

¿Lo sustantivo del derecho penal?

The substantive of criminal law?

Natalia Monasterolo¹ y Laura Judith Sánchez²

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 572-592

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e414>

“Somos seres humanos sin saber lo que es hoy un ser humano”

Luis Alberto Spinetta

1. Dar cuenta de “algo”

Este texto intenta ensamblar la micropolítica del lazo, desde donde suscribimos las autoras, con una mirada crítica de la “dogmática penal” y su enseñanza en las universidades.

El lazo social está saturado de discursos que se sitúan en diversos horizontes ideológicos y al mismo tiempo, está suturado por pequeños filamentos que sostienen ese vínculo entre el sujeto y lo social y que aquí llamamos micropolítica del lazo. Desde ese lugar microscópico, cotidiano y situado es que escribimos; y lo hacemos en término políticos, puesto que se encontrarán con una posición deliberada, subjetivante y significativa entre nosotras (en tanto sujetas) y la palabra.

¹ Feminista. Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Docente de Derecho Penal I, todos, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora del Seminario interdisciplinario de Salud Mental y Derechos Humanos del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la mencionada facultad.

² Profesora. Feminista. Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Criminología por la Universidad Nacional del Litoral. Becaria Post-doctoral del CONICET.

A principios del 2001, Ricardo Piglia nos decía:

[E]n la Argentina la amistad y la conversación entre amigos(as)³ se ha convertido en un hecho político. Es decir, ese intercambio privado, ajeno al interés y a la lógica económica y a la noción de utilidad, ligado al uso, al tiempo perdido y al espacio contra público, se ha convertido –por efecto de la lógica despótica de la racionalización económica y del control policial– en una forma de construir y sostener redes sociales extra estatales y micro-políticas. La amistad aparece ligada a formas privadas de resistencias y actúa como alternativa en medio de la masiva unanimidad de los discursos públicos y de la deliberada disgregación de los lazos de solidaridad promovida desde el poder. Sólo los(las) amigos(as) saben que entenderse es difícil y solo ellos(as) hablan el lenguaje argentino en medio de la imposición generalizada del sentido único y del uso oficial de una jerga tecnocrática arrogante y vacía. La conversación entre amigos(as) es una condensación cifrada y microscópica de la convivencia posible en medio de la destrucción programada en la Argentina actual. (Piglia, 2001, 9)

Salvando las distancias contextuales, este fragmento expresa muy bien el lenguaje en que se es(ins)cribe este texto, que es fruto de una conversación entre amigas y que pone a circular distintas ideas y lecturas acerca del juego de la “dogmática penal”, especialmente en lo que respecta al proceso de traducción que se realiza desde la concurrencia de un conflicto social hasta la tipificación del hecho como delito. Ese proceso de conversión opera con múltiples mediaciones que suponen también horizontes políticos. El ocaso de este horizonte es el derecho penal, que mantiene su doble juego de artificialidad funcional del poder y segregación subrepticia de lo social. Desde allí se edifica una arquitectura social cuyos cimientos quiméricos están

³ La incorporación de la inclusión entre paréntesis del género femenino en la cita nos pertenece.

sostenidos por un lenguaje y una labor críptica sin los cuales se tornan imposible. En ese con-texto acontece *lo penal*.

Existe una idea muy extendida, particularmente en sociedades occidentalizadas como la nuestra, respecto a la comisión de un delito. Detalles más detalles menos, suele asumirse sin demasiada discusión que cuando alguien realiza conductas fuertemente desaprobadas por el “tejido social”, con seguridad ha cometido un delito y, por esta misma razón, merece un castigo.

Así, si una persona mata o lastima a otra, toma un automóvil que no le pertenece o incluso lanza deliberadamente una piedra para romper una vidriera, rápidamente se enciende un razonamiento cuasi-común que a una velocidad quizá más rápida que la de la luz no escamotea la versión de que allí, frente a esa muerte, ese golpe, ese apoderamiento o ese destrozo, se produjo un delito. Luego, a una velocidad similar aquello suscribe un pacto con el castigo, y el castigo es, para este razonamiento patrimonio de un universo colonizado en clave contractual y punitiva, la cárcel o el presidio. Por supuesto que más tarde, frente a este planisferio sin accidentes geográficos, la cuestión adquiere otras dimensiones, y entonces, aparecen los picos, las montañas y los valles, por allá surge algún curso de agua y por aquí se despliega una masa oceánica.

Es decir, la idea de persona se complejiza y resulta necesario efectuar distinciones (¿Sólo humana? Parece que también hay otras⁴), el castigo se hace *campo* y allí revela su máscara multiforme (¿Sólo la cárcel? ¿Qué decir de los diversos modos

⁴ Una clave para entender los avatares de la noción de humanidad enlazada a la de persona puede encontrarse en el significante que contienen las propias normas. Por ejemplo, cuando el derecho penal prescribe quien “mate a otro” sufrirá tal o cual pena, en ese otro que muere y en ese otro que mata se inscriben sin dudas características de lo que configura una persona. El asunto pasa por elucidar qué o quiénes portan ese rasgo, un asunto que en los últimos tiempos se ha complejizado, sobre todo desde la admisión de ciertos animales como personas no humanas. Aunque el debate que inaugura esta cuestión supera las posibilidades de este artículo vale la mención para comprender cuánto se juega en la premisa que construye un precepto penal.

de aplicar malestar?⁵), las conductas malas y cuestionables se hilvanan en un abanico de actitudes que ya no resultan indiscutidamente reprochables (¿También odiar, desear y ayudar a morir pueden ser delitos⁶!); el mundo, el mundo mismo se presenta entonces como una paleta de diferentes matices, y ya no se trata del color, sino de advertir las milimétricas diferencias que justifican el salto de un tono al siguiente.

Con todo, el juicio y el castigo asumen una relación marital, e inauguran de este modo una palestra de técnicas modulables en manos de operarios y operarias (*en)roladx's* en torno a una periferia de expectativas divergentes, cuyo desenlace –a veces anticipado, otras no–, encaja en un corsé punitivo cocido a mano con el hilo de la vigilia constante.

Pero hay más, una cosa más. De esa “otra cosa” se trata este texto, y como esa cosa adquiere aquí, allá y más lejos, el carácter de una intermediación, este es un texto sobre las mediaciones, que para nosotras son interferencias, pero también sobre los encuentros.

⁵ La cárcel, pese a los eufemismos legales, aquí y allá, ha supuesto en tanto castigo alguna dosis de dolor suministrado (Christie, 1988). El sufrimiento de este modo circunda entre los muros de la prisión. Desde las propias condiciones de detención hasta la extensión del castigo a los familiares y amigos/as de las personas detenidas, como un *continuum punitivo* (Ferreccio, 2017), dan cuenta de ello. Pese a las reformas penitenciarias, la comida sigue siendo incomible, la salud sigue interpelado el cuerpo desde todos los rincones de la prisión y los derechos se presentan suscribiendo el estatuto de privilegios. Por su parte, como todo “tejido social” supone una conexión entre el sujeto castigado y su entorno y por esa vía el maltrato se hace extensivo a las visitas, los estigmas se heredan de padre o madre a hijos, se expanden como un virus de propagación entre los parientes colaterales y les amigos. A esa producción de malestar social, que de a momentos coquetea con el delito, nos referimos aquí.

⁶ La pregunta es entonces ¿Qué justifica la intervención del derecho penal en circulaciones tan íntimas? Parece vislumbrarse aquí una moralina perfeccionista.

⁷ Como podrá advertirse a lo largo del texto –si es que ya no se ha hecho–, nos valdremos de cierta anarquía lingüística para expresar aquéllas palabras con sesgo sexual. A veces apelaremos a la “x” (todxs), otras a la “e” (todes), y en ocasiones distinguiremos entre la “o” y la “a” (todos y todas). Lo hacemos de este modo –para comenzar–, porque criticamos la tonalidad machista del español; y no tomamos una decisión respecto a una de esas variantes –para continuar–, porque asumimos que en este punto todo se encuentra en discusión, y este no es un texto diseñado para clausurar esa discusión.

Los encuentros, algunos, son potencias de fuga, salvoconductos para visualizar las pasarelas que imponen modos de circulación, y habilitar, al mismo tiempo, la idea de otros puentes donde la ruta dibuje un paisaje distinto; por esa razón lo que finalmente persigue este escrito es bosquejar otra forma de hacer camino, re-articulando los mojones que han mapeado la ruta que va de la matanza al homicidio, del golpe a la lesión, del vehículo ajeno al robo y de la piedra arrojada al daño; en rigor, de *lo que hacemos y somos*, al delito.

Dicho de otro modo, nos preguntamos ¿En qué momento las acciones humanas se convierten en delitos? ¿Cuál es la matriz en la que se asientan?; y, en última instancia ¿De qué manera contribuye la “dogmática penal” con el proceso de criminalización que termina en la selectividad del sistema penal?

Hemos transitado el aprendizaje del derecho integradas a un campo poblado de reglas indiscutidas, con ese arsenal nos formamos y aprendimos a mapear⁸. Luego, de una u otra forma llegó el tiempo de la aplicación, de poner en marcha la maquinaria analítica germinada durante tanto tiempo de escucha sumisa y obediente. Más tarde apareció la ocasión de la enseñanza; nos encontramos compartiendo espacios e inquietudes, experiencias de militancias⁹ románticas y dolientes, conjunciones autónomas y al mismo tiempo enlazadas, y particularmente, muy especialmente, nos encontramos habitando la misma incomodidad.

¿Qué es la incomodidad? ¿Qué potencia anida allí para poner en guardia y movimiento a los cuerpos inquietos? Quizá la incomodidad posee algún punto de contacto con la locura.

La locura es una experiencia temida, terriblemente temida, y cuando está allí, cuando finalmente se instaló, tendencialmente

⁸ Después de todo, parece que lo que nos enseñan y pretenden que enseñemos es a repetir la ruta, el mapa.

⁹ En nuestro contexto aún se estila usar la palabra militancia sin demasiado reparo de su origen y vinculación con lo militar. Estamos advertidas de la necesidad de hacernos la pregunta acerca de los alcances y desplazamientos sobre este vínculo; sin embargo, hemos optado por darle el uso corriente a la palabra para no extraviarnos en la discusión.

liberadora. Estar loca, estar loco, es, quizá, estar por fuera, mirar al margen de la escena, como quien adopta la perspectiva del expectador o de la expectadora y entiende, calcula, imagina, prefigura qué es lo que se cocina ahí, en esa pieza teatral en la que cada personaje se ha creído una existencia inventada.

La incomodidad es también una forma de mirar distinto. Colocarse un par de gafas que hacen síntoma para que tu cuerpo, ese cuerpo subjetivado de pies a cabeza, vibre profundamente, tiemble, se estremezca, y finalmente te diga: “Esto no funciona, algo va mal”.

La locura, la incomodidad y el feminismo, son, de alguna forma, parientes cercanos. Mejor aún, olvidemos las lógicas del parentesco, son amantes de verano; intensos, apasionados, fugaces, pero dispuestos a volver a amarse ante cada nuevo calor.

De modo que, gracias a este feminismo amoroso asido de la loca incomodidad, pusimos a rodar las discusiones que cobran forma en este texto. Nos encontramos incómodas, feministas, locas y entonces, haciendo base en esa estructura analítica, exportada, colonizadora, germánica y tasada, pensada para desgajar nada menos que el delito (como se verá, la dogmática penal), nos dijimos ¿Por qué asumir esta epistemología así, sin más?

2. Teoría, dogmática y *bla bla bla*. Algunas claves para pensar

Hay un registro memorístico¹⁰ casi inevitable para quienes, de uno u otro modo hemos estudiado derecho de una manera ortodoxa y, en esa ortodoxia, hemos circulado por la matriz de la academia. Ese registro nos habla acerca de la dogmática, del derecho penal, de la dogmática penal, de la forma de teorizar el delito y de la teoría del delito al fin.

¹⁰ El uso de la memoria como un recurso casi exclusivo para aprender el derecho penal demuestra el carácter inventivo y contra-intuitivo que reviste esta rama del derecho.

Como este no es un texto de dogmática penal (aunque sí acerca de ella), y aspira a no convertirse en eso¹¹, ahondaremos en ese registro que anida ahí, en el hueco oscuro de nuestra formación jurídica, apelando al recuerdo vivo, un recuerdo que formatea todos los caminos y nos hace decir que “cuando hablamos de lo que hablamos no podemos hablar de otra cosa más”.

Las primeras imágenes de la teorización dogmática acerca del delito nos colocan al comienzo de una gran escalinata, una escalera artística y monumental, como toda ficción jurídica.

Estamos ahí, paradas frente a una hilera de escalones minuciosamente diseñados, escalones que reproducen palmo a palmo las dimensiones de su antecesor, y que, hacia el interior, replican la escalinata, a veces más corta, a veces más larga, que le otorga forma a esa sucesión de peldaños.

¿Lo puedes ver? ¿Imaginas esa icónica seguidilla de ascenso hacia el delito?

El primer escalón se llamó alguna vez acción, el segundo tipo, el tercero antijuridicidad y el cuarto culpabilidad. Con el tiempo el primero pasó a conformar el segundo, a integrar su escalerilla interior, el segundo en ocasiones se lió con el tercero y el cuarto cedió escalones que fueron a parar al peldaño del tipo; alguna vez se dijo que existía un quinto escalón; la punibilidad¹².

Estas variaciones, patrimonio de diversos posicionamientos teóricos, no alteraron sin embargo la explicación frente a semejante diseño arquitectónico, una explicación analítica y lineal: El delito, para configurarse como tal, integra una sucesión lógica de relaciones antecedentes y consecuentes, en las que cada categoría debe ser agotada (o escalada, podríamos asumir) para acceder a la siguiente, es decir: un hecho social debe ser identificado como una acción que a su vez debe estar descripta

¹¹ Lo cual en modo alguno se distancia de un enfoque fuertemente crítico.

¹² No se trata más que de las fusiones y alteraciones que se produjeron en la teoría del delito a partir de las diferentes escuelas de la dogmática penal.

en la ley y configurar un tipo penal, que desde luego debe ser contrario al derecho (antijurídico) y luego debe probarse la culpabilidad con todo el entuerto que eso supone acompañado de una vasta discusión entre el dolo y la culpa. Una vez concluido ese ejercicio ascendente, trepado y superado el último escalón, podrá asumirse que la muerte ocasionada fue homicidio, que el golpe constituyó lesión, que el vehículo tomado consolidó un robo y que la piedra lanzada al vidrio se tradujo en un daño.

Antes, podrían ocurrir millones de cosas, que también componen una pieza teórica, y entonces, la muerte no ser homicidio, el golpe no constituir lesión, el vehículo no ser el objeto de un robo y el vidrio roto rehuir a la clasificación de un daño. Estas creaciones impositivas perfeccionan las mini-escalinatas constitutivas de cada gran peldaño: Creación de riesgos permitidos, errores de tipo o de prohibición, causas de justificación o de exculpación, inimputabilidad y hasta excusas absolutorias, son las abstracciones inventadas para colocar nombre a diferentes acontecimientos que poseen la capacidad del traspies¹³; si algo de ello sucede, te resbalas y, sencillamente, ya no puedes trepar¹⁴.

Pero no sólo se trata de la muerte, el golpe, el vehículo o la piedra, puedes imaginar mil y un escenarios más, como esa recopilación de relatos orientales inventados para escapar de la muerte; algo así como “Las mil y un versiones del mismo arquetipo”.

Y es que de todos modos, aun con esto, reversionando el camino del ascenso y colocando más y más exigencias a cada escalera interior, siempre acabarías atravesando la misma estructura:

¹³ Y acá emergen derivas entorno a la punibilidad. Por ejemplo, si no se crea un riesgo o hecho prohibido el tipo objetivo no se configura y por tanto no llegaremos a la punibilidad, pero, dogmáticamente hablando ello atenderá a la atipicidad. En cambio, si estamos ante una excusa absolutoria, el hecho, la conducta, será típica, antijurídica y culpable, pero NO punible. En todo caso, lo que importa aquí es que los propios elementos de la teoría del delito resultan insuficientes en sí mismos para dar respuestas a todos los casos y eso mismo habilita la pregunta acerca de la pertinencia de la epistemología de la dogmática penal.

¹⁴ Como si cada escalón estuviera compuesto por una sucesión de capas internas, al igual que una mamushka, una cebolla, un alcaucil, o la cucaracha de Lispector, la que GH se comió.

“perfecta”, “armónica”, “precisa”, “aséptica”, empinada, pálida e inmutable, al igual que una escultura de pulcro marfil.

He aquí entonces la explicación dogmática del delito, su fruto máspreciado (quizá) y más espiado por un universo académico como el nuestro, que mira lejos, hacia el occidente germánico, donde la teoría germinó.

Ese es el recuerdo vivo que se hace carne y cobra forma visceral, particularmente, en quienes estudian, analizan, enseñan, practican y apre(h)enden el derecho penal. Un producto exportado, envuelto en atractivo papel celofán, con aroma a strudel y poblado de referencias idiomáticas que bloquean nuestra lengua madre, porque esta es una lengua ancestralmente anclada en el estar, como veremos luego.

Aun cuando una gran parte de América (y aquí nos referimos particularmente a la nuestra ¿Hace falta aclarar más?) esté constituida por una enorme masa de mestizas y mestizos, e incluso cuando la globalización no nos resulte una narrativa ajena, esa escalera transportada en barco a través de varias leguas marinas siempre se revela distante y ajena, sin embargo allí estamos, montados a la carrera por comprenderla, desmenuzarla, encontrarle algún resquicio olvidado, porque tal vez así, algunas, algunos, podamos obtener la “carta de pertenencia”. Así de lejos estamos, así de confundidxs, así de desamorados.

3. El hallazgo de las constelaciones

La noción de constelación remite, de uno u otro modo, a la de conjunto. Las constelaciones agrupan objetos, elementos, personas, sujetos, cosas, sustancias, que, de alguna manera, poseen algo en común.

Las constelaciones no siguen órdenes lineales, van y vienen, tienen focos más cercanos o más remotos, puntos intensos y difusos, rectas y curvas, pero, como sea, traducen un encuentro, una convergencia que delimita fronteras maleables; aunque fronteras al fin.

Las constelaciones estelares se proyectan en el firmamento pergeñando imágenes míticas; las familiares en una abstracción vincular que remonta a lo ancestral, lo que anida en las entrañas.

La idea de constelación, que no es lo mismo que la constelación en sí, y que constituye parte del impulso de este texto, emergió por la potencia del encuentro con otra voz feminista¹⁵.

Rumbeábamos un fin de semana de noviembre en medio de esas conversaciones que se originan de manera impensada, cuando te juntas a dialogar con otras y no esperas demasiado pero curiosamente sucede mucho. Circulábamos por ahí cuando ella le dijo a una y esta le contó a la otra que una figuración plasmada por la primera para explicar las relaciones “en el derecho” le había generado un ruido, una molestia; una molestia que luego fue eco y la impulsó a requerirle un poco más de detalle, otra cuota narrativa, algo de la experiencia atravesada.

Ella había señalado algo así como: “la pirámide kelseniana tanto tiempo utilizada para explicar las relaciones jerárquico-normativas ya no aplica; yo antepongo en mi curso la lógica de las constelaciones”. Se refería a su curso como docente universitaria en un terreno en el que se discurría sobre filosofía. Ese fue uno de los tantos tallos germinales para pensar este texto.

Le pedimos pormenores y nos compartió materiales de lectura, nos señaló su ruta de acceso (o una de estas); algunos análisis de Boaventura de Sousa Santos, un libro propio y el esquema utilizado habitualmente en sus clases¹⁶.

Allí encontramos que Santos, en su libro llamado *La globalización del derecho*, acude a la noción de constelaciones

¹⁵ Fue Luciana Álvarez, doctora en filosofía y titular de una de las cátedras de filosofía de la Universidad Nacional de Cuyo, quien nos compartió esta figuración y, como se verá más luego, nos arrió materiales de lectura para pensarla.

¹⁶ Estos son los acontecimientos que cimienta un feminismo afincado en las micro-relaciones amorosas. Ella nos compartió la llave de sus producciones sin requerir certificaciones ni seguridades, y creemos que lo hizo porque de algún modo, en ese encuentro impensado que nos permitió conocernos, fluyeron los lazos invisibles de esa potencia feminista que no puede más que colectivizarse sin rigideces ni pertenencias hegemónicas.

jurídicas para referirse a la concepción del derecho en las sociedades modernas.

Dice ahí que estas sociedades: “En lugar de estar reguladas por un único ordenamiento jurídico (...) están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras”, lo cual conduce a la cuestión del pluralismo jurídico, vinculado a la idea de que “más de un sistema jurídico opera en una misma unidad política”¹⁷ (1998, 23-24). Es que para este autor hay tres campos y ordenamientos jurídicos que entran en contacto a la vez y ninguno puede entenderse sin los otros; estos son el campo local, nacional y el transnacional. Superar la ficción del derecho acuñado en el estado moderno como patrimonio exclusivo de la nación, conduce a desembarazarnos de los formalismos jurídicos y buscar una “mirada consteladora”, es decir, más compleja y menos acabada del derecho. Se trata de vislumbrar el potencial regulador del derecho, pero fundamentalmente emancipatorio (Santos, 1998, 19-23).

De este modo, la concepción de una pluralidad de ordenamientos jurídicos allí propuesta intenta

contrarrestar el prejuicio romántico de gran parte del pensamiento jurídico pluralista, mediante la reconstrucción teórica del campo jurídico para evitar la igualación de todos los ordenamientos jurídicos en una unidad geopolítica, y particularmente mediante la negación de la centralidad del derecho estatal en las formaciones socio-jurídicas modernas. (1998,26)

Y entonces ante la pregunta de ¿Por qué llamar a esto derecho y no sencillamente “sistemas de reglas”, “gobiernos privados”, etc.? Santos señala que el interrogante en cuestión bien podría ser respondido a través de otro interrogante “¿Por qué no?” (ibid).

¹⁷ Santos explicará más adelante que en lugar de pluralismo jurídico prefiere referirse a una pluralidad de ordenamientos jurídicos (1998, 24)

De allí que el derecho penal también pueda ser leído en esta clave, entendiendo las (inter)relaciones entre los distintos ordenamientos y no como una mera reproducción de lo que en otras latitudes regularon. El derecho en general y el derecho penal en particular si no rompe el pacto de silencio con la ficción de la mera reproducción se ve condenado a ser servil al poder. Y en esa labor, aquéllas y aquéllos que tenemos algún grado de participación en el campo también jugamos algún papel.

Un recorrido por otra de sus obras, *Crítica de la razón indolente*, nos encontró con una suerte de denuncia abierta ante la inercia, ante el desperdicio de la experiencia práctica (Santos, 2000)

Este libro señala, para comenzar, algo que nos puso el cuerpo a palpar: “Lo que ignoramos es siempre la ignorancia de una cierta forma de conocimiento, y, viceversa, lo que conocemos es siempre conocimiento de cierta forma de ignorancia” (2000,30).

¿Inquietante verdad? Andamos por el mundo discriminando saberes, hegemonizando la palabra, escupiendo teoría autorizada, construyendo reductos aislacionistas del conocimiento, y resulta que, a fin de cuentas, no hacemos más que ignorar. Ignorar por todos lados, aquí, allá, más acá y más allá; ignorar.

Pero no acaba allí la cosa, el libro remonta incluso a un lugar más profundo, pues sin tapujos ni remiendos se refiere a la ciencia actual como una ciencia sexista; no sólo occidental y capitalista sino fundamentalmente sexista. Una ciencia poblada de binarismos que ubican del lado fuerte lo varonil y masculino, y en el costado débil y objetualizado la variante femenina. Una ciencia construida por hombres para Hombres: universal, fuera de la naturaleza, competitiva y atroz. Una ciencia no cooperativa (1998, 97-98)

Pensamos entonces en el derecho, en nuestro modo de impartirlo y aprenderlo, un derecho inscripto en esa clave, un derecho que elucubra matrices rígidas para gobernar la vida, o

algunas, algunas vidas. Pensamos así en el derecho penal y en su forma de hacerse una herramienta deliberativa. Pensamos con esto en la teoría del delito, ensalzada como la gran lengua traductora de las conductas reprimidas.

Y cuando andábamos dándole la vuelta a esa cuestión cuasi rumiante, reparamos en eso de “aprender”, un aprender sin “h” mediadora, un aprender llano, inasible, extraño, una rareza que nos esforzamos por tomar de algún lado y pulir, pulir “meritocráticamente” para poder pertenecer a cierto gueto extranjero.

Por eso entendimos que lo colonial y masculino eran parte constitutiva de ese patrimonio que cargamos con tanto esfuerzo y que, al mismo tiempo, sostiene las estructuras analíticas básicas que nos han sido dadas para pensar el derecho.

El juego de las constelaciones planteado por Santos como forma de observar una realidad multiforme nos condujo por la ruta del cuestionamiento, nos permitió comprender (gracias a ella y el lazo amoroso, claro) que lo que anida en el fondo es un modo occidental y patriarcal de prefigurar lo jurídico, y que, en este embrollo, la teoría del delito es el soldado feroz apostado a las puertas del palacio de hierro.

4. La filosofía del ser y “el sexo del derecho”

Cuando en 1962 Rodolfo Kusch escribió *América Profunda*, señaló en la introducción algo que ahora, frente a esto que intentamos desgajar, cobra especial sentido “La primera solución para los problemas de América apunta siempre a remediar la suciedad e implantar la pulcritud” (2000,13)¹⁸.

De este modo, a partir de dicha premisa, lo que dirá Kusch es que en América (particularmente Sudamérica) se ha implantado una dicotomía que afincada en el temor a lo americano, discrimina dos grupos antagónicos: “por un lado, los estratos

¹⁸ La cita corresponde a la edición de las Obras Completas de Kusch efectuada por editorial Fundación Ross en el año 2000. De ahora en adelante todas las citas atenderán a ese volumen.

profundos de América¹⁹ con su raíz mesiánica y su ira divina a flor de piel y, por el otro, los progresistas y occidentalizados ciudadanos” (2000, 18). Este será el germen del concepto nodal del texto, un texto construido al calor de la etnografía, en donde el autor desnudará el choque abrupto entre una filosofía occidental montada sobre el predicado (la filosofía del ser) y una americana, profundamente americana, concentrada en la latencia del “estar”; “estar siendo”.

Nos resulta particularmente atractiva esta distinción porque creemos que allí anida alguna pista de acceso a esa forma de pensar el derecho que refuerza las lógicas analíticas y estratificadas que aquí criticamos, y porque, como veremos seguidamente, articula con “el sexo del derecho”²⁰ como continuidad del sostenimiento de esas estructuras.

Esta idea de Kusch permite modular la crítica a la razón del derecho penal (léase: la dogmática penal) en dos sentidos. Por un lado, este derecho es montado a partir de la exportación de las prescripciones normativas, desde otros con-texto y muchas veces forzando la traducción. Por otro lado, la “occidentalización de las ideas” significó introducir, y en muchos casos imponer, “la europeización del pensamiento” contribuyendo a reforzar las jerarquías en el derecho, es decir, un proceso de colonización por la vía del derecho.

Kusch identifica en la sincretización americana la perdurabilidad de una dicotomía que ha colocado del lado fuerte y racional la objetivista filosofía del “ser”, y del lado sensible

¹⁹ Si bien Kusch se refiere continuamente a América, efectúa disquisiciones en el texto que permite inferir que dicha referencia se circunscribe a Sudamérica.

²⁰ Preferimos hablar del “sexo del derecho”, tal como lo hace Olsen, antes que de la “sexualización del derecho”. Inicialmente, la idea del “sexo del derecho” se presenta como afirmación encubierta. Mientras, la sexualización del derecho pareciera un hecho auto-evidente y hasta intencional. Por ello, creemos que la potencia de hablar del “sexo del derecho” es precisamente ese abrupto de algo que aparece como menos evidente. En algún sentido, nos atrevemos a pensar y con ello decir que casi nunca –por no decir nunca– nos representamos al derecho con un sexo. En ese sentido, la sexualización parece más una contorción erótica, mientras el sexo es pre-figurativo.

e irracional la filosofía indigenista del “estar siendo”. El derecho, tal como lo conocemos, tiene bastante que ver con esto, al legitimar una maquinaria dispuesta a reproducir los dualismos afincados sobre el binomio fortaleza/debilidad que en sus multiformes réplicas retornan, todo el tiempo, al clivaje que divide lo audible, digerible y aceptable, de aquello que, por oposición, sencillamente no lo es.

Por su parte, Frances Olsen propone en su artículo “El sexo del derecho”, un examen descriptivo que conecta de algún modo con esta cuestión y nos ayuda a vincularla con la potencia del feminismo. Allí la autora plantea, básicamente, que desde los socráticos en adelante el mundo occidental se ha construido fundamentalmente en base a sistemas duales (pasivo/activo, racional/emocional, objetivo/subjetivo, etc.), y que estos revelan en lo sustancial tres características nodales para pensar el derecho:

Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía (...) Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos. (2000, 26).

Asiéndose de esta idea, Olsen señala que si el derecho integra un sistema jerarquizado en el que las mujeres han sido identificadas con el lado irracional y, por antonomasia romántico, las feministas han ensayado diversas críticas a esa estructuración a fin de salir (y esto es nuestro) de la encerrona trágica.

Identifica así, en esa discriminación, tres clases de críticas; en rigor, estrategias con alguna variante de resistencia.

Una primera crítica asentada en la necesidad de invertir las reglas del binomio e identificar a las mujeres con el lado fuerte (es decir, favorecido), lo que implicaría aquí su asociación con lo racional y activo. Una segunda, concentrada en resaltar la identificación de las mujeres con lo irracional y pasivo, pero en discutir que este sea su lado débil, para señalar entonces que lo que está mal no es el binomio en sí, sino la forma de jerarquización

que se le impone. Y finalmente una tercera crítica que apuesta por la androginia, rechazando no sólo la sexualización sino también la jerarquización de los dualismos (2000,29).

Sin dudas la primera crítica/estrategia se vincula directamente con el feminismo liberal, y, como bien permite leer Olsen, con el que ha cobrado auge en las luchas feministas de los tiempos más actuales. Esta estrategia legítima y refuerza el valor del derecho como forma de gobernar la vida, mas sostiene de algún modo el *statu quo*, en tanto no hace más que variar los roles de los actores en juego.

¿Pero que hay con la segunda y tercera estrategia? ¿Anida allí algún salvoconducto, alguna línea de fuga a lo que el derecho es y será?

Para la segunda estrategia, que como hemos señalado acepta la sexualización de los dualismos, las cualidades femeninas serían algo así como la potencia del cambio, la fuerza oculta que permitiría una verdadera revolución moral. Ya no se trataría de eludir estas características sino de asumirlas y abrirlas al juego, un juego al que deberían ingresar los varones para tomar un poco, al menos un poco de aquello.

Aunque Olsen no lo diga de este modo entendemos que eso es lo que su texto permite leer, e incluso lanza una suerte de advertencia hacia el final:

“Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos” (2000,32).

Tal vez le asistamos razón a Olsen al efectuar esta última advertencia, al menos desde su perspectiva jurídica, pero no así para lo que intenta fundar este texto.

Creemos que la resignificación de algunos atributos femeninos podría resultar un buen punto de escape para replantear las tramas que anidan en el tejido social, para arrojar luz sobre

esos túneles subterráneos que han permitido la supervivencia de las fraternidades que se encuentran sobre la superficie, esas que se apoderan del discurso del saber y dibujan las fronteras del mundo. Después de todo ¿Quién cimienta esas geografías visibles?

Pero todavía resta inspeccionar la tercera crítica-estrategia descrita por Olsen; la de la androginia. Para esta postura es tan posible atacar la sexualización (primera posición) como la jerarquización (segunda posición). La idea que gira en torno a esta conceptualización crítica es muy sencilla; no deben ser considerados atributos sobrevalorados ni la racionalidad ni la irracionalidad, ni la cosa pública ni la doméstica, ambos polos son igualmente valorables, porque sostener lo contrario equivaldría a una legitimación de los dualismos y allí radica el núcleo del problema.

Por ello quienes defienden una postura andrógina advierten en la crítica a la sexualización (que apuesta a una mutación de lugares) y a la jerarquización (que intenta subvertir los lugares de poder) un modo remozado de sostener “lo que nos ha sido dado”, ese *statuo quo* que tanto cuestionan.

También coincidimos con esta tercera postura, pese a que no descartamos la estrategia planteada por la segunda posición crítica que esta deshecha.

Lo que nos parece útil de este posicionamiento es la potencia que guarda para cuestionar lo estatuido; pero no desde su configuración sino desde su sola existencia. Ahora bien, en ese deshacerlo todo quizá sea necesario replantear algunas variables para sobrellevar el camino hacia la deconstrucción. Allí es donde la segunda postura cobra fuerza, al menos como táctica cortoplacista. En ese sentido, pensar algunas de las luchas feministas que vienen trazándose en el campo jurídico permiten reinventar y resignificar los sentidos del propio derecho penal²¹.

²¹ En esa línea pueden leerse los debates a favor de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo o los agravantes cuando se trata de violencias de género específicas.

¿Lo sustantivo del derecho penal? | Natalia Monasterolo y Laura Judith Sánchez

Sin embargo, es necesario advertir el riesgo que supone el uso de la dogmática penal sin más. Percibir, como hemos planteado, que tiene el potencial para reforzar las jerarquías coloniales y sexuales. Las disputas por los sentidos simbólicos pueden caer en la trampa de verse legitimando un sistema de reglas servil al poder. He aquí la advertencia que nos hace la autora.

El análisis efectuado por Olsen en su conjugación con lo plasmado por Kusch arroja claridad sobre el asunto que “pone de cabezas” este texto, y que, en esa loca inversión, lo ha puesto a rodar.

En efecto, de una u otra forma, ambos están develando una estructura relacional que ha obliterado la raíz más profunda de nuestra pervivencia. La agonía del “estar siendo” y el develamiento del sexo del derecho, son emergentes de un mundo construido en clave occidental pero que siempre será mestizo y que mientras apunte a las dicotomías hegemónicas, no hará más que introducirnos en laberintos inútiles, en tanto cualquier salida nos conducirá al mismo lugar: La reelaboración y el perfeccionamiento de teorías ancladas en categorías duras e impenetrables, estáticas, incuestionables, dogmáticas... Como la fe.

5. Retornar al problema: Pensar al delito

Entonces, si se trata de asumir nuestro mestizaje, si debemos subvertir los dualismos²² para acabar por fin con las dicotomías, si las lógicas del predicado ancladas en el “ser” y el sexo del derecho no son más que la resultante de nuestro saber colonizado, si somos una constelación de existencias fluidas y mutables en lugar de una arquitectura de vigas inmóviles. Si esto es lo que hemos podido advertir con el recorrido efectuado hasta ahora ¿Cómo estudiar al delito? ¿Cómo apre(he)nderlo? ¿Cómo enseñarlo sin apartarnos de estas coordenadas?

²² Lo que al mismo tiempo significa admitir la polisemia de la realidad, lo polimorfo de la propia humanidad.

No es extraño escuchar, o al menos no lo ha sido para nosotras y una buena parte de la generación que habitamos, que existe una diferencia basal en estudiar al delito como fenómeno social, manifestación psicológica, expresión cultural y estructura categorial.

La criminología, la sociología y la antropología se ocupan de otras cosas, se nos dijo siempre. Investigan causas y efectos de una conducta antisocial –o profundamente social, según cómo se lo mire– e indagan sus variables culturales, los valores que hacen de aquello un comportamiento reprochable y los detonantes que articulan para que así suceda.

Luego, luego está la dogmática, despojada de toda contaminación ambiental, pulcra y pura, dispuesta en su asepsia a analizar el delito, eso mismo que las otras disciplinas intentan explorar.

Ahí están esos planetas epistémicos distantes, allí mismo, sin tocarse ¿Pero funciona de este modo el universo? ¿Existe tanta desconexión en la masa estelar? ¿Se encuentran los sujetos que habitan el mundo tan desconectados? La imagen de las constelaciones proyecta una estela para pensar distinto. Quizá se trata de romperlo todo, tomar una enorme maza imaginaria y voltear el edificio de las categorías; o, mejor aún, acudir a esas operaciones de ingeniería que dinamitan construcciones gigantescas en un parpadear de ojos.

¿Lo puedes visualizar? Explosivos ubicados en los puntos más estratégicos de esa construcción dogmática que teoriza el delito (sus escalones), y luego, una vez dispuestos, reforzada la seguridad circundante, medidos los decibeles, calculados los efectos expansivos, llegaría la orden, secundada por una buena cuenta regresiva. Finalmente, se impondría ante nuestros ojos la magia de la destrucción, el derrumbamiento en milésimas de segundos, y después, después, la nada, los escombros, el terreno limpio, y allí, allí mismo, la necesidad de crear algo nuevo, distinto ¿Cuánto espacio disponible para recomenzar!

¿Cómo diseñaríamos una nueva narrativa para explicar y estudiar al delito? ¿Cómo armaríamos el relato sin recaer, otra vez, en el juego de las jerarquías rígidas y duras? ¿Cómo

enseñaríamos tanta complejidad sin intentar reducirla, una vez más, a una sucesión de escalones de pulcro marfil?

Quizá se trate de comenzar a pensar desde los efectos, los ambientes que nos atraviesan y atravesamos, las articulaciones históricas y presentes, la subjetividad implicada, el “ginopismo” del lenguaje que nos marca, los resquicios de la palabra olvidada, todo eso que nos hace ser lo que “somos y seremos” sin dejar de pensar en donde “estamos y estaremos”.

Tal vez a partir de allí, olvidando todo lo que nos has sido impuesto, y tomando algunas de las herramientas que el feminismo decolonial nos arrima, podamos elaborar una epistemología nueva y propia para pensar y enseñar algo sobre lo que implica el delito.

¿Si somos una constelación de acontecimientos y de fuerzas, no sucede acaso lo mismo con lo que hacemos, con el modo en cómo nos relacionamos y reaccionamos frente a ello? Y el delito ¿No es una forma de vinculación? ¿Cómo continuar sosteniendo el relato esquizo que analiza un mismo lazo como si se tratara de asuntos distintos?

Pero como bien sostuvimos en otro punto la destrucción absoluta así, sin más, quizá posea costos muy difíciles de afrontar, por eso necesitamos armarnos, urge pensar en un feminismo que subvierta los valores cuestionados, que reconfigure las políticas microscópicas que nos unen, que diseñe tácticas visibles y sensibles, afincadas en el discurso de la amorosidad, que le revelen al mundo, a nuestro mundo, que es posible, muy posible habitarlo de otro modo.

En esa micropolítica de la amorosidad -feminista por donde se la vea-, resultará más tangible planificar la deconstrucción, una destrucción con eje en la reconstrucción, un arrasamiento con miras a la reforestación.

Vista de este modo la tarea parece sino imposible al menos titánica, pero no debemos olvidar nuestro histórico formateo, allí se encuentran algunas huellas para vigilar nuestro pensamiento y colocarnos en guardia; quizá para refundar.

¿Podría la tortuga haberle ganado a liebre sin asumir lo que era y caminar sin tregua? ¿Y si la zorra hubiera intentado otro método para llegar a las uvas? ¿La moraleja de la fábula se mantendría igual?

Lo que intentamos señalar con esto es que si existen varios finales posibles, diversas salidas, múltiples líneas de fuga, en fin, una constelación de acontecimientos, es posible pensar al delito desde otros puntos para diseñar un relato que permita enseñarlo sin mediaciones abstractas y distantes.

Abandonemos de una vez la indolencia, y dejemos la fe para los creyentes, que no cuestionan los dogmas, simplemente los asumen.

Bibliografía

- Christie, Nils (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferreccio, Vanina (2017). *La larga sombra de la prisión. Una etnografía de los efectos extendidos del encarcelamiento*. Buenos Aires: Prometeo.
- Kusch, Rodolfo (2000). *América profunda* en *Obras completas* T. II. Santa Fé. Argentina: Fundación Ross.
- Olsen, Frances (1990). “El sexo del derecho” en Kairys, D. (ed.), *The Politics of Law*. Nueva York: Pantheon.
- Piglia, Ricardo (2001). *Tres propuestas para el próximo milenio (y cinco dificultades)*. Del otro lado de este libro: Mi León Rozintchner. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Colombia: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. San Pablo, Brasil: Cortez editora.