demás. La lógica de las normas ISO no verifica el contenido de las sentencias, sino meramente asuntos cuantitativos. No hay estadísticas sobre si las sentencias son buenas o malas, justas e injustas. Solo si salen rápido. ¡Es un disparate!

Entrevista a
Raúl E. Zaffaroni,
Ministro de la Corte Suprema de
Justicia de la Nación



Por Juan José Nardi y
Julio Gómez Carrillo

Juan José Nardi: Queríamos comenzar preguntando si existe para Ud. una agenda de investigación en el ámbito de derecho en las universidades argentinas y si existe, qué temas se trabajan...

Raúl Zaffaroni: Yo no tengo un panorama de todo el derecho; en lo que se refiere a Derecho Penal no es así, más bien la investigación es de carácter individual al igual que lo que se trabaja; equipos de investigación integrados hay pocos y no existe un gran apoyo oficial.

Juan José Nardi: ¿Tiene conocimiento sobre los temas que dichos equipos?

Raúl Zaffaroni: En equipos lo más idóneo para trabajar son los temas de criminología, más que de derecho; la temática de derecho ciertamente es más de investigación individual, salvo que haya un jefe de equipo que en realidad es el que hace la investigación y asistentes que hacen la recolección del material y todo ese tipo de tareas. El problema es que los temas jurídicos en general es más difícil trabajarlos de forma colectiva, me refiero a lo que es doctrina. Sí se puede trabajar en equipo y es conveniente hacerlo cuando uno está trabajando derecho comparado, legislación comparada, jurisprudencia comparada, pero si se trata de elaboración doctrinaria es una tarea más bien individual.

Juan José Nardi: ¿Y qué temas consideraría Ud. que sería pertinente trabajar y que no se están trabajando?

Raúl Zaffaroni: Creo que hay una enorme omisión en este momento en lo que respecta a la destrucción del Código Penal; creo que lo que habría que hacer es un buen balance de todas las reformas que se han hecho desde el '84 hasta la fecha y destacar la gran dificultad que existe para hacer una interpretación coherente de las normas penales, en derecho me refiero. De eso no se ha hecho nada, decimos cosas pero las decimos más o menos, pero no en un trabajo donde se ha hecho un balance, donde se pongan de manifiesto las contradicciones, las arbitrariedades político criminales que se han hecho con todas estas reformas que son parciales, incoherentes. Nos han destruido el Código y la dificultad es que un Código es un instrumento para hacer sentencias, tenemos que hacer sentencias racionales con una ley que no tiene nada de racional, no facilita la construcción de racionalidad. Esto en el ámbito jurídico penal.

Creo que sería un deber de la academia ponerse a trabajar un modelo de Código Penal, hacer pesar un poco el poder académico en ese sentido, tomar el proyecto del 2006 y ponerse a discutirlo en serio, escribir sobre el proyecto y ver cómo se lo puede ir mejorando, cómo se puede ir trabajando sobre ese proyecto, llegar a un cierto consenso en algún momento y hacer un Código porque un Código tiene que salir con bastante consenso, pero bueno, eso hay que irlo trabajando. Creo que es un muy buen documento para comenzar.

Juan José Nardi: ¿Qué consecuencias trae el Código tal cual existe hoy?

Raúl Zaffaroni: La primera que no sabemos realmente cuál es la pena máxima privativa de libertad. Cuando llegamos a un grado tal que no sabemos eso es porque un código se desintegró; tenemos reformas parciales y de repente una ley N° 26.200 que nos dice: bueno, el genocidio va a tener como pena máxima veinticinco años y si hay muertos va a tener pena perpetua, pero se supone que es la perpetua de la convención y ésta tiene una que acaba a los veinticinco años y el código nuestro dice que acaba a los treinta y cinco, entonces parece que tenemos algunos delitos que son más graves que el genocidio, lo cual me parece un poco difícil, salvo que uno

cambie toda la idea de la Constitución: la persona ya no es el bien más valioso, ahora hay otros. Da miedo que haya gente que piensa eso pero para eso hay que cambiar la Constitución. Otro tema, qué pasa con todas las contradicciones que hay con la 'probation' frente a la pena de inhabilitación; conductas que están tipificadas y que se han vuelto a tipificar, están calificadas y se han vuelto a calificar. Nuestro Código tiene un resabio muy viejo de contradicción y que las reformas lo han complicado todavía más. Entre el robo con resultado de muerte y el **homicidio criminalis causa**, no se sabe, cada jurisprudencia dice una cosa distinta.

Las penas están desequilibradas en razón de bienes jurídicos, han quedado penas donde se protege más la propiedad que la vida o que la integridad física.

En cuanto a la cuantificación de la pena teníamos una fórmula sintética en nuestro Código que es realmente señero en establecer este tipo de fórmulas y eliminar todas las listas de agravantes y atenuantes tabuladas y hoy resulta que a la fórmula sintética le agregaron unas agravaciones abajo que no sabemos adónde llevan y además, hay un par de leyes que están afuera del Código que por otra parte también agravan todos los delitos del Código, a lo cual uno dice: bueno, se acabó el Código, ya no existe más, lo cual permite un espacio de arbitrariedad sentenciadora grande, es decir, afecta a la seguridad jurídica.

Juan José Nardi: Y estos temas investigación que estaba planteando, ¿sería bueno para Ud. que fueran trabajados desde ámbitos interdisciplinarios o serían cuestiones que tendrían que ser trabajadas solamente por gente de derecho, juristas?

Z: Creo que fundamentalmente serían juristas pero hay todo un ámbito que tiene que ser investigado interdisciplinariamente que es otro tipo de investigación, por ejemplo: ¿adónde vamos con los códigos procesales acusatorios que se están sancionando en todo el país?, ¿cuál es la realidad de esos códigos?, ¿estamos yendo a un acusatorio o a un inquisitorio a través del juicio abreviado? Eso requiere una investigación de campo, no es menor el detalle, es decir, cosas que se han hecho en el ámbito penal pero el procesal penal por otro lado se ha convertido en una cosa pragmática donde los principios procesales se sancionan, son muy bonitos, están en la ley, pero en la práctica no funcionan. Qué resultado o qué tendencia nos está revelando este ensayo, todas las cosas que vienen de Chile, con el procedimiento de la sentencia "prêt à porter" en el caso de flagrancia, ¿qué significa esto? Quizás yo me inclino cada vez más a pensar en que habría que volver a una jerarquización de infracciones. No sé si crimen o delito o contravenciones -esa es la histórica- pero bueno, tres o cuatro categorías de infracciones por gravedad, con procedimientos distintos, con decisiones, soluciones y penalidades distintas; creo que si no hacemos eso nos vamos a una eliminación del juicio penal, es decir, no hay un país en el mundo donde todos los delitos del código penal, que todos sean delitos y todas las demás infracciones no existen, se vayan a resolver con un proceso acusatorio, formal, etcétera. No hay presupuesto que pueda aguantar eso y hay que dar soluciones, entonces uno de los caminos, que me parece muy peligroso, es el de suprimir el juicio por vía del juicio abreviado -llamado eufemísticamente juicio abreviado-; otro es el de administrativizar delitos, lo cual es grave porque formalmente dice: bueno, lo saco del derecho penal... lo hace pero se lo da al derecho administrativo donde hay menos garantías y el otro sería hacer una jerar-

quización de infracciones y conforme a eso voy a ver cómo resuelvo los distintos conflictos: una cosa es un hurto simple de una cosa de menor valor y otra cosa es un homicidio calificado, más bien habría que pensar que tienen que tener procedimientos y formas de resolución distintas.

Julio Gómez Carrillo: Eso supondría sumar lo que comúnmente se llama justicia restaurativa

Raúl Zaffaroni: Hay un ámbito amplio de justicia restaurativa que sí se puede aplicar, después de todo esta es una gran novedad que nos llega de Europa que era la que aplicaban los indios antes que llegaran los españoles...

Juan José Nardi: Para terminar con esta parte, ¿está trabajando, investigando en particular algún tema hoy?

Raúl Zaffaroni: No, sigo con algunas cosas de genocidio y estoy pensando pero todavía no me senté a escribirlo con más detalle en un replanteo de la criminología, desde el punto de vista de la prevención del genocidio.

Julio Gómez Carrillo: La última pregunta sería ¿cómo se le ocurre motivar a que generaciones jóvenes de la estructura judicial, de la Facultad de Derecho o de otras disciplinas se animen a encarar este tipo de estudios más sistemáticamente, qué les diría acerca de por qué razones vale la pena?

Raúl Zaffaroni: Primero, por seguridad jurídica porque hace al principio republicano si no vamos a tener un abuso de autoridad por cualquier lado, una anarquía, un descontrol de lo que puede ser la actividad represiva. Por otro lado, estamos viendo cada día con mayor alarma que todas estas cuestiones están siendo manipuladas políticamente, es decir, el centro de decisión en muchas de estas consecuencias son la consecuencia de una manipulación de carácter mediático; los medios de comunicación se han convertido en el mundo en partidos políticos y el ejemplo más claro lo tenemos con Berlusconi; en Francia vemos que los diarios son cada vez menos leídos y además son comprados por los grandes consorcios industriales; la televisión nos está manejando con la imagen... tiene que haber quien se ocupe de la realidad... está este riesgo, es así, sube, baja, responde a la verdad, no responde, un poco lo que hay de por medio es salvar la conciencia de uno frente a la construcción mediática de la realidad, en qué mundo vivimos, qué pasa en mi sociedad, la manipulación mediática será manipulación mediática pero se ha llevado la cosa al centro de la política lo cual, por otra parte, nos está ocultando otros riesgos... si me dicen: este es el único riesgo y lo magnifican, no percibo los otros riesgos que también existen. Creo que el mayor incentivo es ver en qué mundo vivo, cuál es la realidad que estoy viviendo todos los días, ¿es la que me muestra la televisión o hay algo diferente que está pasando?

Reseña

La fuerza del derecho de Gunther Teubner y Pierre Bourdieu

Laura Bejarano Moreno

La fuerza del derecho, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005, 220 páginas

Pierre Bourdieu, Gunther Teubner.

Lic. Laura Bejarano Moreno



Este libro editado por Siglo del Hombre Editores, recopila dos artículos muy interesantes que invitan a la reflexión de las prácticas jurídicas desde diferentes esferas académicas. Por un lado, *"Elementos materiales y reflexivos del derecho moderno"* realizado por Gunther Teubner, profesor de Derecho Comparado y Teoría Legal en la Universidad de Frankfurt, por el otro, *"Elementos para una sociología del campo jurídico"* realizado por Pierre Bourdieu, profesor de Sociología en el College de France. Ambos autores afamados referentes en sus respectivos campos.

Los dos parten de la premisa weberiana, a partir de la cual se postula la idea de derecho como sistema esencialmente ordenado alrededor de una racionalidad formal, la cual es responsable y protagonista de las insuficiencias que el derecho presenta en las sociedades contemporáneas.

Antes de comenzar a relatarles los puntos esenciales de ambos artículos hay que destacar que, si bien es cierto que existen un error concreto de corte teórica en el caso del artículo de Bourdieu, quizás por la traducción, quizás porque el profesor Carlos Morales, traductor y autor de la introducción del libro, desconoce la profundidad teórica del concepto de *habitus*, es de agradecer el esbozo teórico general que el profesor realiza en la introducción. Es obligatorio resaltar el esfuerzo por democratizar el conocimiento, desenjaularlo de conceptos rígidos a los cuales sólo podríamos acceder teniendo una formación académica específica. Este libro reafirma la línea de pensamiento a partir de la cual se privilegia la mirada plural, la necesidad de abordar desde diferentes prismas y tradiciones teóricas los problemas con los que nos encontramos en nuestras sociedades modernas, facilitándonos las herramientas necesarias para ello.

Entrando en materia, el nexo de unión entre dichos textos, cómo se mencionó anteriormente, es la reflexión sobre la racionalidad de las prácticas jurídicas: De dónde proceden, para qué sirven y cómo se relacionan con la crisis actual entorno a la concepción occidental del derecho.

El texto de Teubner está dividido en cuatro apartados: Teorías neoevolutivas sobre el derecho, Hacia el "derecho responsivo": dinámica interna del cambio legal, "Principios organizativos" y "complejidad social adecuada": covariación de las estructuras legales sociales y por último "Derecho reflexivo".

El autor, muestra cómo la crisis es el producto de dos visiones diferentes a la hora de comprender la racionalidad del derecho: la racionalidad formal weberiana enfrentada a la racionalidad material. Mientras que la primera concibe el derecho como un sistema de nor-

mas universales cuya racionalidad reside en el propio cuerpo de profesionales que usan un razonamiento legal para resolver los conflictos, la racionalidad material está enfocada a una intervención finalista, a fines concretos. Dicha racionalidad tiende a ser mas general y abierta, pero al mismo tiempo más específica que el derecho formal clásico. ¿Por qué esta tendencia puede ser ambas cosas?, tal y como señala el profesor Teubner la rematerialización, nombre con el que se denomina esta tendencia materialista, supone una amenaza para el individuo en tanto que lo deja vulnerable ante las acciones estatales, algo que en teoría impedía el derecho formal clásico al ser mas universalizante, pero, por otro lado, esta rematerialización lleva consigo el derribo de las barreras que se había puesto a la intervención burocrática en la esfera privada, esto es, nos permite llegar a esferas a las que antes no se llegaba gracias a su especificidad finalista, como puede ser la familia o la vecindad.



Utilizando las teorías neoevolucionistas, Teubner propone una nueva perspectiva que supere los modelos evolucionistas de Habermas y Luhmann, por el lado alemán, y los trabajos de Nonet y Selznick por el lado estadounidense. Esta “nueva” perspectiva, denominada “derecho reflexivo”, permite una aproximación que proyecta y concibe el cambio en el derecho y en la sociedad como consecuencia de la crisis evolutiva en ambas esferas. Para el autor, el jurista, quien pretende regular la sociedad mediante el instrumento jurídico, debe partir de una concepción de la realidad a partir de la cual la sociedad se halle dividida en sistemas funcionales y autónomos, cada uno de ellos regulado por sus propias operaciones. Se trata pues de los tradicionales sistemas autopoieticos de teoría de Luhmann.

El sistema jurídico sería un sistema autónomo mas, con la diferencia de que estaría encargado de regular al resto de sistemas, ¿Cómo regular a sistemas autónomos? El gran problema del “derecho reflexivo” es el “trilema regulativo”. Teubner lo supera proponiendo un modelo de derecho que oriente su funcionalidad a la regulación social mediante prácticas normativas, sin inducir en el funcionamiento interno de los sistemas, sino que simplemente establezca y garantice las condiciones para la operatividad autónoma de cada uno.

A decir verdad, esta funcionalidad en el derecho reflexivo de Teubner recuerda a la función kantiana del derecho, influencia que ya se encuentra en Luhmann, en la cual el derecho tiene que ser un garantista para que el sujeto despliegue sus potencialidades. Sólo tendríamos que sustituir individuo por sistema autopoietico. De tal forma, el derecho únicamente velaría por la libertad de funcionamiento de los sistemas sociales.

Es complicado no asociar esta idea a un debate jurídico-económico-político. Llegados a este punto me pregunto: ¿Puede el sistema jurídico intervenir en el funcionamiento interno del sistema económico o político? ¿Puede el sistema político intervenir en el sistema económico?. La consecuencia lógica aplicando esta teoría sería un rotundo no, al menos, no de forma directa. Por tanto, es difícil no ver que, más allá de una mera descripción objetiva de la realidad funcional del sistema jurídico, existe en esta teoría, como siempre o casi siempre

oculto, un poso neoliberalista. Una vez neutralizada la posibilidad de incursión del sistema político en el sistema económico y una vez que el sistema jurídico sólo se preocupa de que el sistema económico, o cualquier otro sistema, pueda seguir sus dinámicas internas velando por su libertad de funcionamiento, tendríamos una total desregulación o regulación autónoma.

Gracias a estas buenas intenciones objetivas, que sólo pretenden dar cuenta del funcionamiento y funcionalidad del sistema jurídico, se avalaría a “la mano invisible” para la autorregulación social, con todas las implicaciones que ello conlleva. Por último, esta descripción supuestamente objetiva, también deja cerrada la eterna discusión acerca de la incursión política en el sistema jurídico, lo que es, cuanto menos, ingenuo. Es imposible pensar en un sistema autónomo que regule por encima de la totalidad de la esfera social sin que se produzca una retroalimentación con la misma, aun que sea, como dice el profesor Teubner, únicamente con fines facilitadores de su dinámica interna.

El segundo artículo, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, realizado por Bourdieu dista de la concepción sistémica de Teubner. El artículo está dividido en cinco apartados: la visión del trabajo jurídico, el establecimiento del monopolio, el poder de nombrar, la fuerza de la forma y los efectos de la homología.

El error conceptual del profesor Morales mencionado al inicio de este artículo, responde a la equiparación del concepto de *habitus*, concepto longitudinal en toda la obra de Bourdieu, con el del “hábito”. Sin entrar en un análisis profundo, la diferencia esencial radica en que *habitus* es un concepto generador, es algo adquirido, una serie de disposiciones producto de las prácticas sociales, de las estructuras del entorno físico y afectivo. Condicionamientos que tienden a reproducir la lógica de estos condicionamientos, pero sometiéndola a transformación. El “hábito” por el contrario es algo repetitivo, mecánico, más reproductivo que productivo, y si algo tiene el *habitus* es la capacidad de generar, de ahí emana el conocido juego bourdeano de palabras: estructura estructurante estructurada.

La consecuencia de la existencia de un *habitus* es la posibilidad de correspondencia entre distintos campos, entendiendo estos últimos como las diversas esferas de relación social. Los campos son redes de relaciones entre los agentes que poseen diferentes clases de capital y sus interacciones o relaciones, ya sean de dominación, subordinación o igualdad. Las relaciones dentro del campo se definirán según el tipo de poder o capital específico que tengan los agentes, el cual condicionará su acceso a determinados beneficios dentro del mismo. El concepto de agente debe ser entendido no sólo como aquellos individuos que entran en la lucha o competencia de los espacios sociales y el capital simbólico, sino también como grupos que tienen capacidad de incidencia en el campo.

En lo que se refiere específicamente al campo jurídico, Bourdieu lo caracteriza por la existencia de una fuerte **correspondencia** entre el lugar que ocupa un agente en el **campo jurídico** y su posicionamiento en el **campo social y cultural**. En segundo lugar, este campo se caracteriza por las reglas de conducta específica que operan en él. Una vez aceptado el juego del campo, **los agentes asumen reglas de conducta pactadas** que determinan que se considere derecho; “que es y que no es”. La tercera característica asume que el campo está

limitado por la idea de **competencia jurídica**. Esta es entendida como “quién es y quién no es” competente para participar en la lucha, lo que divide a los agentes en competentes o profanos. Por último, la lucha que se produce en el campo jurídico es consecuencia de la tensión constante entre teoría y práctica, que no es más que la rivalidad, la **búsqueda del monopolio por la interpretación del derecho**, lo que conlleva según Bourdieu a un incremento en la división del trabajo que se profundiza a través de el establecimiento de una retórica autónoma. Bourdieu recoge tres grandes efectos del campo jurídico que permiten establecer esta retórica: El efecto de apriorización; neutralización y universalización. El establecimiento de esta retórica posibilita por un lado, una coherencia interna del campo que desemboca en un mejor posicionamiento y una mayor acumulación de conocimiento en aquellos agentes que poseen este capital. Por el otro, al distanciarse del lenguaje común, produce una brecha que incrementa la frontera entre “competentes” y “profanos” a través de la elaboración del formalismo y procedimientos, que obligan a éstos últimos a recurrir a los servicios de los primeros.

Por tanto, se trata de la división del trabajo tanto en el exterior del campo jurídico, la distinción del “ellos” del “nosotros”, como de la división interna dentro del mismo.

La división del trabajo internamente está determinada por las jerarquías existentes en las diferentes instancias judiciales, lo que permite cierta predecibilidad en la resolución de conflictos. Si el objeto de lucha dentro del campo reside en la apropiación, en el monopolio del capital simbólico del texto jurídico, cuanto mayor capital tenga el agente, mayor será su rango dentro del campo. Esta división del trabajo, aparte de ser un proceso histórico, es una forma de legitimación de la dominación. Los profesionales que poseen competencias técnicas y sociales diferentes, aceptan las normas y renuncian, como mencionamos anteriormente, a cualquier tipo de violencia física o simbólica en tanto que, una vez que deciden entrar en el juego del campo jurídico asumen las reglas que el mismo tiene acerca de la interpretación del derecho.

En definitiva, Bourdieu está señalando cómo los agentes reproducen las dinámicas del campo. De esta forma esboza una teoría capaz de explicar por qué se requiere de un gran esfuerzo para la mutación o el cambio de la estructura judicial, dilucidando a su vez cuál es la racionalidad de la práctica jurídica.

Para concluir, me gustaría recalcar que la competencia que se produce en este campo en la que los profanos quedan aislados, que está sometida a la propia dinámica interna de las reglas del derecho, no se produce en pro de la eficacia o de la justicia, se produce simple y llanamente por la búsqueda del monopolio del capital simbólico de los agentes implicados en el campo jurídico. Esto refutaría la teoría de sistemas de Luhmann o Teubner en tanto que la autonomía del derecho, relativa autonomía, es producto de la lucha ligada a intereses particulares de los agentes y no en pro de una eficacia sistémica. Queda fuera de la teoría de sistemas una argumentación que posibilite la explicación de la lucha y las tensiones existentes dentro del sistema jurídico, es más, esta argumentación es evitada en pro de sortear el “trilema regulativo”.

Socialmente legitimamos a los agentes jurídicos para interpretar los distintos textos jurídicos, lo que nos lleva a afirmar, después de todo lo expuesto, que en la práctica serán los dominadores los que impongan el derecho como conquista de la lucha interna. Si tenemos en cuenta la fuerte correspondencia entre el posicionamiento en el campo jurídico y el campo cultural y social que Bourdieu afirma, podemos suponer que esas cuotas de poder y esa capacidad de acceder al capital simbólico necesario, están en manos de una reducida esfera social. En definitiva, el juego en el campo jurídico desemboca en la dominación y la legitimación de un orden social que transforma la regularidad en regla, en normalidad. La regularidad es interiorizada de tal manera que no nos cuestionamos su procedencia, es lo que Bourdieu denomina “fuerza de norma”.

Después de todo lo expuesto ¿Dónde y cuándo puede producirse ese cambio necesario para reorientar y adaptar la práctica jurídica a sociedades democráticas cada vez más cambiantes, más líquidas, tomando el concepto de Bauman? Quizás la respuesta se encuentre en la asociación gremial, la unión de agentes que permita la ruptura de la legitimación de la dominación y la división del trabajo tanto dentro como fuera del campo jurídico o, por lo menos, que reoriente y equilibre la obtención del capital simbólico necesario para el posicionamiento de los agentes dentro de la jerarquía jurídica, a través del cambio en la normatividad interna. Quizás de este modo, en un futuro, la democratización interna del poder judicial sea un hecho y no una utopía.

Es responsabilidad de todos los agentes sociales cuestionarse la normatividad y normalidad jurídica, pero deben ser los agentes insertos en el campo jurídico, el motor del cambio.

Debate

El caso Baltasar Garzón

IEFyC

Indignación y vergüenza

CFMF Bejarano Moreno

*"Cómo voy a olvidarme,
Si el olvido es mi memoria,
¿De qué debo olvidarme?,
Están hablando en broma.*

*Cómo voy a olvidarme,
Sólo olvidan los bobos,
Que reescriben la historia,
Para borrarlo todo (...)*

*Como voy a olvidarme,
De todas las derrotas,
De tantas humillados,
De las familias rotas
(...)"*

El pasado 23 de Marzo, asistí a la concentración que desde el la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación se realizó en el Palacio de Tribunales de Buenos Aires, como homenaje a los judiciales desaparecidos durante la dictadura militar. Lo admito, me emocioné.

Mientras yo estaba en este acto de reconocimiento de crímenes de lesa humanidad, en mi tierra comenzaban a salir los primeros titulares acerca del procesamiento por prevaricación del juez Baltasar Garzón. ¿Veré yo alguna vez en España un reconocimiento que se asemeje a los que se realizan en Argentina?

Por un momento me proyecté hablando con el Doctor Zaffaroni, agradeciéndole como española, nieta de republicanos, el apoyo brindado a Garzón. Volví a la realidad cuando los compañeros cantaban la última y única frase del himno argentino que conozco "O juremos con gloria a morir". Nunca me consideré abanderada de nacionalidades o nacionalismos, pero la semejanza de vuestro himno con el español "Juremos por ella vencer, vencer o morir" provocó que mi inconsciente, tal vez por asociación libre, me llevara de vuelta al mundo real, invadiéndome en un sentimiento de indignación y vergüenza indescriptible.

Qué? ¿Pensabais que el himno español no tenía letra? No es así, esta es una de las tantas victorias simbólicas del franquismo, pero no la que más duele. Franco murió en la cama, sin ser juzgado y con honores de jefe de estado. Todavía hoy hay miles de desaparecidos a los que sus familiares no pueden dar digna sepultura, enterrados en fosas comunes, sin identificar, como consecuencia de ley de Amnistía de 1977, ley preconstitucional que se aplica a todos los delitos "de intencionalidad política" cometidos antes de diciembre de 1976.

Los tribunales españoles han impedido sistemáticamente las investigaciones sobre abusos cometidos durante la guerra civil (1936-1939) y la dictadura franquista (1939-1975). Que no me vengan con patrañas, que no me digan que sus actuaciones se ajustan al derecho. Por sanidad democrática, sería bueno alguna vez, que esos jueces y magistrados que administran justicia en nombre del pueblo, como dice la Constitución, oyeran al pueblo y reconocieran la labor de cientos de compañeros jueces y magistrados, fiscales y abogados que fueron apartados, degradados o ejecutados por no dar amparo al régimen franquista. No es función de los tribunales perseguir a aquellos jueces que interpretan la ley de forma distinta a la ortodoxia interpretativa de determinados sectores de la judicatura, sec-

tores vinculados históricamente a la derecha. Prevaricar es un delito⁴⁹, que tal vez ellos sí estén cometiendo, por no aplicar intencionalmente los pactos internacionales¹ suscritos por España anteriores a la ley de amnistía. Se amparan en la extinción de responsabilidad penal por el fallecimiento de los posibles imputados, pero se olvidan que la obligación de investigar para esclarecer los hechos no está subordinada a la existencia previa de posibles autores.

A finales del 2008, el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, se declara competente para investigar la desaparición de las víctimas del franquismo. Finalmente, un mes después, se inhibió en favor de 62 juzgados territoriales, sitios en las localidades donde se encuentran las fosas comunes a constatar.

A mediados de 2009 el Tribunal Supremo admitió a trámite una querrela del sindicato ultraderechista *Manos Limpias*, al que se sumaron *Libertad e Identidad* y *Falange Española de las JONS*, quienes alegaban prevaricación del juez Garzón. Es vergonzoso que el sustrato franquista que sobrevive en la sociedad española aproveche el sistema democrático, pero lo que verdaderamente me preocupa es que el Tribunal Supremo de mi país dé credibilidad y admita a trámite querellas presentadas por asociaciones manifiestamente antidemocráticas.

Para muestra basta un botón, el dirigente de *Manos Limpias*, Miguel Bernard, fue junto con Blas Piñar referente del partido ultraderechista *Frente Nacional*. Este último personaje tiene en su currículum haber sido procurador en las Cortes franquistas y consejero nacional del Movimiento. Qué decir de la *Falange Española de las JONS*, herederos políticos de uno de los brazos ejecutores del Franquismo.

Yo soy de esa generación de españoles que lo ha tenido todo. Quienes vivieron las luchas sociales fueron mis padres, quienes vivieron la guerra civil y posguerra fueron mis abuelos. Cuando en alguna conversación crítico el proceso de transición española, me dicen que no puedo opinar porque no lo viví... tal vez tienen razón. Pero yo estoy viviendo algo peor, las consecuencias de intentar esconder la historia, de pasar página sin realizar una depuración y un resarcimiento de víctimas y familiares, en pro de una ficticia convivencia pacífica que no reabra las heridas de una guerra fratricida dando por sentado que alguna vez se cerraron.

Baltasar Garzón, ha sido procesado, todavía no ha sido juzgado, estamos de acuerdo en que ni él ni nadie pueden actuar fuera de legalidad, pero todo hace prever que será suspendido⁵⁰, bajo la aprobación de un sector de la política nacional que reafirma la independencia judicial alegando que cualquier crítica a la misma hace tambalear el Estado de Derecho. Basta de falsedades, el Tribunal Supremo es tan merecedor de críticas como cualquier otra institución del Estado, basta de considerar al poder judicial institución sustentada en las nubes.

⁴⁹ Pactos Internacionales de Nueva York. el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). España se suscribe en 1977, comenzando las gestiones en 1976 a través de Marcelino Oreja, ministro de Asuntos Exteriores.

⁵⁰ Cuando esta nota fue escrita el Consejo General del Poder Judicial todavía no había suspendido a Baltasar Garzón y no se habían desencadenado los bochornosos acontecimientos posteriores referentes al aplazamiento en la concesión del traslado solicitado al Tribunal Penal Internacional de La Haya.

El problema de no depurar en su momento responsabilidades penales ha producido el olvido. Hasta 1976, no pocos fueron los jueces y magistrados que participaron y avalaron la represión política a través de los Tribunales de Orden Público, sometiendo la jurisdicción civil a la militar. Hoy por hoy, los avaladores del régimen franquista no están fuera de ninguna institución (sólo hay que ver la corona) mucho menos de la judicatura, que por su carácter elitista es el estamento más conservador.

La situación en España se agrava cuando desde el ejecutivo se elabora en 2008 la Ley de la Memoria en la que no se anulan las sentencias dictadas por los tribunales posteriores a 1936. La Ley de la Memoria si bien es un paso importante, es insuficiente, ya que la oposición derechista española ha conseguido edulcorar una ley que debería haberse configurado como bastión de la democracia. No es suficiente que se retiren de las calles estatuas de la dictadura, ni que se obligue a los ayuntamientos a cambiar el nombre de las plazas que llevan por mismo Caudillo por la Gracia de Dios o Generalísimo Franco. Mientras vosotros colocáis placas en los lugares donde se produjeron las desapariciones, todavía hoy en España existen resistencias, no se ha retirado la totalidad de la simbología franquista y no se ha reglamentado la ley de 2008 ni destinado partidas económicas específicas para abrir las fosas.

Ha pasado más de un mes desde el 23 de Marzo, día en el que yo sentí vergüenza e indignación. Numerosos han sido los actos en solidaridad del pueblo argentino, desde diferentes sectores, a todos ellos GRACIAS. Garzón es un actor más, su procesamiento una pantomima vergonzosa, pero espero que los tribunales argentinos tengan a bien mostrar solidaridad hacia pueblo español investigando los crímenes franquistas, aunque la Fiscalía se haya posicionado en contra.

No se puede perpetuar por más tiempo la invisibilidad de 113.000 desaparecidos.

*"Como voy a olvidarme,
Ya se que les estorba,
Que se abran las cunetas
Que se miren las fosas.*

*Y que se haga justicia
Sobre todas las cosas,
Que los mal enterrados,
Ni mueren ni reposan*

*Como voy a olvidarme,
De esa turba furiosa
De esos años de plomo,
Y curas con pistola."
" Como voy a Olvidarme"*

Victor Manuel